



Sindicalisme als Jutjats



Butlletí del Gabinet Jurídic de la UGT de Catalunya

En aquest número

1. Editorial

Tornem amb la segona entrega!

2. Gabinet Jurídic en marxa

- 2.1. Acomiadament disciplinari. Transgressió de la bona fe contractual
- 2.2. Despido disciplinario. Incumplimiento de las obligaciones contractuales
- 2.3. Personal estatutari de l'ICS. Permís d'ampliació de compactació de lactància
- 2.4 Subrogación. Servicio de asistencia en tierra en aeropuertos-handling. Reconocimiento de derecho
- 2.5. Empreses multiserveis sense activitat pròpia preponderant ni conveni col·lectiu propi. Aplicació de l'Estatut dels treballadors o conveni col·lectiu sectorial
- 2.6. Dret a la negociació col·lectiva
- 2.7. Seguretat Social. Cotització de les vacances un cop extingida la relació laboral
- 2.8 Jurisdicción Civil. Resolución indemnizada del contrato

3. Veus crítiques

¿Pueden las leyes dejar un vacío intencionado para, valga la redundancia, vaciar de contenido la negociación colectiva?

4. Breus comentaris de jurisprudència

- 4.1. Sentencia del Tribunal Constitucional (TC) de 5 de noviembre 2015, Recurso de Amparo núm. 1709/2013. Normativa comunitaria y Constitución, conflictos

- 4.2. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE - Sala Cuarta), de 21 de enero de 2016, asunto C 453/14, procedimiento entre Vorarlberger Gebietskrankenkasse, Alfred Knauer y Landeshauptmann von Vorarlberg
- 4.3. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), Sección Tercera. Asunto Blesa Rodríguez c. España (Demanda núm. 61131/12). Sentencia Estrasburgo de 1 de diciembre de 2015

5. Estudis i temes doctrinals

Modificación sustancial de las condiciones de trabajo (MSCT): plazos de caducidad para ejercitar la acción

6. Ad processum

Tema: Descuelgue de convenio. Modalidad procesal a seguir: conflicto colectivo de modificación sustancial de trabajo, art. 138 de la LRJS; o bien, impugnación de convenio colectivo, art. 163 de la LRJS

7. Convenis col·lectius i actualitat laboral

8. No estem d'acord

¿Es una tomadura de pelo disponer de sólo diez días para interponer una demanda de derechos fundamentales contra una actuación administrativa expresa? Es una opción legislativa. Si tú fueras legislador ¿lo admitirías?

9. Civil, penal i altres qüestions d'interès

- 9.1. Penal. Los nuevos delitos leves (antiguas faltas) en el nuevo Código Penal. Una aproximación



1. Editorial

LLUITA DEFENSA'T




Tornem amb la segona entrega!

Des del Gabinet Jurídic de la UGT-AEF hem pensat de reprendre el que durant un temps vam iniciar amb uns butlletins mensuals de sentències que es repartien a la casa en format paper, amb la finalitat de facilitar-vos informació i donar publicitat –ara via correu electrònic– d'una part de la nostra feina i de la que no és pròpiament nostra, però relacionades ambdues amb el món laboral.

La publicació aportarà –sense suposar un nombre clausus– sentències i altres pronunciaments judicials fruit de la voluntat i acció de treballadores i treballadors per reclamar allò que creuen que els assisteix en dret i de la feina dels professionals del Gabinet Jurídic de la UGT («Gabinet Jurídic en marxa»), veus discordants amb diferents qüestions del nostre àmbit («Veus crítiques» i «No estem d'acord»), breus comentaris de jurisprudència i estudis i temes doctrinals,

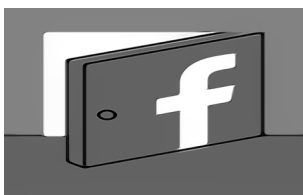
assumptes o peculiaritats de caràcter processal («Ad Processum»), informació i publicacions recents i no tan recents però que al parer nostre puguin resultar del vostre interès («Convenis col·lectius i actualitat laboral») i, finalment, altres qüestions o temes d'actualitat fins i tot d'altres àmbits que, per la seva rellevància, mereixin de la seva difusió («Civil, penal i altres qüestions d'interès»).

La nostra idea és apropar la informació de què disposem (que molts cops es queda a una carpeta en un arxiu d'un armari) als destinataris d'aquesta nova revista digital o butlletí que es publicarà i se us enviarà cada dos mesos. Comptem amb vosaltres per fer suggeriments o crítiques de qualsevol tipus, així com les aportacions que cregueu necessàries per millorar aquesta humil feina. Companyes i companys, teniu la porta oberta! 

Gabinet Jurídic UGT-AEF
Alejandro De Llano Salvador - Luis Ezquerria
Escudero - Josep Millán López



2. Gabinet Jurídic en marxa



2.1. Acomiadament disciplinari. Transgressió de la bona fe contractual

Falta laboral molt greu. Acomiadament disciplinari d'una treballadora per iniciar una activitat econòmica i treballar mentre es trobava en situació d'incapacitat temporal (baixa mèdica). Fotos i comentaris a Facebook. Im procedència de l'acomiadament.

Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (sala social). Sentència núm. 7588/2015, de 18 de desembre.

Jutjat social núm. 31 de Barcelona. Sentència núm. 115/2015, de 27 de març

A la treballadora P.V. se li notifica el 7 de maig de 2014 una carta d'acomiadament per causes disciplinàries amb efectes del mateix dia pels següents fets:

«El passat 16 d'octubre de 2013 vostè va presentar un comunicat de baixa mèdica [...]. Aquesta baixa s'ha perllongat fins al 31 de març de 2014 [...].

«Durant aquest procés d'incapacitat temporal, lluny d'haver seguit cap tipus de prescripció mèdica, vostè ha estat desenvolupant una activitat absolutament normal, constant-li a aquesta empresa que vostè ha estat treballant i desenvolupant activitats incompatibles amb la seva cura.

«[...] Durant el període de temps en què vostè es trobava en situació d'incapacitat temporal, l'empresa té constància que ha iniciat una activitat econòmica on, a través de la preparació de sopars, imparteix cursos de preparació de sushi durant cinc hores per a un mínim de 10 i un màxim de 20 persones, i cobra per a dues modalitats de cursos els preus següents:

- «A) Curs + Sopar: 35 euros per persona
- «B) Sopar Gourmet: 20 euros per persona

«Concretament, almenys els dies 23 i 27 del mes de març de 2014 vostè va impartir els esmentats cursos de preparació de sushi per a diferents persones i cobrant els serveis prestats, i fins i tot els clients van arribar a comentar la seva prestació de serveis en el seu portal de Facebook: «Por favor, todos están de muerte, me encanta. Qué noche más divertida fue nuestra clase de sushi con P. más sus increíbles cocktails...»

«[...] A més, vostè ha comunicat a nombrosos companys de feina, a través de la xarxa social Facebook, on promociona els seus serveis i cursos de preparació de sushi, l'inici del negoci, i on consta el seu número de telèfon mòbil com a contacte per a aquesta activitat econòmica (...).»

L'empresa considera que la falta és molt greu, perquè entén que amb aquella conducta havia transgredit la bona fe contractual i suposava una simulació de malaltia o intent de prolongar de forma il·lícita una baixa per malaltia, que sanciona amb l'acomiadament.

I, després dels tràmits pertinents, tant el Jutjat Social núm. 31 de Barcelona, com el Tribunal Superior de Justícia, declaren la improcedència de l'acomiadament segons els arguments següents:

Des de la perspectiva de l'article 54 de l'Estatut dels treballadors, s'ha de recordar que no tota prestació de serveis durant la IT justifica l'acomiadament (sentències del TSJ de Catalunya de 08/04/2008 i de 20/05/2008, entre altres).

Va quedar acreditat a l'acte de judici que, si bé les fotografies i comentaris que s'esmenten a la carta d'acomiadament van ser, efectivament, penjats a Facebook el 24/03/2014 (mentre l'actora estava en situació d'incapacitat temporal), no és menys cert que tant les fotos com els comentaris feien referència a un sopar que s'havia fet dos anys abans.

També va quedar acreditat que, en el període de referència, la treballadora presentava un diagnòstic d'encondromatosi (tumor benigne en



2. Gabinet Jurídic en marxa

el fèmur de grans dimensions, de creixement ràpid i amb dolor crònic).

Essent, per tant, el motiu de la baixa mèdica una encondromatosi, és evident que no influeix gens ni mica en la recuperació el fet que la treballadora pogués haver penjat algun missatge aïllat a Internet, motiu pel qual aquesta dada no té cap mena de rellevància als efectes del litigi.

Tot i així, seria irrellevant que l'actora pogués impartir aquells cursos de forma gratuïta o retribuïda, perquè aquesta circumstància no té cap incidència en la seva relació jurídica amb l'empresa.

El fet realment important seria acreditar (i l'empresa no ho va fer) que la treballadora hagués desenvolupat una activitat física incompatible amb el seu estat de salut, fos quina fos la finalitat d'aquella activitat.

Lluís Moya Soler (advocat del Gabinet Jurídic de la UGT)



2.2. Despido disciplinario. Incumplimiento de las obligaciones contractuales

Reclamació de quantitat per diferències Falta laboral muy grave. Despido disciplinario de un trabajador de una empresa perteneciente al sector de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la autonomía personal (antes residencias de la tercera edad) por presunta desatención a una residente e incumplimiento de sus obligaciones contractuales. Ratios de personal. Teoría gradualista (principio de proporcionalidad) en el ámbito disciplinario. Improcedencia del despido.

Juzgado de lo Social núm. 1 de Figueras. Sentencia núm. 262/2015, de 15 de diciembre

El trabajador prestaba servicios como único gerocultor en el turno nocturno (de 12.00 a 8.00 horas) con una distribución de la jornada conoci-

da en el sector como semana larga-semana corta (4 días laborables y 3 de descanso la primera semana; a la inversa la siguiente; y así sucesivamente). La residencia, dividida en dos plantas, durante el año 2015 ofrecía sus servicios a un total de 43-45 residentes, distribuidos en 26 habitaciones.

La empresa le comunicó en su día la apertura de un expediente contradictorio (coincide que el trabajador era representante de los trabajadores) y le acabó sancionando con el despido por la comisión de una falta muy grave del artículo 59.c).10 del Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la autonomía personal (antes residencias de la tercera edad). Concretamente se le imputaba «negligencia que repercute en la salud o integridad de las personas usuarias del centro o servicio». Y más concretamente se le reprochaba «negligencia profesional por desatención a una residente e incumplimiento de las normas de la empresa (no avisar la persona de contacto o familiar/es de la residente)». En particular el supuesto de hecho es el siguiente:

«La residente Dña. X, de avanzada edad y muy delicada de salud, recientemente había sido derivada al hospital en dos ocasiones. Sobre las 07.45 horas del día 27 de julio de 2015 la residente empezó a gritar y la auxiliar de geriatría que se incorporaba en el turno de mañana a su puesto de trabajo oyó como se quejaba. Entró en su habitación y vio que no estaba normal, sudaba. Al retirar la sábana la encontró sucia, con heces resacas. Otra compañera llamó al actor (al trabajador despedido). Éste, que no avisó a los familiares de la residente ni a la persona de contacto, solicitó telefónicamente la presencia de una ambulancia para derivación hospitalaria. Una vez llegaron los sanitarios, se marchó del centro de trabajo media hora después de que hubiera finalizado su jornada a las 8.00 horas.»

El Juzgado de lo Social núm. 1 de Figueras, tras acreditar la certeza de los hechos relatados por la empresa en su carta de despido, acaba declarando la improcedencia del despido apoyándose en la teoría gradualista de las sanciones (recordemos que el despido es la sanción máxima o más gravosa imponible). Teoría gradualista que



2. Gabinet Jurídic en marxa

sintetiza en argumentos del Tribunal Supremo tales como que «el despido disciplinario que contempla el artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores, únicamente procede cuando el trabajador haya incurrido en conductas de especial gravedad y trascendencia, porque no toda falta laboral o incumplimiento del mismo puede generar la sanción más grave que prevé el ordenamiento laboral, en aplicación de la teoría gradualista que obliga a guardar una adecuada proporcionalidad entre la sanción impuesta y la conducta sancionada, debiendo atenderse no sólo a criterios objetivos, sino también a los subjetivos, exigiéndose un análisis individualizado de cada conducta a enjuiciar».

Aplicando esta teoría gradualista al caso concreto, y resumidamente, el juzgador refiere que «sin dejar de reconocer que una residente desaseada, con excrementos reseca, no puede decirse que haya tenido una atención correcta y digna [elemento objetivo y reproche], también debe analizarse cómo y porqué se llegó a este estado» [elemento subjetivo y deficiente encaje del incumplimiento como falta muy grave sancionable con el despido]. A este respecto, dice: «no debe pasarse por alto que el actor era el único gerocultor que prestaba servicios en el turno de noche del día de autos, teniéndose que ocupar él solo de 45 residentes del centro, distribuidos en dos plantas». Y continúa diciendo que «al hilo de lo anterior, es relevante el testimonio de Dña. Ainhoa Elechiguerra (responsable sindical de UGT del área de dependencia de Girona), la cual expuso que según la ratio fijada por el Departamento de Bienestar Social de la Generalitat, fijaba que por encima de 39 usuarios o residentes se precisaban un mínimo de 2 gerocultores (para el turno de noche, se sobreentiende). Y, como la empresa reconoció en acto de juicio que, mientras ocurrieron los hechos, el trabajador se encontraba realizando otras tareas, ningún abandono cabe apreciar a su conducta. Tan pronto el trabajador fue advertido de la situación, solicitó vehículo medicalizado para la derivación hospitalaria, prolongando su jornada de doce horas como mínimo los treinta minutos que admite la empleadora, sin que el hecho de omitir el aviso a los familiares sea, en el contexto circunstancial expuesto, un incumplimiento contractual grave».

Araceli Torres Mendoza (advocada del Gabinet Jurídic de la UGT)

En l'actualitat, les ràtios de personal publicades a la web <http://benestar.gencat.cat> a gener de 2016, són les següents:

Servei residencial assistit:

Ràtio general: no inferior a 0,25 pel que fa a l'atenció directa i 0,10 en l'atenció indirecta.

El personal d'atenció indirecta: manteniment, neteja, cuina, bugaderia, direcció i administració i proporció d'altre personal que s'acrediti.

Personal nocturn:

Fins a 35 residents: 1 persona + 1 localitzable

De 36 a 80 residents: 2 persones

De 81 a 110 residents: 2 persones + 1 localitzable

De 111 a 150 residents: 3 persones

De 151 en endavant: 3 persones + 1 per cada 50 residents que passin o fracció

Servei de llar-residència per a gent gran:

Ràtio general: no inferior al 0,25 de personal atès.

*A les dues tipologies s'ha de garantir, en tot moment, la presència de personal d'atenció directa.



2.3. Personal estatutari de l'ICS. Permís d'ampliació de compactació de lactància

Permís d'ampliació de compactació de lactància (article 48 de l'Estatut bàsic de l'empleat públic, EBEP). Personal estatutari de l'Institut Català de la Salut (ICS). Estimació del recurs d'apel·lació per part del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (TSJC) i



2. Gabinet Jurídic en marxa

reconeixement del dret originàriament no reconegut pel jutjat.

Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (Sala contenciosa administrativa - secció Quarta). Sentència núm. 994/2015, de 18 de desembre.

Jutjat Contenciós Administratiu núm. 6 de Barcelona. Sentència núm. 47/2015, de 12 de març

El supòsit de fet és el següent:

L'actora (persona que demanda) és diplomada sanitària adscrita al Servei de Psiquiatria de l'Àrea general de la Vall d'Hebron.

En data 17 d'abril de 2012 va sol·licitar un permís de lactància compactada per fill menor de 9 mesos, que li va ser concedit per l'ICS.

En data 14 de juny de 2012, es publica i l'endemà entra en vigor el Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de juliol, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, que, entre d'altres, modifica els redactats dels articles 48 i 50 de l'EBEP i estableix, per al cas que ens ocupa, un permís de lactància per fill menor de 12 mesos.

El dia 16 de novembre de 2012 l'actora va sol·licitar la concessió de la part proporcional no gaudida del permís de lactància per fill menor de 12 mesos, a la vegada que en l'entrar en vigor la modificació de l'article 48 de l'EBEP el seu fill encara no tenia l'any d'edat.

L'ICS li denegà aquesta darrera sol·licitud perquè va entendre que el dia que va entrar en vigor l'esmentat Reial decret llei 20/2012, l'actora ja havia gaudit del permís de lactància i, per tant, ja havia esgotat l'exercici d'aquest dret.

Per contra, l'actora mantenia en el seu recurs el fet que el permís de lactància es podia sol·licitar en qualsevol moment del període de gaudi, que és fins als 12 mesos d'edat del menor i, per tant, en el moment en què el va sol·licitar complia amb els requisits legalment establerts.

Fins al 14/07/2012, la redacció de l'article 48 de l'EBEP era la següent:

«Article 48. Permisos dels funcionaris públics

«1. Les Administracions públiques determinaran els supòsits de concessió de permisos als funcionaris públics i els seus requisits, efectes i durada. A falta de legislació aplicable els permisos i la seva durada seran, almenys, els següents:

«(...)».

I, si bé es regulava la reducció de jornada per guarda legal d'un menor, no es regulava el permís per lactància.

A Catalunya hi havia regulació específica («A falta de legislació aplicable...»), concretament la Llei 8/2006, de 5 de juliol, de mesures de conciliació de la vida personal, familiar i laboral del personal al servei de les administracions públiques de Catalunya. L'article 14 d'aquesta norma disposava:

«Article 14. Permís per lactància

«1. El permís per lactància és d'una hora diària d'absència del lloc de treball, la qual es pot dividir en dues fraccions de trenta minuts. En els casos de part, adopció o acolliment múltiple el permís és de dues hores diàries, les quals es poden dividir en dues fraccions d'una hora. El període del permís s'inicia un cop finalitzat el permís per maternitat i té una durada màxima de vint setmanes.

«2. A petició de l'interessat o interessada, les hores del permís de lactància es poden compactar per gaudir-ne en jornades senceres de treball, consecutives o repartides per setmanes, sense alterar el moment d'inici del període de permís i tenint en compte les necessitats del servei.»

Amb la irrupció i entrada en vigor del Reial decret llei 20/2012, el redactat de l'EBEP –l'article 8.1 del RDL va modificar l'article 48 de l'EBEP– entra a regular el permís per lactància, i queda així:

«Article 48. Permisos dels funcionaris públics



2. Gabinet Jurídic en marxa

«Els funcionaris públics tindran els següents permisos:

«(...)

«f) Per lactància d'un fill menor de dotze mesos tindrà dret a una hora d'absència del treball que podrà dividir en dues fraccions. Aquest dret podrà substituir-se per una reducció de la jornada normal en mitja hora a l'inici i al final de la jornada o, en una hora a l'inici o al final de la jornada, amb la mateixa finalitat. Aquest dret podrà ser exercit indistintament per un o un altre dels progenitors, en el cas que tots dos treballin.»].

El Jutjat Contenciós Administratiu núm. 6 de Barcelona, al qual va recaure el coneixement del procediment en primera instància, va desestimar la pretensió de la recurrent perquè va entendre que: «... cal tenir en compte que, d'acord amb el principi d'immediatesa que ha de regir l'atorgament i el gaudiment d'aquests permisos, aquests s'han d'autoritzar i gaudir de manera immediata al fet causant que dona origen a aquest gaudiment, ja que és el moment en què es produeix la necessitat. De conformitat amb això exposat, els requisits exigits per la norma havien de complir-se en el moment d'iniciar-se el gaudiment del permís, és a dir, en el moment en què es produïa el fet causant; fet que, com s'ha dit, en el cas d'aquest permís es produïa a partir del finiment del permís de maternitat.»

Interposat el recurs d'apel·lació, el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (Sala Contenciosa Administrativa - Secció Quarta) per la Sentència núm. 994/2015, de 18 de desembre, estimava el recurs basant-se en els arguments següents:

«Estem davant un dret que no necessàriament ha de ser exercit immediatament després de la finalització del permís per maternitat. Per això, el dret no s'extingeix mentre el període estigui obert, encara que, lògicament, el període no sol·licitat ja no pot sol·licitar-se després. La redacció de l'un i l'altre precepte no permeten contemplar que la funcionària es trobi obligada a sol·licitar-lo ab initio, encara que la llei catalana

estableixi que el període de permís s'inicia un cop finalitzat el permís per maternitat.

«Així mateix, les mesures que s'adopten amb la nova redacció tenen caràcter estructural i permanent, no tracten de donar solució a una problemàtica transitòria, per la qual cosa, responent al títol competencial de l'Estat, recollit a l'article 149.1.18 de la Constitució Espanyola, la seva aplicació troba fonament en els principis constitucionals d'igualtat i solidaritat, tenint en compte la vocació harmonitzadora de la normativa bàsica (STC de 9.7.2015, RSO 5741/2012).

«I no hi ha cap dubte que, quan l'apel·lant sol·licita l'ampliació a 16 de novembre de 2012, la menor no havia complert encara els dotze mesos d'edat, raó per la qual es trobava en el supòsit de fet de la norma per al període que quedava d'any.»

Luis Ezquerro Escudero (Advocat del Gabinet Jurídic de la UGT)



2.4 Subrogación. Servicio de asistencia en tierra en aeropuertos-handling. Reconocimiento de derecho

Subrogaciones. Pacto expreso de aplicación del II Convenio colectivo general del sector de servicios de asistencia en tierra en aeropuertos-handling. Derecho a billetes de avión gratuitos. Estimación de la demanda.

Juzgado de lo Social núm. 14 de Barcelona. Sentencia núm. 462/2015, de 28 de diciembre

El trabajador demandante inició su prestación de servicios en fecha 1/8/2000 para la entidad Iberia LAE, S.A. A partir del 23/2/2007 pasó por subrogación a prestarlos para la mercantil Newco y, también por subrogación, el 20/08/2012 pasó a la empresa Flightcare (adquirida por Swissport Spain, S.L.U.), pactándose que «la subrogación de los trabajadores que finalmente decidan de forma totalmente voluntaria prestar servicios para Flightcare, se producirá mediante novación



2. Gabinet Jurídic en marxa

subjectiva de su contrato de trabajo, en los términos expresamente contemplados en el Convenio colectivo sectorial», habiéndose también pactado que «las compañías Flightcare y Newco aceptan, reconocen y se comprometen a aplicar en su totalidad el contenido del Convenio colectivo general del sector de Handling», con referencia expresa al II Convenio colectivo general del sector de servicios de asistencia en tierra en aeropuertos-handling. Iberia LAE, S.A. es compañía aérea (dispone de aviones) y ni Newco ni Flightcare (Swissport Spain, S.L.U.) lo son. En todas ellas el actor prestó servicios de handling como agente de servicios auxiliares/agente-supervisor de rampa.

Para quien desconozca el significado de la palabra handling, este concepto se corresponde con el servicio de asistencia en tierra a aeronaves (del inglés ground handling) e incluye todos los servicios de que es provista una aeronave desde que aterriza hasta su posterior partida. Incluye el servicio a cabinas (servicios dirigidos a dar comodidad a los pasajeros en la cabina del avión, como el abastecimiento de periódicos, cobijas y demás comodidades así como de la limpieza de la cabina misma), servicio de cáterin (abastecimiento de alimentos y bebidas para los pasajeros y tripulación durante el viaje), servicio en rampa (servicios en la plataforma de operaciones a la aeronave, guía a posición de estacionamiento, remolque, drenado de lavabos, etc.) y también los procesos necesarios para llevar a cabo la carga y descarga del correo, equipaje y demás mercancías a transportarse (el equipo usado para todos estos procesos es llamado, de forma genérica, GSE), carga de combustible (servicio de repostaje de combustible), e incluso servicios de mantenimiento e ingeniería, y servicio de operaciones de campo (o instancia encargada de coordinar a todos los servicios anteriores con el resto de la operación de la aerolínea en el aeropuerto, incluyendo el servicio de despacho, y también coordina la comunicación con las autoridades y servicios de control aéreo).

El artículo 73.d).7 del II Convenio colectivo general del sector de servicios de asistencia en tierra en aeropuertos-handling (vigente en el momento que se produjo la subrogación y que en el pacto de subrogación se comprometió a cumplir), bajo

el epígrafe «Normas comunes y condiciones de los trabajadores y trabajadoras a subrogar», dice que «a los trabajadores y trabajadoras procedentes de la empresa cedente les será de aplicación el Convenio colectivo o acuerdos de la empresa cesionaria, debiendo respetar como garantía «ad personam» los siguientes derechos: (...) 7. Se respetará el derecho de utilización de billetes de avión en las condiciones en que esté establecido en el Convenio colectivo de la empresa cedente. Si la empresa cesionaria no fuera línea aérea (no dispusiera de aviones) podrá pactar la compensación de este derecho. Se acuerda crear un grupo de trabajo que en el plazo de tres meses a partir de la firma del presente convenio negocie la compensación de este derecho. En caso de desacuerdo, las partes podrán pactar el sometimiento de esta cuestión a arbitraje.»

Y la controversia que llevó a las partes a juicio se centraba en determinar si asistía al trabajador el derecho o no a solicitar el abono de dos billetes de avión (en este caso por valor de 1.797,01 €) con motivo de su matrimonio a la empresa o si, por el contrario, no le asistía el derecho y debía costeárselos.

No sin antes manifestar que existen distintas sentencias con signo contradictorio en diferentes tribunales superiores de justicia en los que se debatía esta misma cuestión litigiosa relativa a la interpretación de aquellos preceptos cuando la primera empresa era una compañía aérea y las sucesivas no lo eran, la juzgadora (Juzgado de lo Social núm. 14 de Barcelona) asume como propia la tesis de una de ellas (del TSJ de Madrid de 3/06/2015) y estima el derecho del trabajador a que le sean abonados los dos billetes de avión por entender que a tenor del redactado del anterior artículo 73.d).7 del Convenio mientras no se hubiere pactado ni sometido a solución arbitral o arbitraje la posible compensación (como aquí sucede) y sin que la empresa acredite haber instado tal sometimiento a arbitraje, procede estimar el derecho del trabajador y abonarle los 1.797,01 € reclamados en su demanda.

Lluís Moya Soler (advocat del Gabinet Jurídic de la UGT)



2. Gabinet Jurídic en marxa



2.5. Empreses multiserveis sense activitat pròpia preponderant ni conveni col·lectiu propi. Aplicació de l'Estatut dels treballadors o conveni col·lectiu sectorial

Reconeixement del dret dels treballadors a què se'ls apliqui el conveni col·lectiu sectorial corresponent a l'activitat que desenvolupin.

Tribunal Suprem (sala social). Interlocutòria (auto) de 27 d'octubre de 2015.

Tribunal Superior de Justícia de Catalunya. Sentència núm. 7544/2014, de 13 de novembre de 2014.

Jutjat Social núm. 13 de Barcelona. Sentència de 19 de maig de 2014

L'empresa demandada té com a activitat principal la cessió de treballadors per prestar serveis auxiliars en diferents empreses (empreses del sector d'aparcaments, estacionaments regulats de superfície, garatges, oficines, serveis públics i equipaments públics afectes a activitats esportives i de lleure, aeroports, etc.

Els treballadors demandants sol·licitaven, essent el seu centre de treball el d'un pàrquing de B:SM a Barcelona, el reconeixement del dret a què els fos d'aplicació el Conveni col·lectiu d'aparcaments de Catalunya (els era d'aplicació l'Estatut dels treballadors) i, a la vegada, reclamaven les diferències salarials existents entre l'aplicació del salari del conveni i el seu sou.

El Jutjat Social núm. 13 de Barcelona, a la Sentència a dalt referenciada, desestima la seva demanda «per considerar que l'activitat de l'empresa no s'adequa a l'àmbit material del Conveni de Catalunya d'aparcaments». L'article 3 del Conveni col·lectiu d'aparcaments de Catalunya assenyala que «aquest Conveni és d'obligada observança per a totes les empreses l'activitat principal de les quals consisteixi en l'explotació d'aparcaments, garatges, serveis de rentat, greixat, estacionament de vehicles en

zones regulades de superfície, grues de disciplina viària, bé per concessió bé per cessió per qualsevol títol lícit, bé per propietat».

S'interposa un recurs de suplicació davant del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (TSJC) que estima el recurs i, per tant, dona la raó als treballadors a partir de les següents consideracions i conclusions literals:

«Volem ressenyar, d'entrada, que el règim laboral de les denominades empreses multiserveis no està exempt, des de fa temps, de polèmica aplicativa. Aquesta activitat no consisteix, sovint, a la pràctica, més que en la simple intermediació laboral, per això les fronteres entre la subcontractació i la cessió il·legal no són sempre fàcils d'esbrinar. Consideració a què escau afegir la problemàtica atenyent al conveni aplicable».

«Doncs bé, la jutjadora del primer grau ha desestimat la pretensió dels demandants perquè considera que l'activitat de l'empresa no s'adequa a l'àmbit material del Conveni de Catalunya d'aparcaments. Però aquesta és una lògica que la sala no pot compartir. Per bé que és cert que els convenis estatutaris tinguin fixada la seva eficàcia en funció dels àmbits material, temporal i personal, no és menys cert que aquests llindars no poden ser entesos de forma taxativa, especialment en aquells supòsits en què les activitats de l'empresa són diverses i, per tant, poden ser regulades per diferents convenis.»

«Així ho ha entès la doctrina cassacional en determinats supòsits, com per exemple un Ajuntament sense conveni propi, com és de veure en la Sentència del Tribunal Suprem de 7.10.2004, recurs 2182/2003: «Lo que no resulta admisible es que el empleador decida prescindir de un convenio de empresa y a la vez pretenda no someterse a aquél o a aquéllos convenios que regulen cada una de las actividades en cuyo desarrollo el empleador contrate trabajadores asalariados, pues esto crearía un injustificado vacío normativo, productor de una situación caótica en algunos aspectos».

En aquests casos, conclou, si no concorre un conveni sectorial o empresarial caldrà aplicar, si



2. Gabinet Jurídic en marxa

existeix, el conveni sectorial aplicable a cada activitat (...). Per tant, allò que determina la norma col·lectiva rectora és la de l'activitat exercida pel treballador, pel que fa a la prestació de serveis per l'empresa a tercers, i no regeix, per tant, l'equiparació retributiva amb els assalariats de l'empresa tercera (...). En conseqüència, allò que determina l'àmbit d'aplicació de cada conveni (dels possibles múltiples convenis concurrents) és el de l'activitat exercida pels mateixos treballadors, amb la qual cosa es trenca la lògica ordinària de «l'activitat preponderant de l'empresa», que és la «tònica general» de la nostra ordenació.»

Aquesta Sentència del TSJ és avui dia ferma, ja que el Tribunal Suprem (sala social) a la seva interlocutòria (auto) de 27 d'octubre de 2015 va declarar la inadmissibilitat del recurs de cassació per la unificació de doctrina que va interposar l'empresa.

Ester Puertas Macías (advocada del Gabinet Jurídic de la UGT)



2.6. Dret a la negociació col·lectiva

Modificació de la relació de llocs de treball de l'Ajuntament de Lleida per mitjà dels pressupostos de la corporació, que afecta les condicions de treball i vulnera el dret a la negociació col·lectiva.

Jutjat Contenciós Administratiu núm. 1 de Lleida. Sentència núm. 441/2015, de 29 d'octubre

La Federació de Serveis Públics (FSP) de la UGT interposava recurs contenciós administratiu contra l'Ajuntament de Lleida. Concretament, es demanava la declaració de nul·litat de la modificació de la relació de llocs de treball (RLLT) – que va fer l'Ajuntament aprofitant el tràmit d'aprovació dels pressupostos anuals– en haver-se acordat aquella modificació sense haver passat pel tràmit preceptiu (articles 31 i 37 de l'Estatut Bàsic de l'Empleat Públic o EBEP i arti-

cle 28 de la Constitució Espanyola) de negociació prèvia amb els representants dels treballadors.

L'Ajuntament de Lleida argumentà i al·legà, en primer lloc, la pèrdua de l'objecte d'aquest litigi, atès que quan es va celebrar el judici ja eren vigents uns nous pressupostos.

El Jutjat entén, en primer lloc, que no hi ha pèrdua sobrevinguda de l'objecte del plet (la demora en donar data de judici no impedeix discutir la legalitat de qualsevol decisió administrativa) i, en segon lloc, declara que s'ha infringit, en aquest cas, el dret a la negociació col·lectiva. Diu així: «(...) De tot plegat s'infereix que tant les amortitzacions, supressions, creacions, com les afectacions a les condicions de treball han de ser objecte de negociació col·lectiva. Per tant, efectivament, la potestat d'autoorganització [de l'Administració Pública] prevista a l'article 74 de l'EBEP no pot arraconar la negociació col·lectiva en els casos previstos en el mateix cos normatiu. I, de fet, s'observa que per mitjà de la RLLT es creen, supprimeixen i amortitzen nombrosos llocs de treball.»

El jutjat declara la nul·litat de ple dret de la resolució impugnada (modificació de la RLLT).

Pere Ciudad Palanques (advocat del Gabinet Jurídic de la UGT)



TESORERÍA GENERAL
DE LA SEGURIDAD SOCIAL

2.7. Seguretat Social. Cotització de les vacances un cop extingida la relació laboral

Les vacances meritedes, no gaudides i abonades a la liquidació o quitança han d'incloure la part proporcional de les pagues extraordinàries.

Jutjat Contenciós Administratiu núm. 5 de Barcelona. Sentència núm. 285/2015, de 26 de novembre



2. Gabinet Jurídic en marxa

L'objecte del plet, instat per l'empresa HLB, SLU i en què són codemandades la Tresoreria General de la Seguretat Social –TGSS– i el treballador MMV, perseguia la declaració de no ajustades a dret tant l'acta de liquidació aixecada per la Inspecció de Treball i Seguretat Social (ITSS) de Barcelona a l'empresa, així com les resolucions administratives posteriors de la TGSS.

El supòsit de fet és el següent: un treballador que, junt amb d'altres, veu extingida la seva relació laboral amb l'empresa fruit d'un expedient de regulació d'ocupació (ERO) o acomiadament col·lectiu. En el moment de l'extinció contractual els treballadors van percebre la corresponent liquidació o quitança. Entre els conceptes liquidats es trobava el de vacances. Vacances que havien meritat i no gaudit, i que l'empresa abonà en el moment de la liquidació. La discussió se centrava a determinar si en aquests dies de vacances (meritats, no gaudits i liquidats en extinguir-se la relació laboral) havia d'incloure's o no la part proporcional de les pagues extraordinàries. La ITSS, a la seva acta de liquidació les inclou, i l'empresa entén que no ha d'incloure-les.

L'empresa considera que s'infringeix el que disposa l'article 109.1 del Text refós de la Llei general de la Seguretat Social.

«Art.109. Base de cotització

«1. La base de cotització para todas las contingencias y situaciones amparadas por la acción protectora del Régimen General, incluidas las de accidente de trabajo y enfermedad profesional, estará constituida por la remuneración total, cualquiera que sea su forma o denominación, tanto en metálico como en especie, que con carácter mensual tenga derecho a percibir el trabajador o asimilado, o la que efectivamente perciba de ser ésta superior, por razón del trabajo que realice por cuenta ajena.

«Las percepciones de vencimiento superior al mensual se prorratearán a lo largo de los doce meses del año.

«Las percepciones correspondientes a vacaciones anuales devengadas y no disfrutadas y que sean retribuidas a la finalización de la relación

laboral serán objeto de liquidación y cotización complementaria a la del mes de la extinción del contrato. La liquidación y cotización complementaria comprenderán los días de duración de las vacaciones, aun cuando alcancen también el siguiente mes natural o se inicie una nueva relación laboral durante los mismos, sin prorrateo alguno y con aplicación, en su caso, del tope máximo de cotización correspondiente al mes o meses que resulten afectados.

«No obstante lo establecido en el párrafo anterior, serán aplicables las normas generales de cotización en los términos que reglamentariamente se determinen cuando, mediante ley o en ejecución de la misma, se establezca que la remuneración del trabajador debe incluir, conjuntamente con el salario, la parte proporcional correspondiente a las vacaciones devengadas.»

Doncs bé, l'empresa interpreta del redactat anterior que l'expressió «sin prorrateo alguno» ha de significar que en la quantia a abonar per vacances i a la seva cotització s'ha d'excloure la part proporcional de pagues extraordinàries.

El nostre lletrat, no obstant això, oposa el que segueix:

Entén que en el primer i segon paràgraf de l'article s'estableix la norma de cotització general, d'acord amb la qual cosa la base de cotització d'un treballador està determinada per la retribució a què mensualment tingui dret o, si és superior, per la que efectivament percebi, incloent-hi també en aquesta cotització les percepcions de venciment superior al mensual (les pagues extres), que s'han de prorratejar al llarg dels dotze mesos de l'any.

En el tercer paràgraf, s'estableix igualment la norma general quant a la forma de liquidació i cotització de les vacances anuals reportades i no gaudides, i que siguin retribuïdes a la finalització de la relació laboral, i s'hi indiqui que la seva liquidació i cotització s'ha de realitzar de forma complementària a la del mes en què es produeixi l'extinció de la relació; és a dir, que s'han d'abonar i cotitzar a part del mes en qüestió, i que s'han de cotitzar sense prorrateig i amb aplicació, si escau, del topall màxim de cotització



2. Gabinet Jurídic en marxa

corresponent al mes o mesos que resultin afectats.

Doncs bé, l'expressió «sin prorrateo alguno», la demandant la interpreta en el sentit que en l'abonament i cotització de les vacances reportades, i no gaudides abans de l'extinció de la relació laboral, no s'ha d'incloure la part proporcional de les pagues extres.

Aquesta interpretació, no obstant això, és errònia, doncs quan el precepte en qüestió estableix que la liquidació i cotització de tal classe de vacances ha de fer-se sense prorrateig, la qual cosa vol dir que les vacances a gaudir per cada treballador durant la vigència de la seva relació laboral no es poden anar abonant i cotitzant de forma prorratejada per l'empresa; és a dir, no es pot distribuir el seu abonament i la seva cotització en cadascun dels mesos de vigència de la relació laboral. Per contra, les vacances, com a regla general, s'han de gaudir in natura mitjançant el descans retribuït, però si arribada l'extinció d'una relació laboral, el treballador en qüestió té dies de vacances pendents de gaudir, el precepte en qüestió estableix que tals dies hauran de ser-li abonats i cotitzats de forma complementària a l'abonament i cotització del mes en el qual es produeix l'extinció de la relació laboral i conforme a la regla general de cotització abans esmentada, establerta en el primer i segon paràgraf del precepte, que estableix que en la cotització han d'incloure's totes les retribucions mensuals, així com la prorrata de pagues extres.

En l'últim paràgraf del precepte en qüestió, en connexió amb el que acabem de manifestar, es regula la possibilitat que es pugui establir alguna excepció a la regla general de cotització de les vacances establerta en el paràgraf anterior, com és que per llei s'estableixi que la remuneració del treballador ha d'incloure, conjuntament amb el salari, la part proporcional corresponent a les vacances. En aquest supòsit excepcional que, per exemple, està previst en l'article 11 de la Llei 14/1994, d'1 de juny, per la qual es regulen les empreses de treball temporal, la regla general decau, i la liquidació i cotització de les vacances es realitzarà de forma prorratejada, és a dir, distribuïda proporcionalment entre les diferents mensualitats.

L'acabat d'exposar és el que, segons el parer d'aquesta part, estableix l'article 109.1 de la LGSS conforme a la interpretació literal i sistemàtica del precepte en qüestió, i el que ha establert, sobre la interpretació d'aquest precepte, l'informe en el seu moment emès per la Sotsdirecció General d'Ordenació i Impugnació en data 11/06/2012, sobre el qual se sustenta l'acta de liquidació aixecada amb posterioritat per la Inspecció de Treball a l'empresa demandant.

Per si no fos prou, la interpretació sustentada en l'acta de liquidació esmentada evita l'existència d'un tracte discriminatori en matèria de cotització que, irremeiablement, es produiria si se seguís el criteri sustentat per l'empresa en aquest procediment.

En aquest sentit, si no s'efectués la liquidació i cotització de les vacances amb la inclusió de la part proporcional de les gratificacions extraordinàries, es generaria un tracte desigual en matèria de prestacions als treballadors segons haguessin gaudit de les seves vacances abans o després de l'extinció de la seva relació laboral. Així, a tall d'exemple, un treballador que cessa involuntàriament en la seva relació laboral havent gaudit les vacances, i que accedeix a la prestació de desocupació, inicia aquesta prestació l'endemà d'haver-se extingit la relació laboral, que es calcula d'acord amb els 180 últims dies de cotització, cotització en què s'inclou, en aplicació de les normes generals de cotització, la part proporcional de les pagues extres. En canvi, el mateix treballador, si al cessament la seva relació laboral no havia gaudit de les seves vacances i, per exemple, li quedaven 30 dies pendents de gaudir, no pot començar a percebre la seva prestació de desocupació fins que transcorrin aquests 30 dies, que han de ser cotitzats; però, el que és més important: la seva prestació s'ha de calcular sobre la base dels 180 últims dies de cotització, dies en què cal incloure els 30 de vacances pendents de gaudir que, d'acord amb la tesi de l'empresa demandant, han de cotitzar-se sense prorrata de pagues extres, la qual cosa genera una prestació de desocupació clarament inferior a la del primer cas.

Així mateix, tampoc és oposable, com es manifesta en la demanda, que durant anys l'empresa



2. Gabinet Jurídic en marxa

hagi estat cotitzant –sense cap queixa dels seus treballadors i de la representació legal d'aquests– de forma diferent a la qual seria correcta, segons estableix l'acta de liquidació aixecada per la Inspecció de Treball i Seguretat Social de Barcelona, atès que l'única cosa que això comporta és la incorrecció en l'actuació cotitzadora de l'empresa durant aquests últims anys respecte dels seus treballadors, no la incorrecció del decidit en l'acta de liquidació en qüestió.

I quant a la qüestió de la conformitat dels representants legals i sindicals dels treballadors sobre la forma com l'empresa cotitzava, cal assenyalar igualment que no podem culpar d'aquesta actuació els esmentats representants, tenint en compte que el tema plantejat en aquest litigi és, sens dubte, complex, com ho demostra l'existència de diferents informes sobre la interpretació que ha de donar-se a la norma en qüestió (article 109.1 de la LGSS) per part de membres de la Inspecció de Treball i Seguretat Social.

No obstant l'anterior, en qualsevol cas, ha de puntualitzar-se que les normes sobre cotització no són disponibles per les parts, sinó que són d'obligat compliment sense possibilitat de pacte sobre la matèria, per la qual cosa l'eventual existència d'acords, siguin expressos o tàcits, o s'hagin adoptat en ERO, convenis col·lectius, acords de millora d'empresa, etc., sobre l'actuació cotitzadora de l'empresa, no suposa cap obstacle al fet que aquesta actuació no hagi estat correcta d'acord amb la norma aplicable, i hagi de ser revisada, com s'ha fet, per l'acta de liquidació aixecada contra l'empresa demandant.

El jutjat entén que la interpretació literal de la norma és molt clara i coincideix totalment amb el relat [acabat de transcriure] que fa la part demandada (TGSS) i, sobretot, codemandada (treballador) en aquest procediment, la qual –diu– realitza una «exposició fàctica i jurídica excepcional». Desestima, per tant, i sobre la base d'aquests arguments, la demanda interposada per l'empresa.

Carlos Barba Muñoz (advocat del Gabinet Jurídic de la UGT)



2.8 Jurisdicción Civil. Resolución indemnizadora del contrato

Clínica dental. Contrato de arrendamiento de obra. Servicio prestado insatisfactorio. Indemnización por los daños y perjuicios causados

Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Mollat del Vallès. Sentencia núm. 22/2016, de 28 de enero

La demanda de procedimiento ordinario instada por el Sr. J.S.L. contra una clínica dental pretendía la declaración judicial de incumplimiento por parte de la clínica del contrato de servicios de estomatología, por el que solicitaba su resolución y abono de una indemnización de 55.895,18 € en concepto de daños y perjuicios, así como el pago de las costas causadas.

El cliente había contratado un tratamiento odontológico integral –le faltaban 17 piezas dentales de 28 posibles– cuyo presupuesto incorporaba una garantía de por vida en prótesis fija y por el que pagó de forma adelantada 13.671,09 €. A los dos años de uso de la nueva dentadura presentaba roturas constantes y desgastes anormales.

La demandada se oponía alegando que el tratamiento fue correctamente llevado a cabo, achacando su mal resultado exclusivamente a la desidia del paciente (falta de higiene) y a que el cliente abandonó –de forma voluntaria y antes de su término– el citado tratamiento.

El juzgado, antes de entrar a valorar la prueba aportada por las partes y con el objeto de centrar el objeto de juicio, hace un par de distinciones: a) entre contrato de arrendamiento de servicios y contrato de obra, y b) entre medicina voluntaria y medicina necesaria.

En cuanto a la primera, recalca la importancia de dejar sentado ante qué tipo de contrato nos en-



2. Gabinet Jurídic en marxa

contráramos o, lo que es lo mismo, cuál es la calificación jurídica del contrato que suscribieron las partes. Refiere que «...en la actualidad, la distinción entre ambas figuras, según se sigue del artículo 1543 del Código Civil, tiene consecuencias, ya que el contrato entre médico y paciente constituye un arrendamiento de servicios, pero el concertado con una clínica dental, una empresa, debe ser considerado un arrendamiento de obra, con la determinante diferencia de que el fracaso del tratamiento supone un incumplimiento contractual, ya que la clásica distinción entre el arrendamiento de servicios y de obra en relación con la actividad médica está cada día más en entredicho, fundamentalmente por los avances de la técnica y porque el concepto de salud ya no se formula de modo negativo, como mera ausencia de enfermedad, sino de manera positiva con referencia expresa a condicionantes de tipo anímico y social.»

En cuanto a la segunda, continúa: «...así los ámbitos que tradicionalmente se reservaban a la denominada medicina voluntaria (esterilizaciones, cirugía estética y odontología) también presentan algunas de las características de la denominada medicina necesaria, curativa o asistencial.» Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2001 califica una intervención destinada a corregir una protusión del maxilar superior como medicina al tiempo voluntaria y curativa, y la de 10 de febrero de 2004 subraya la evidente finalidad curativa de una intervención estrictamente voluntaria destinada a corregir una miopía. El mismo Tribunal, en sentencias de 21 de octubre de 2005, 19 de julio de 2013 o de 7 de mayo de 2014 entre otras, razona que en las intervenciones que forman parte de la que se denomina medicina voluntaria o satisfactoria, si no se acredita que ha existido un «aseguramiento del resultado» por parte del médico, se deberá valorar si concurren elementos de causalidad y culpabilidad, porque en estos casos sólo es posible apreciar una aproximación al régimen jurídico del arrendamiento de obra o de una figura intermedia entre éste y el arrendamiento de servicios.

Aplicada la teoría al caso concreto, el Juzgado entiende que es manifiesto aquí el predominio del componente curativo sobre el puramente

estético, y que no se debe analizar la conducta profesional médica como prestación de medios o de actividad ajustada a las reglas del oficio o *lex artis* y ponderar la imputabilidad física y jurídica del resultado; sino que la eventual responsabilidad de la empresa prestadora del servicio, única demandada, deberá ser estudiada como derivada de la garantía convencional que supone un auténtico arrendamiento de obra.

El Juzgado, a la vista de las pruebas practicadas, considera demostrada la existencia de vicios de diseño y calidad de la nueva dentadura, califica de inaceptables las roturas constantes y tempranas y los desgastes anormales de las nuevas piezas dentales, de lógico y normal el abandono voluntario o cambio de dentista/clínica dental por parte del paciente a la vista de aquellos resultados, para acabar considerando insatisfactorio el servicio prestado y estimar parcialmente la demanda, condenando a la clínica dental al pago de 45.738,70 € por los siguientes conceptos:

25 días impeditivos a razón de 50,35 €/día (1.258,75 €).
Más 493 días no impeditivos a razón de 27,12 €/día (13.370,16 €)
Más 18 puntos de secuelas a razón de 802,15 €/punto (14.438,70 €)
Más por daño moral (3.000 €)
Más el coste del tratamiento ineficaz (13.671,09 €).

Ismael Rovirosa i Redó (advocat) 



3. Veus crítiques



¿Pueden las leyes dejar un vacío intencionado para, valga la redundancia, vaciar de contenido la negociación colectiva?

El artículo 86.3 del Estatuto de los Trabajadores (ET), fija un plazo máximo para mantener la vigencia (ultraactividad) del convenio colectivo, mientras dura el proceso negociador de éstos. E indica qué ocurre cuando se produce este vacío (aplicar el convenio de ámbito superior), salvo en una situación: cuando no hay convenio colectivo superior que aplicar.

La discusión se centraba en saber qué ocurría cuando la norma o disposición de eficacia general dejaba de estar vigente sabiendo que su función de fuente de derecho sólo puede ser sustituida por la ley, en su calidad de fuente de derecho de mayor rango jerárquico y ámbito competencial concurrente; o bien, por otro convenio colectivo.

La ley tiene un mandato constitucional para configurar una fuente de derecho como es el convenio colectivo con un espacio material propio. Es decir, la ley opera en un doble canal: primero, como instrumento legal que viene obligado a configurar otra fuente de derecho como es el convenio colectivo estatutario y obligada a dotarle de un espacio material para que esta pueda ser real, existente y eficaz; segundo, como propia fuente de derecho que puede regular directamente la materia que es propia de la anterior fuente de derecho, pero sin poder negarla ni mediatizarla en términos sustanciales.

En atención a esta realidad, cierto sector doctrinal pretendió encontrar la solución en acudir a la otra fuente de derecho con capacidad normativa en esta rama del derecho, la ley y sus reglamentos. Pero olvidó, que la ley tiene la obligación constitucional de configurar el convenio colectivo a través de la negociación colectiva como fuente de derecho, lo que le obliga a dotarle de un espacio amplio dentro de esta materia. Lo que, además, hace bajo criterio amplio, lo que supuso un papel escaso y residual de la ley como fuente reguladora.

3

En tal tesitura, se producía la situación siguiente. Por un lado, se dejaba un vacío importante en la regulación del artículo 86.3 ET; lo que suponía, por otro lado, que tal vacío debía ser rellenado por los jueces en una labor cuasi-legislativa. Y dado que los jueces carecen de esta capacidad normadora, se le ponía en un brete, pues debían acudir a instituciones, valores y principios jurídicos, etc., a pesar de lo cual se encontraban atados de manos. La solución final ha sido declarar contractualizadas las condiciones cuyo origen era el convenio colectivo claudicante (pérdida la ultraactividad de un año).

Y cuál ha sido el devenir diario de la parte favorecida por este vacío normativo. En primer lugar, propugnar la aplicación del vacío que suponía el Estatuto de los trabajadores (ET) y demás normas legales y reglamentarias; en segundo lugar, considerar que finalizado el año de ultraactividad moría la obligación de seguir negociando; y, por último, considerar que dada la imposibilidad de aplicar el ET y demás nor-




3. Veus crítiques

mativa, debía ser su poder de dirección el que ostentaba la capacidad de rellenar estos enormes huecos.

El TS, al declarar contractualizadas las condiciones laborales cuyo origen era el convenio decaído, cerró una parte importante de estas veleidades empresariales, pero no ha impedido que se viniera aplicando el artículo 41 del ET, no para modificar ciertas condiciones contractuales, sino para reajustar todo el marco normativo de condiciones laborales dentro del seno de la empresa, verbigracia el sector sanitario del convenio de la XHUP. Bajo el amparo del artículo 41 del ET, sin empacho se postulaba, se pretendía la regulación del marco de condiciones de trabajo dentro de la empresa. Y ciertamente, al devenir contractual todas las condiciones de trabajo que antes regulaba el convenio estaban sujetas al artículo 41 del ET. Ello ha justificado pronunciamientos judiciales favorables a esta actuación con escasa atención a la negociación colectiva.

Pero cabe preguntarse si es el artículo 41 del ET un instrumento válido para ajustar y alterar todas las condiciones laborales de la empresa, cual verdadero convenio de empresa, sujeto exclusivamente a la existencia de una causa objetiva muy laxa (tal como declaran los tribunales), por mor de la mera voluntad del empresario.

Nos negamos a aceptar que la negociación colectiva y el propio convenio colectivo vean reducidas su idoneidad para regular las relaciones laborales de las empresas, así como su capacidad y ámbito material, fruto de esta puerta lateral que el legislador ha creado a través del artículo 86.3 del ET. Consideramos que ello supone un ataque indirecto, pero intencionado y especialmente lesivo, contra la obligación constitucional que se impone a la ley como garantista de la negociación colectiva y, por ende, de la figura del convenio colectivo.

La ley sustantiva, art. 86.3 del ET, concurre conflictivamente con la ley configuradora y garantizadora de la negociación colectiva, al permitir la primera que por vía del artículo 41 del ET, se puedan conseguir verdaderos convenios de empresa a expensas del simple criterio del empresario. El problema es que la ley configuradora y garantizadora de la negociación colectiva tiene amparo constitucional, cosa que no ocurre con la ley sustantiva. 

Luis Ezquerro Escudero (Àrea d'Estudi i Formació Gabinet Jurídic UGT de Catalunya)



4. Comentaris breus de jurisprudència

4.1. Sentència del Tribunal Constitucional (TC) de 5 de novembre 2015, Recurso de Amparo núm. 1709/2013. Normativa comunitària y Constitución, conflictes

Supuesto. Profesor docente de secundaria con nombramiento de funcionario interino. Reclama que se le reconozca y abonen los sexenios que ha perfeccionado. Se ampara en normativa nacional y también en la Directiva 1999/70/ CEE, sobre el trabajo de duración determinada y el principio de equiparación que su artículo 4.1 exige para este personal, en comparación con el funcionario de carrera.

La Administración respectiva niega el derecho, dado que la normativa interna sólo la reconocía para los funcionarios de carrera. En primera instancia se estima la demanda aplicando doctrina del TSJCEE, C-307-05, en atención al principio de no discriminación. Interpuesto un recurso de apelación en el que la parte actora aportó un reciente Auto del TJUE, C-556/11, resolviendo asunto idéntico a la Sentencia de instancia. El TSJ de Madrid, amparándose en pronunciamientos suyos anteriores y otros del TS, considera que hay razones objetivas para aplicar la diferencia de trato que, excepcionalmente, permite la Directiva de la CEE.

Normativa que se pretendía aplicable

Principio de igualdad en la aplicación de la ley y principio de no discriminación regulado en el artículo 4.1 Directiva 1999/70.

Doctrina del TC

El TC, como cuestión de principio, niega:

«...ni el principio de primacía del derecho de la Unión que rige las relaciones entre ambos ordenamientos, han dotado a las normas del Derecho de la Unión Europea, originario o derivado, «de rango y fuerza constitucionales» [por todas, STC 215 /2014, de 18 de diciembre, FJ 3 a), con cita de otras».

Esta afirmación resulta difícil de asimilar. El principio de igualdad y no discriminación es un valor y un principio esencial en el ordenamiento comunitario. La propia doctrina jurisprudencial así lo manifiesta.

Y resulta difícil por cuanto esta doctrina nos conduce a una especie de doble canon de valores superiores y derechos fundamentales. Un principio de igualdad y no discriminación con rango y fuerza constitucional (constitución española), y otro principio de igualdad y no discriminación sin rango y fuerza constitucional por lo que cabe concluir que con simple rango y fuerza de legalidad ordinaria. Difícil de admitir, aunque esa legalidad ordinaria sea comunitaria.

Esta cuestión de principio la trae a colación el TC para justificar la no valoración del principio de igualdad en aplicación de la ley o del principio de discriminación que deriva de una Directiva CEE, concretamente la Directiva 1999/70, artículo 4.1. Y de esta forma se remite al principio de tutela judicial efectiva y al test de congruencia, y sobre todo test de razonabilidad para resolver el recurso de amparo. La razón de tal criterio se ampara más en la utilidad que en la juridicidad. Si admite que el principio de igualdad y no discriminación de la normativa comunitaria se integra en el principio de igualdad y no discriminación que fija la Constitución se encuentra con la siguiente tesis: primera, que la regulación comunitaria pueda ampliar el contenido constitucional de estos derechos y valores constitucionales (restringirlo no podría porque se encontraría con el control previo de constitucionalidad, vía artículo 95.1 CE); y en segundo lugar, y más importante, cómo aceptar el criterio de interpretación auténtica del TJUE sobre una regulación de legalidad ordinaria que amplía los supuestos de protección de derechos constitucionales o los concreta, cuando el TC reitera que el máximo intérprete de la CE y, por tanto, el último intérprete es él.

Ahora bien, nuestro ordenamiento ordinario tiene multiplicidad de supuestos legales, reglamentarios y convencionales que aplican el principio de igualdad y no discriminación a instituciones y supuestos concretos, en una línea que se podría llamar de complementación o concreción de los valores y derechos fundamentales de la CE, y nadie se rasga las vestiduras por ello. En realidad, no deja de ser una expresión del carácter configurador de la CE respecto al resto del ordenamiento jurídico en su doble aspecto de troncalidad y transversalidad. Y en tal caso, por qué no aplicar igual criterio de normalidad con la normativa comunitaria.



4. Comentaris breus de jurisprudència

El problema radica en el principi de configuració que la CE desplega respecte al ordenamiento jurídico inferior e interior. Este principio configurador no se puede predicar o exigir respecto al ordenamiento comunitario en cuanto el legislador comunitario no se ve compelido de forma directa por las Constituciones de los Estados miembros. La Constitución de un Estado miembro no configura e informa el ordenamiento comunitario de una forma directa. En tal caso, ¿cómo admitir que la normativa comunitaria tenga una cierta capacidad configuradora sobre la Constitución Española?

No es este el foro, ni tampoco hay espacio, para resolver este dilema, pero la solución dada por el TC resulta harto criticable y con muchas aristas. Esta argumentación de partida, llevada al extremo acaba negando que el principio de igualdad y no discriminación que la normativa comunitaria trae a colación a la hora de regular ciertas instituciones y situaciones, sea la que tiene amparo en la CE vía troncalidad o transversalidad. Y parece crear la dualidad de ordenamientos jurídicos, incluso en dos bloques de constitucionalidad, uno en un nivel constitucional y el otro en un nivel desconocido.

Si a lo anterior unimos que el TJUE se arroga la interpretación auténtica de la normativa comunitaria, el problema está servido. ¿Cómo admitir que la normativa comunitaria pueda concretar y complementar el bloque de constitucionalidad de la CE y además ser el último intérprete de este bloque de normativa complementaria que afecta a la Constitución Española?

Solución del TC respecto al fondo del tema

En cuanto a la solución final, el TC reitera que el pronunciamiento del TJUE conlleva interpretación auténtica de la normativa comunitaria y que no se puede desconocer por los jueces y tribunales internos ordinarios. De hacerlo, supone una vulneración del principio de primacía y una mala selección de la norma aplicable que tacha de irrazonable y arbitraria (test de razonabilidad), lo que aboca al principio de tutela judicial efectiva (aplicado en el presente caso para estimar la cuestión).

Ahora bien, la interpretación auténtica de la que habla el TC no deja de ser una forma de «diferir» la plena aplicación de una norma que integra nuestro

ordenamiento jurídico. Si una ley interna no puede dejar de aplicarse ante el conflicto con una norma comunitaria, salvo planteamiento de cuestión de constitucionalidad o cuestión prejudicial ante el TJUE, esto quiere decir que el juez nacional se encuentra con una norma que no es aplicable directamente, salvo depuración constitucional o complementación de su contenido vía exégesis del TJUE, o sea, un norma cuya aplicación viene sujeta a un proceso obligatorio de concreción.

Y sí resulta aplicable de forma directa, en tal caso, por qué el TC distingue entre diversos supuestos: entre dejar de aplicar una ley nacional aplicando la primacía de la norma comunitaria; o dejar de aplicar una norma comunitaria por aplicación directa de una ley nacional. En el primer caso, el TC indica que el juez ordinario debe presentar cuestión de inconstitucionalidad o prejudicialidad; en el segundo no, el juez es competente de forma directa siempre que utilice una exégesis racional (¿pero es que acaso una exégesis racional no resulta exigible en todo pronunciamiento judicial?).

La interpretación auténtica se entiende por la vía de complementación del contenido de la normativa comunitaria. La interpretación del TJUE dota de contenido a sus normas, cuando menos les dota de un solo contenido entre los posibles (crea el sentido literal) y éste pasa a integrar la propia norma y goza de su naturaleza y de su primacía. Primacía normativa del precepto comunitario en los términos interpretados por el TJUE. Por este motivo, el TC insiste en que se ha vulnerado la primacía del ordenamiento comunitario y la razonabilidad en la interpretación de éste (siempre que se ignore dicha interpretación). Pero parece exigir que, para tal infracción, sea casi necesario que exista la interpretación auténtica, lo que supone tanto como decir que nos encontramos en todo caso con normas necesitadas de contenido concreto para su aplicación directa. Y éste lo otorga el TJUE.

Ciertamente, todo pronunciamiento judicial último sobre un litigio no deja de contener una interpretación auténtica del derecho aplicado. Entre otras cosas porque dicho pronunciamiento se convierte en intangible e inatacable. La diferencia radica en que no da contenido unívoco a la normativa utilizada y aplicada, salvo en todo caso, la técnica de unificación de doctrina o interés de ley. Por el contrario, la



4. Comentaris breus de jurisprudència

interpretación auténtica del TJUE parece ampararse en la técnica de dotar de un contenido unívoco al precepto que interpreta, siendo de aplicación a todos los supuestos que se pueden llegar a producir en todos los Estados miembros. El problema es que el TJUE realiza interpretaciones auténticas cada vez más adaptadas al caso concreto (como es el presente caso de funcionarios interinos y derecho a percibir sexenios), lo que nos conduce más a la figura de cosa juzgada que a una interpretación auténtica de la normativa comunitaria.

Si lo infringido por un juez o tribunal fuera la institución de la cosa juzgada entraría en juego el principio de tutela judicial efectiva. Si lo infringido es una norma por acierto o desacierto en su aplicación no entra en juego el citado principio de tutela judicial, salvo interpretación y aplicación del todo «irrazonable y arbitraria». Y lo cierto es que sea cual sea el contenido de una norma, más o menos preciso, distinguir entre acierto y desacierto o irrazonabilidad no es fácil, precisamente.

Luis Ezquerro Escudero (Cap del Àrea d'Estudi i Formació Gabinet Jurídic UGT de Catalunya)



4.2. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE - Sala Cuarta), de 21 de enero de 2016, asunto C 453/14, procedimiento entre Vorarlberger Gebietskrankenkasse, Alfred Knauer y Landeshauptmann von Vorarlberg

Supuesto y normativa aplicable.

La petición de decisión prejudicial se refiere a la interpretación del artículo 5 del Reglamento (CE) núm. 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (DO L 166, p. 1; corrección de errores en DO L 200, p. 1), y del artículo 45 TFUE.

El supuesto parte de un pensionista con pensión en el sistema de seguridad social austriaco y otra

pensión por el Estado de Liechtenstein. La residencia del pensionista era Austria. La jubilación en Austria se regulaba por norma legal y obligatoria, y fijando una pensión de mínimos con la posibilidad de incrementarla a voluntad del trabajador cotizante a fin de mantener el nivel de vida anterior a la jubilación.

En cuanto a la cobertura y prestaciones por enfermedad, conllevaba la obligación de cotizar aplicable a las pensiones tanto nacionales como extranjeras.

El régimen de Estado de Liechtenstein de pensiones era: el seguro de jubilación y de supervivencia (primer pilar), el régimen profesional de pensiones (segundo pilar) y los seguros complementarios suscritos con carácter privado (tercer pilar). Mientras que el seguro de jubilación y de supervivencia era un régimen contributivo financiado por las cotizaciones, el régimen profesional de pensiones, regulado por la Ley sobre el Régimen Profesional de Pensiones (Gesetz über die betriebliche Personalvorsorge), de 20 de octubre de 1987, era un régimen de capitalización, ligado a la vez al régimen del seguro de jubilación y de supervivencia y a la relación laboral. La afiliación al régimen profesional de pensiones era obligatoria en principio, y debía permitir, junto con el seguro de jubilación y de supervivencia, que el asegurado mantuviera un nivel de vida acorde con el nivel que disfrutaba antes de su jubilación.

A partir de este supuesto, se plantea si la cotización para la cobertura de contingencia de enfermedad debe comprender todas las pensiones tanto de Austria como Liechtenstein o sólo las pensiones mínimas, partiendo de la consideración de que la residencia en un Estado no condiciona la cotización, pero sí que se reconoce el derecho del Estado miembro a «cobrar» las cotizaciones que considere por las prestaciones que cubren la contingencia de enfermedad. Y se plantea más en términos de considerar si se pueden considerar pensiones integradas en el Reglamento, las pensiones sujetas a un nivel de capitalización que depende de la voluntad de trabajador cotizante, y si tras considerar que se encuentra dentro del ámbito del Reglamento, además se trata de prestaciones de jubilación equivalentes.



4. Comentaris breus de jurisprudència

Doctrina del TJUE

El punto de partida es que adjetivadas como pensiones equivalentes, los efectos a que da lugar es que existente la obligación de cotizar en un Estado miembro, la misma sería aplicable a todas las pensiones (incluidas las de otro Estado miembro), caso de las cotizaciones por enfermedad (art. 5 del Reglamento). Y además, el art. 30.1 del Reglamento prevé que el Estado miembro que imponga una cotización por contingencia de enfermedad se puede quedar con dicha cotización si es el que, a su vez, concede la prestación a su cargo, sin que la residencia sea un dato relevante como norma.

El TJUE incide en la distinción entre «prestaciones equivalentes» y «prestaciones de la misma naturaleza». Igualmente, considera que el hecho de ser prestaciones integradas en el Reglamento no da lugar automáticamente a la calificación de «prestaciones equivalentes». Ésta se adjetiva de tal forma atendiendo a la finalidad de la prestación: garantizar el mantenimiento del nivel de vida que se tenía antes de la pensión.

Atendiendo a estos parámetros, el TJUE concluye que el régimen profesional de Liechtenstein, que incluía no solo la pensión básica, sino la parte que se correspondía con el nivel de capitalización elegido por el trabajador, son equivalentes, por lo que el Estado austriaco, lógicamente, podía exigir cotizaciones por esta pensión de Liechtenstein.

Ahora bien, como es habitual, deja en manos del Estado miembro (Austria), la aplicación de esta interpretación auténtica del art. 5.a) del Reglamento, puesto que el TJUE no resuelve el caso concreto, simplemente indica cómo debe interpretarse la norma comunitaria.

Este caso es un ejemplo de «concepto abstracto» típico de normas legales que requieren de una labor de concreción que prácticamente acaba creando un concepto jurídico literal (sentido único). Y para ello no requiere de una labor de complementación legal de los Estados miembros, sino a través de la función jurisdiccional del TJUE. Y es cierto que la función de complementación de los tribunales siempre conlleva una

labor de concreción que puede crear claroscuros con la función legislativa. Pero, igualmente, sería un claroscuro que el legislador pretendiera dotar a todas las normas de sentido literal exclusivo, pretendiendo incidir en la función jurisdiccional.

Luis Ezquerro Escudero (Cap del Àrea d'Estudi i Formació Gabinet Jurídic UGT de Catalunya)



4.3. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), Sección Tercera. Asunto Blesa Rodríguez c. España (Demanda núm. 61131/12). Sentencia Estrasburgo de 1 de diciembre de 2015

Supuesto y normativa aplicable

El asunto se refiere a una querrela por falsedad documental interpuesta por la Universidad de La Laguna contra el demandante, profesor en la facultad de Farmacia de dicha universidad, recurrida por el demandante, quien afirmó que dos de los magistrados que le condenaron (A. y S.) no fueron imparciales. Cabe destacar especialmente la causa respecto al segundo; este magistrado era profesor asociado y realizaba labores administrativas por las que percibía ingresos por parte de la Universidad.

Respecto al magistrado S., el Gobierno alegó que el demandante no había solicitado su recusación. Este informó que la composición de la Sala de la Audiencia Provincial se había modificado sin haberle informado de la identidad de los tres magistrados que la componían. El TEDH considera que el demandante formuló la queja de falta de imparcialidad tan pronto como le fue permitido, concretamente interponiendo su recurso sobre cuestiones de derecho ante el Tribunal Supremo, que abordó el asunto examinando en su totalidad el fondo de la demanda sobre la falta de imparcialidad, y lo desestimó por entender que tal causa no estaba entre las definidas legalmente y por no tener esta causa conexión o relación directa con el pleito, por lo



4. Comentaris breus de jurisprudència

que no se acreditaba interés alguno del magistrado.

El TEDH declara que ha habido una vulneración del artículo 6.1 del Convenio respecto al requisito de un Tribunal imparcial.

Doctrina del TEDH


El TEDH, en primer lugar y de forma implícita, admite la causa de recusación aunque la misma no estuviera concretamente tipificada en nuestra legislación interna, lo que supone o bien un nivel de concreción de nuestra normativa interna vía TEDH (tanto legal como constitucional), o bien que junto a nuestra normativa tenemos el Convenio Europeo de Derechos Humanos (lo que incide en la dualidad de ordenamientos), y sus mecanismos de solución de conflictos cuando concurre con la normativa interna ya ordinaria como constitucional.

Y el TEDH también fija otro criterio o principio esencial: si concurre causa de abstención en el juez o magistrado este no debe esperar a la recusación, sino que está obligado a abstenerse de conocer.

(Consideramos que este principio del TEDH debe contener alguna consecuencia más allá de su formulación, y no es otra que la apreciación de oficio de las causas de recusación sin necesidad de haber sido alegadas por las partes. El juez en el que concurre causa de abstención ha perdido su imparcialidad. Y este es un requisito necesario e imprescindible para ejercer la acción jurisdiccional. La consecuencia debe ser clara, estamos ante una cuestión de orden público procesal).

Por otro lado, el TEDH reitera que la imparcialidad debe evaluarse por medio de un análisis subjetivo y objetivo. Subjetivo, que intenta averiguar si el magistrado o juez ostenta un criterio o tiene formada una opinión que pueda conducirle a prejuzgar el tema perdiendo su objetividad, y en este caso entendió que no. Objetivo, que entiende que el juez debe ofrecer suficientes garantías en este sentido (aspecto que parece aparejado con el anterior), descartando la duda razonable. Pero también menciona el criterio obje-

tivo como algo relacionado con la dependencia que supone tener un contrato o nombramiento de la entidad demandada, trabajar y cobrar de la misma por dichos trabajos, lo que impide excluir toda duda razonable sobre su imparcialidad objetiva, que no subjetiva (parcialidad de la que podría no ser consciente el propio juez).

(Interesante criterio, que consolida el criterio de que la existencia de causas de abstención del juez incide en su independencia e imparcialidad, lo que debe ser causa de nulidad. Y examina la imparcialidad objetiva y subjetiva de forma separada sin que deban concurrir de forma conjunta para su apreciación. Por último, hay que destacar que la imparcialidad pretende consolidar el criterio de confianza de la ciudadanía en la imparcialidad judicial, lo que obliga a desterrar toda duda razonable de parcialidad. Esto supone que no se requiere prueba plena de la parcialidad ya subjetiva u objetiva, sino pruebas indiciarias y la posible —que no segura— relación causa/efecto (dependencia profesional con posible pérdida de independencia judicial). 

Luis Ezquerro Escudero (Àrea d'Estudi i Formació Gabinet Jurídic UGT de Catalunya)



5. Estudis i temes doctrinals



Modificación sustancial de las condiciones de trabajo (MSCT): plazos de caducidad para ejercitar la acción

La MSCT, regulada en el artículo 41 del ET, está sujeta al procedimiento especial del artículo 138 de la LRJS, que refiere un plazo especial para ejercitar la acción de impugnación de la mencionada medida. El plazo es de caducidad, exactamente veinte días hábiles a partir de la notificación por escrito de la MSCT. El cómputo de los veinte días se inicia a partir del día siguiente a la notificación por escrito, nunca en el momento en que la medida sea efectiva, sino cuando es comunicada o notificada.

Los posibles supuestos controvertidos que se presentan son los siguientes:

A. Modificación individual

1. Empresario que ha seguido el procedimiento del art. 41 del ET y ha notificado debidamente la modificación al trabajador. En este caso, el actor dispone de veinte días hábiles para impugnar la medida, a contar desde la fecha en que se notifica al trabajador la comunicación empresarial. En caso de presentar reclamación previa o conciliación administrativa, la misma no interrumpirá los plazos de caducidad, puesto que está excluida en las MSCT (art. 64 LRJS).

2. Empresario que no alude al procedimiento del art. 41 del ET, pero notifica debidamente un cambio de condiciones al trabajador. La acción que debe ejercitarse es la de impugnación de MSCT, independientemente de que la empresa haya seguido el procedimiento establecido en el artículo 41 del ET. Previamente a la reforma establecida en la Ley 3/2012 de 6 de julio, cuando la empresa no respetaba el procedimiento del artículo 41 del ET, la jurisprudencia remitía al procedimiento ordinario (reconocimiento de derecho o cantidad), sujeto a plazo de prescripción del derecho, computando un año a partir de la ignorancia o inaplicación del derecho por el empresario (art. 59.2, ET). Sin embargo, a partir del nuevo artículo 138.1 de la LRJS, aunque no haya sido respetado el artículo 41 por la empresa, debe accionarse por la vía de la MSCT, con sujeción al plazo de caducidad de veinte días hábiles, salvo que el juez declare que la modificación de condiciones no es sustancial (STS 5426/ 2015, rec. 229/2014), lo cual remite al procedimiento ordinario.

3. Empresario que no notifica ninguna modificación al trabajador de forma escrita, así como tampoco de forma verbal. En el primer supuesto, surgen las dudas acerca de la expresión «comunicación escrita». ¿Qué ocurre cuando la modificación se lleva a cabo sin haber sido comunicada por escrito? La opinión mayoritaria en este sentido (SSTSJ Cat. 8094/2013, rec. 3698/2013; Madrid 5/5/2014; STSJ País Vasco 3142/ 2015, rec. 1492/2015), es que en tal caso no hay modificación alguna por lo que no corre plazo alguno. Se argumenta que no es que los plazos, en tal caso, estén sujetos a la prescripción del año, sino que dado que la comunicación de la MSCT no se llevó a cabo por escrito, el plazo de caducidad no ha empezado a computar en ningún momento. Esto conlleva que no hay modificación sustancial, en todo caso acaecerá un problema de prescripción del derecho sustantivo si procede.

Otras, en cambio, entienden que la modalidad procesal debe ser la de modificación sustancial, pero sin sujeción al plazo especial de veinte días, sino al de un año de prescripción. A colación con lo anteriormente señalado, surge la duda de qué ocurre si la acción se ejercita de forma incorrecta, es decir, por la vía de procedimiento ordinario. La duda es si la acción puede reconducirse a la modalidad procesal adecuada sin que la acción se encuentre caducada. El TSJ de Madrid, Sentencia de 7/4/2015, señala la posibilidad de que el Juzgador de instancia pueda reconducir el proceso de reconocimiento de derecho



5. Estudis i temes doctrinals

al de MSCT, incluso de oficio, sin necesidad de alegación por las partes. El amparo legal de dicha decisión viene establecido en el artículo 102.2 de la LRJS. En lo referente a la caducidad de la acción, la misma no se produce puesto que, como la medida no fue comunicada por escrito, el cómputo nunca se inició. La acción, por lo tanto, no se encuentra caducada, siempre y cuando se respete el cómputo del año a partir de que la acción pudiera ejercitarse. Este criterio se aprecia también en STS 143/ 2014, rec. 251/ 2013; salvo oposición del demandante a la conversión de la modalidad procesal.

En cuanto a la segunda posibilidad, falta de notificación escrita e incluso inexistencia de cualquier comunicación verbal (caso de impago de algún complemento o variación en nómina sin más). En tal caso, cabe cuestionarse que estemos obligados a utilizar la modalidad procesal de modificación sustancial; al contrario, sería procedimiento ordinario sin sujeción a plazo de caducidad de los veinte días (STSJ País Vasco 3111/ 2015, rec. 1574/ 2015).

B. Modificación colectiva

Como cuestión previa la jurisprudencia admite pacíficamente que el supuesto de demanda de conflicto de MSCT, también viene sujeta al plazo de caducidad de veinte días a partir de la notificación a la representación legal de los trabajadores, ya fuera la representación legal o la sindical, STS de 9/ 12/ 2013, y STS 4143/ 2014, rec. 251/ 2013; en atención al plazo especial del 138.1 LRJS (STSJ Catalunya 7565/ 2014, rec. 1330/ 2014).

A partir de esta premisa, se producen los siguientes supuestos controvertidos:

1. Empresario que abre un período de consultas vía artículo 41 del ET, y notifica la medida al comité de empresa. En este caso, el plazo para ejercitar la modalidad procesal de conflicto colectivo por MSCT es de veinte días hábiles a contar desde la comunicación escrita al comité de empresa o a las secciones sindicales, dependiendo con quién se haya negociado. El problema más usual es: ¿cuándo se considera notificada la representación legal de los trabajadores? ¿A la finalización del período de consultas, o bien se requiere una notificación diferenciada en el tiempo? No cabe confundir la finalización del período de consultas con la resolución final de la medida impuesta por el empresario, la que se debe notificar a la RLT, pero, por otro lado la ley no impone una diferenciación temporal y, por ello, cierto sector jurisprudencial admite que ésta se pueda dar el mismo día de finalización del período de consultas (STSJ de Catalunya, de 19/07/2013, rec. 2206/ 2013). Ahora bien, la reciente STS 4143/2014, rec. 251/2013, reitera que no cabe confundir la finalización del período de consultas, por muy detallado que sea, con la notificación a la RLT a que viene obligado el empresario y que es a partir de ésta cuando comienza a correr el plazo de los veinte días.

Hay que recordar que en el conflicto colectivo de MSCT, no hace falta realizar reclamación o conciliación administrativa previa, por lo que no suspende los plazos de caducidad (SSTS 9/12/ 2013, rec. 85/2013, y STS 4143/2014, rec. 251/2013).

2. Empresario que abre un período de consultas vía artículo 41 del ET, y no notifica la medida formalmente al comité de empresa. El planteamiento es mantener la doctrina anterior del TS sobre el plazo de prescripción de un año, o bien, dado que el panorama ha cambiado con la nueva LRJS, imponer el plazo de caducidad de veinte días. La STSJ de Catalunya, núm. 12444/2014, rec. 5909/2014, parece apostar por este último criterio, pero partiendo del supuesto fáctico de que hubo comunicación a los trabajadores. La caducidad es un instituto que hace fenecer la acción, esta decae, y por ende, consolida la actuación empresarial, por lo que el dies a quo es una garantía que integra la vertiente constitucional del principio de seguridad jurídica y tutela judicial efectiva. La ley no puede regular la institución de la caducidad sin regular con absoluta certeza el cómputo del dies a quo, la una no se entiende sin la otra, salvo ruptura de la vertiente constitucional comentada. Por este motivo, la referida Sentencia TSJ de Catalun-




5. Estudis i temes doctrinals

ya fija previamente un dies a quo, pero de corte jurisprudencial y con escaso apoyo legal, y que resulta poco conforme con el principio de tutela judicial efectiva. El TS 4143/2014, rec. 251/ 2013, recalca en la clara obligación del empresario de notificar la medida a la RLT, al igual que la STS 3167/2013, rec. 53/2012.

3. Empresario que abre un período de consultas vía artículo 41 del ET, y notifica la medida al comité de empresa, pero no a los trabajadores. En este caso, el plazo de caducidad corre respecto al comité de empresa, pero no respecto a los trabajadores. Se discute si la comunicación al comité de empresa supone también comunicación a los trabajadores. El TS, en Sentencia de 4/4/2006, admite esta posibilidad, pero partiendo del supuesto de empresa que comunicó el tema vía intranet. Por el contrario, la STJ de Catalunya 505/2014, rec. 1400/2013, no parece admitirla a pesar de reconocer el pronunciamiento del TS, considerando que el mismo se adaptaba a un supuesto muy específico.

4. Empresario que no abre un período de consultas vía artículo 41 del ET, y no notifica nada al comité de empresa o a las secciones sindicales. En este supuesto, la RLT podría accionar vía conflicto colectivo, pero sin la especialidad del plazo de caducidad, aunque no por ello el tema nuclear dejaría de ser la existencia de una pretendida modificación sustancial, entendiéndose que el plazo sería el de la doctrina jurisprudencial tradicional de un año desde la efectividad de la misma, puesto que no hay procedimiento ni notificación alguna (STS 3167/ 2013, rec. 53/2012). Y esta misma Sentencia se niega a equiparar una comunicación en el tablón de anuncios con la adecuada notificación a la RLT y a los trabajadores. En cuanto al trabajador, igualmente el plazo será de un año a partir de la efectividad de la medida en atención a los mismos argumentos expuestos.

Ahora bien, si no abre período de consultas y realiza una MSCT individual con notificación a los trabajadores afectados y al comité a título de adecuada información (siendo la discusión si la medida era colectiva o individual), en tal caso, la respuesta es que la modalidad, ya colectiva como individual, debe ajustarse al plazo de caducidad del 138 de la LRJS, a partir de la citada notificación, STSJ de Catalunya 10151/2013; rec. 3674/2013. 

Patrick O'Callaghan Rodríguez (advocat del Gabinet Jurídic de la UGT)



6. Ad processum



TEMA: Descuelgue de convenio. Modalidad procesal a seguir: conflicto colectivo de modificación sustancial de trabajo, art. 138 de la LRJS; o bien, impugnación de convenio colectivo, art. 163 de la LRJS

El problema surge porque el legislador no ha establecido un procedimiento impugnatorio especial para los casos de descuelgue del convenio colectivo estatutario. Ello obliga a integrarlo en alguno de los existentes. Y tenemos como presuntamente adecuados, la modalidad de impugnación de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, art. 138 de la LRJS, y por otro lado, modalidad de impugnación de convenios colectivos, arts. 163 y ss, LRJS.

Acaece que el art. 82.3 del ET, remite al 41.4, a efectos de procedimiento de período de consultas a seguir para el descuelgue del convenio, pero por otro lado éste se ubica dentro del Título III del ET, o sea, negociación colectiva estatutaria, por expresa voluntad del legislador, lo que favorece una interpretación finalista. A lo anterior se une la escasa legitimidad constitucional que otorga un procedimiento de modificación sustancial pensado para controlar la legalidad de imposiciones unila-

terales del empresario en el ámbito del contrato de trabajo cuando estamos ante verdaderas modificaciones convencionales. El nivel de legitimidad constitucional para tal modificación convencional es mayor y afecta a la vertiente constitucional de la negociación colectiva, lo que había generado gran conflictividad en la doctrina científica y jurisprudencial.

En concordancia con todo ello, la STS 5128/2015, rec. 276/2014, se decanta por el procedimiento del artículo 163 y ss, de la LRJS, o sea, el de impugnación de convenios colectivos. El acuerdo de descuelgue del convenio colectivo debe impugnarse por la vía de impugnación de convenio colectivo. Y, en consecuencia, no está sujeto a ningún plazo de caducidad de veinte días o similar, por lo que cabe entender que se puede impugnar durante todo el período de su vigencia, salvo que se pretenda someterlo al plazo de prescripción de un año, a costa de violentar la modalidad procesal escogida.

El problema es que, en caso de acuerdo, el artículo 82.3 del ET, pretende acotar la litis a una serie de causas tasadas, lo que se corresponde con esta especial negociación colectiva de tipo cautivo, rota la

paridad entre los sujetos negociadores al obligar a la parte social a negociar atendiendo los intereses empresariales y dejando los propios en un segundo plano o subordinados a ellos. Esto supone cuestionar la esencia de la impugnación de convenios colectivos siempre posible por vulneración de la legalidad vigente. Esto es así, entre otras cosas, por la propia naturaleza normativa que ostenta el convenio colectivo estatutario, aunque sea de empresa. Resulta difícil admitir que en este proceso impugnatorio, si la materia es un descuelgue de convenio, no se puedan alegar las posibles vulneraciones de legalidad ordinaria. Esto viene avalado por la remisión que hace el legislador al artículo 91 del ET, de existir laudo arbitral ya voluntario, ya forzoso; éste puede ser impugnado por los mismos motivos que los fijados en la impugnación de los convenios colectivos, o sea, infracciones de legalidad ordinaria.

Luis Ezquerra Escudero (responsable del AEF Gabinet Jurídic)



7. Convenis col·lectius i actualitat laboral

7.1. Convenis col·lectius

Resolució de 19 de gener de 2016, per la qual es disposa la inscripció i la publicació del Conveni col·lectiu de treball del **sector de galetes de Barcelona i província** per als anys 2014-2016 (codi de conveni núm. 08001765011994) (BOPB 27.1.2016).

Resolució EMO/3093/2015, de 23 de desembre, per la qual es disposa la inscripció i la publicació del Conveni col·lectiu del **personal d'administració i serveis laboral de la Universitat de Barcelona, la Universitat Autònoma de Barcelona, la Universitat Politècnica de Catalunya, la Universitat Pompeu Fabra, la Universitat de Girona, la Universitat de Lleida i la Universitat Rovira i Virgili** (codi de conveni núm. 79002770012008) (DOGC núm. 7039 - 18.1.2016).

Resolució EMO/3064/2015, de 17 de desembre, per la qual es disposa la inscripció i la publicació de l'acord sobre **taules salarials** corresponents a l'any 2016 del I Conveni col·lectiu d'**ensenyament privat reglat no concertat de Catalunya** (codi de conveni núm. 79002915012012) (DOGC núm. 7033 - 8.1.2016).

Resolució de 16 de desembre de 2015, per la qual es disposa la inscripció i la publicació del Conveni col·lectiu de treball del sector de **majoristes de fruites, verdures, hortalisses, plàtans i patates de la província de Barcelona** per als anys 2015 i 2016 (codi de conveni núm. 08002875011995) (BOPB 5.1.2016).

Resolució de 18 de desembre de 2015, per la qual es disposa la inscripció i la publicació del Conveni col·lectiu de treball de les **empreses de begudes refrescants, xarops i orxates de la província de Barcelona** per als anys 2015 i 2016 (codi de conveni núm. 08001815011995) (BOPB 5.1.2016).

Resolució de 16 de desembre de 2015, per la qual es disposa la inscripció i la publicació del Conveni col·lectiu de treball del sector de **confiteria, pastisseria i brioixeria de la província de Barcelona** per al període 1.10.2015-31.12.2017 (codi de conveni núm. 08001025011994) (BOPB 28.12.2015).

Resolució de 17 de novembre de 2015, per la qual es disposa la inscripció i la publicació del Conveni col·lectiu de treball de l'**empresa Alstom Transporte, S.A. (centre de treball de Santa Perpètua de Mogoda)** per al període 01.04.2014- 31.03.2018 (codi de conveni núm. 08010851011999) (BOPB 11.12.2015).

Resolució EMO/2783/2015, de 24 de novembre, per la qual es disposa la inscripció i la publicació de l'acord de pròrroga de la ultraactivitat del Conveni col·lectiu de **treball agropecuari de Catalunya** (codi de conveni núm. 79001175011995) (DOGC núm. 7014 - 9.12.2015).

Resolució de 23 de novembre de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo para la actividad de **fútbol profesional** (Código de Convenio núm. 99002305011989) (BOE núm. 293 - 8.12.2015).

Resolución de 23 de noviembre de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el VII Convenio colectivo sectorial de ámbito estatal de las **administraciones de loterías** (Código de Convenio: 99000075011981) (BOE núm. 292-7.12.2015).



7. Convenis col·lectius i actualitat laboral

Resolució de 6 de novembre de 2015, per la qual es disposa la inscripció i la publicació del Conveni col·lectiu de treball del sector de **comerç de materials de construcció de la província de Barcelona** per als anys 2015 i 2016 (codi de conveni núm. 08000745011994) (BOPB 7.12.2015).

Resolución de 23 de noviembre de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica la modificación del Convenio colectivo del sector **ocio educativo y animación sociocultural** (Código de convenio núm. 99100055012011) (BOE núm. 292 - 7.12.2015).

Resolució de 17 de novembre de 2015, per la qual es disposa la inscripció i la publicació de l'Acord de la Comissió Paritària del Conveni col·lectiu de treball del sector de la **construcció i obres públiques de la província de Barcelona** (codi de conveni núm. 08001065011994) relatiu a festius oficials, jornada i horaris (BOPB 2.12.2015).

Resolució EMO/2726/2015, de 21 de novembre, per la qual es disposa la inscripció i la publicació del Conveni col·lectiu de treball del sector **d'activitats forestals a Catalunya** (codi de conveni núm. 79100045012013) (DOGC núm. 7009 - 1.12.2015).

Resolució de 24 de novembre de 2015, per la qual es disposa la inscripció i la publicació del Conveni col·lectiu de treball del sector de **licors de la província de Barcelona** per a l'any 2015 (codi de conveni núm. 08001745011994) (BOPB 1.12.2015).

Resolució de 6 de novembre de 2015, per la qual es disposa la inscripció i la publicació de l'Acord de pròrroga de la ultraactivitat del Conveni col·lectiu de treball de la **indústria flequera de la província de Barcelona** fins al 30 d'abril de 2016 (codi de conveni núm. 08002525011994) (BOPB 30.11.2015).

Resolució EMO/2697/2015, de 3 de novembre, per la qual es disposa la inscripció i la publicació del Conveni col·lectiu de treball per a la **indústria metal·logràfica de Catalunya** (codi de conveni núm. 79000285011994) (DOGC núm. 7001 - 19.11.2015).

Resolució EMO/2494/2015, de 29 d'octubre, per la qual es disposa la inscripció i la publicació de l'acord de pròrroga de la ultraactivitat, per un període de sis mesos, del Conveni col·lectiu de treball per al sector de **fruits secs de Barcelona, Lleida i Girona** (codi de conveni núm. 79002175012004) (DOGC núm. 6994 - 10.11.2015).

Anunci pel qual es fa públic l'inici de procediment d'extensió del Conveni col·lectiu de treball del sector de **xocolates de la província de Barcelona al sector de caramels i xiclets, en l'àmbit territorial de Barcelona, Lleida i Tarragona** (DOGC núm. 6992 - 10.11.2015).

Resolució EMO/2501/2015, de 2 de novembre, per la qual es disposa la inscripció i la publicació del Conveni col·lectiu de treball per al sector de les **col·lectivitats de Catalunya** (codi de conveni núm. 79100055012013) (DOGC núm. 6993 - 9.11.2015).

Resolució de 29 d'octubre de 2015, per la qual es disposa la inscripció i la publicació del Conveni col·lectiu de treball del sector de les **indústries vinícoles de la província de Tarragona** per als anys 2015-2016 (codi de conveni núm. 43000415011994) (BOPT núm. 258 - 7.11.2015).

Resolución de 22 de octubre de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el V Convenio colectivo estatal de las **industrias de captación, elevación, conducción, tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas potables y residuales** (BOE núm. 264 - 4.11.2015).



7. Convenis col·lectius i actualitat laboral

Resolució EMO/2418/2015, de 16 d'octubre, per la qual es disposa la inscripció i la publicació del Conveni col·lectiu de treball del sector de **cuirs, repussats, marroquineria i similars de Catalunya** (codi de conveni núm. 79000115011994). (DOGC núm. 6989 - 3.11.2015).

Resolució de 2 d'octubre de 2015, per la qual es disposa la inscripció i la publicació de l'Acord de pròrroga de la ultraactivitat del Conveni col·lectiu de treball del **sector de transitaris i duanes de la província de Barcelona** fins al 2 de novembre de 2015 (codi de conveni núm. 08016425012010) (BOPB 2.11.2015).

7.2. Legislació

Decret Llei 1/2016, de 19 de gener, d'aplicació de l'increment retributiu d'un u per cent per al **personal del sector públic de la Generalitat de Catalunya** per al 2016 (DOGC núm. 7041 - 20.1.2016).

Real Decreto 1171/2015, de 29 de diciembre, por el que se fija el **salario mínimo interprofesional** para 2016 (BOE núm. 312 - 30.12.2015).

Real Decreto 1170/2015, de 29 de diciembre, sobre **revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2016** (BOE núm. 312 - 30.12.2015).

Real Decreto núm. 1169/2015, de 29 de diciembre, sobre revalorización y complementos de **pensiones de Clases Pasivas para el año 2016** (BOE núm. 312 - 30.12.2015).

Ordre EMO/353/2015, de 24 de novembre, per la qual s'estableix el calendari de **festes locals de totes les poblacions de la Comunitat Autònoma de Catalunya per a l'any 2016** (DOGC núm. 7013 - 7.12.2015).

Decret 246/2015, de 17 de novembre, pel qual es deroga el Decret 81/2015, de 26 de maig, de jornada i horaris de treball del personal del **Cos d'Agents Rurals de la Generalitat de Catalunya** (DOGC núm. 7001 - 19.11.2015).

Resolución de 3 de noviembre de 2015, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se establece el **calendario de días inhábiles en el ámbito de la Administración General del Estado para el año 2016**, a efectos de cómputos de plazos (BOE núm. 276 - 18.11.2015).

7.3 Actualitat i no tanta actualitat laboral

Salari Mínim Interprofessional (SMI) 2016

El Reial Decret 1171/2015, de 29 de desembre (BOE núm. 312, de 30.12.2015) estableix els imports següents:

SMI horari: 5,13 € (1)

SMI diari: 21,84 €

SMI diari eventuais: 31,03 € (2)

SMI mensual: 655,20 €

SMI anual: 9.080,40 €



7. Convenis col·lectius i actualitat laboral

(1) SMI fixat per a persones treballadores de la llar, en règim extern, tot inclòs, llevat les vacances.

(2) SMI fixat per eventuais de menys de 120 dies/any, tot inclòs, llevat les vacances.

Prestacions contributives per atur (SPPE o INEM) 2016

Per a l'any 2016 la quantia mínima de la prestació contributiva sense fills és de 497,01 € i amb un o més fills, de 664,75 €. La quantia màxima sense fills és de 1.087,20 €, amb un fill de 1.242,52 € i amb dos o més fills, de 1.397,84 €. Aquests imports màxim i mínim es redueixen proporcionalment quan hi ha contractes a temps parcial. En el cas de desocupació per la pèrdua d'un treball amb contracte a temps parcial, l'import mínim o màxim es calcula en funció del nombre d'hores treballades durant el període dels 180 últims dies cotitzats.

Según la OIT, España crea nuevo empleo de baja calidad

La Organización Internacional del Trabajo afirma que se trata de una situación que se está produciendo tanto en el mundo en general, como en los países europeos, especialmente en su salida de la crisis. En España, Grecia y Portugal, el paro se ha reducido dos puntos el año pasado frente al recorte de seis décimas de tasa de paro de la zona euro, del 10,7% al 10,1%. Aun así, alertan de la mala calidad del nuevo empleo: «En muchos países europeos, la recuperación de la ocupación se está haciendo a expensas de su calidad, como empleo temporal y a tiempo parcial, que representan la mayor parte de los puestos de trabajo creados». El 25% de los contratos firmados en 2015 duró menos de una semana (Eleconomista.es, 13/01/2016). Según los datos del Ministerio de Empleo, de los 18,57 millones de contratos firmados a lo largo del año 2015, un 24,7%, más de 4,5 millones, tuvieron una duración de 7 días o menos. Si se suman los que duraron hasta un mes, la cifra absoluta se eleva hasta los 7 millones de contratos, lo que supone que el 37% del total de contratos duraron como máximo un mes. Si bien se ha dado un repunte del empleo en 2015, ahora se firman muchos más contratos, aunque más cortos. Frente al año 2010, se observa un incremento del 28,8% en el número de contratos firmados, pero una caída del 17% de la duración media de los mismos (Cincodias.com, 16/01/2016).

Quins són els millors i els pitjors països per treballar?

Segons l'OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos) i d'un estudi sobre les trenta-quatre «grans economies mundials», Espanya és el segon pitjor país per treballar.

Després de valorar-se factors com «l'atur de llarga durada», la «taxa d'atur» i «la por de perdre la feina», ocupa el 33è lloc amb una puntuació global de 2,4 sobre 10. Només ens supera Grècia, amb un 1,5. Per sobre tenim Turquia, amb un 3,8. Segons aquestes dades, els millors països per treballar són, per aquest ordre: Islàndia (9,5 sobre 10), Suïssa (9,4) i Noruega (9,0). Els països del nostre entorn ocupen les següents posicions: França (21), Portugal (31), Itàlia (27), Alemanya (8).

Espanya és també el segon país amb l'atur de llarga durada més elevat (només superada per Grècia), i el país –dels 34 estudiats– on més por hi ha, i amb diferència, a perdre la feina.

Quant a la renda per càpita (ingrés familiar disponible net ajustat per càpita) els països amb rendes més elevades són els EUA (36.719 €), Luxemburg (34.581 €) i Suïssa (29.734 €). Espanya, dins d'aquell rànquing, ocupa la posició 22 (19.959 €), i els tres països amb renda per càpita més baixa són Mèxic (11.617 €), Turquia (12.515 €) i Xile (12.904 €).



7. Convenis col·lectius i actualitat laboral


La Administración pública ha destruido 155.841 empleos con la crisis desde 2010

Las administraciones públicas han perdido 155.841 trabajadores desde enero de 2010, cuando se empezó a destruir empleo en este sector, según los datos del Registro Central de Personal. Eso supone una pérdida de 78 puestos de trabajo al día. Destacan los descensos registrados en el colectivo de profesores (-22.366), profesionales de la sanidad (-9.355), Fuerzas Armadas (-12.257) o Correos (-11.385). Cada día se han perdido 11 profesores, 5 sanitarios, 6 militares y 6 carteros. Además han disminuido en 3.224 los efectivos de la Seguridad Social y en 1.351 los de la Agencia Tributaria.

El salario medio en España es de 1.809 euros

Según datos del Instituto Nacional de Estadística (INE), en el último año los salarios en España han subido un 0,5%. El sueldo medio asciende a 1.809,88 euros mensuales por trabajador, dato que incluye las pagas y horas extra. El coste laboral medio para las empresas es de 2.456,46 euros, incluyendo Seguridad Social (591 euros al mes) e indemnizaciones por despido, que descienden un 7,3% y frenan la subida de los costes: el coste laboral total crece un 0,3% frente al 0,5% del salario. Este aumento de salario se debe a que ha aumentado la jornada, que de media el tercer trimestre fue de 3,48 horas semanales. Los mayores salarios se registran en el País Vasco, con 2.191 euros al mes. En el extremo opuesto se encuentran Extremadura, con un salario medio de 1.465 euros y Canarias, con 1.523.

Catalunya tanca el 2015 amb menys ERO, però més acomiadaments

Els expedients de regulació d'ocupació cauen un 30%, però deixen un 9,5% més d'aturats. Els catalans que van perdre la seva feina com a conseqüència d'un expedient de regulació d'ocupació (ERO) van augmentar un 9,5% el 2015, malgrat que la xifra d'acomiadaments col·lectius es va reduir en un 29,8%. Els 153 ERO registrats l'any passat al Departament d'Empresa i Ocupació de la Generalitat van deixar a l'atur 4.831 persones, és a dir, 422 més que les afectades pels 218 expedients presentats l'any 2014. La tendència a la baixa iniciada el 2013 es va trencar, sobretot, durant l'últim trimestre de 2015, que va concentrar el 56% dels acomiadaments. Alguns encara han de fer-se efectius aquest any. 

Josep Millán López (advocat i tècnic AEF Gabinet Jurídic)



8. No estem d'acord

¿Es una tomadura de pelo disponer de sólo diez días para interponer una demanda de derechos fundamentales contra una actuación administrativa expresa? Es una opción legislativa. Si tú fueras legislador ¿lo admitirías?

¿Qué se puede decir cuando el legislador opta por un procedimiento de derechos fundamentales –arts. 114 y ss LRJCA– cuyo plazo de interposición es absolutamente precario, o dicho de otra forma, que por su cortedad apenas satisface el derecho de acceso al procedimiento?

Hablamos de un plazo de diez días frente a un acto administrativo expreso. O bien, de diez días transcurridos, veinte si se trata de inactividad administrativa, vía de hecho, o interposición de recurso de reposición o alzada (STS 5538/ 2015).

Y añadimos que la Administración, en la mayoría de casos, informa de los plazos ordinarios y prácticamente nunca del plazo especial de esta modalidad procesal ignorando que la obligación abarcaría la misma. También citamos el caso de acoso laboral al funcionario, ¿cómo aplicar este plazo a una figura que se destaca por proceder de una «conducta de tracto continuado»? ¿tiene que ser el albur del caso concreto a criterio de la jurisprudencia?

Pero sobre todo uno se pregunta si las normas son ciegas y la equidad interna de las mismas en ningún caso resulta exigible. Las normas no pretenden la equidad o la justicia, pero los valores superiores de nuestra Constitución sí. E informan nuestro ordenamiento y leyes ordinarias. En tal caso, hagamos uso de la razón y veamos ¿a quién beneficia dicho plazo y en qué medida?

Cuando concurren derechos fundamentales o éstos y otros bienes jurídicos constitucionales, se debe atender a una ponderación entre los mismos y la proporcionalidad es un principio de singular importancia.

Y la primera sorpresa que nos ofrece el legislador es un plazo para interponer la modalidad de derechos fundamentales sumamente reducido, escaso. En tal tesitura, atendamos a los intereses en juego. Por un lado, la Administración, que representa el interés general (al menos en el plano teórico), y por otro lado el justiciable, que además si es funcionario mantiene una relación de sujeción especial con la Administración que no le impide ser tributario de los derechos fundamentales.

¿Qué ocurre, si transcurre el plazo de los diez días de la modalidad procesal de derechos fundamentales? La respuesta es clara, impide ejercitar esta modalidad procesal, y en consecuencia consolida la actuación administrativa. Esto se ampara en el principio de seguridad jurídica: la actuación de la Administración no puede quedar en una situación de pendencia permanente o durante largo tiempo, sino que tiende a consolidarse como actuación ajustada a derecho.

Y aparece la primera sorpresa. ¿Cómo aceptar que en una infracción de legalidad ordinaria la situación de pendencia sea de un mes en sede administrativa y dos meses en sede contenciosa y, por el contrario, de diez días cuando se lesionan derechos fundamentales básicos (o un mes en sede administrativa y luego diez en sede contenciosa)? ¿Sucede acaso que el principio de seguridad jurídica sufre menos cuando se lesiona la legalidad ordinaria que la legalidad constitucional básica, puesto que la pendencia de la actuación administrativa se mantiene durante un tiempo más largo en aquel caso? Y surge una contradicción todavía mayor: si se lesiona un derecho constitucional de los considerados no fundamentales, se tienen dos meses para interponer el procedimiento contencioso ordinario y, por el contrario, si se lesiona un derecho constitucional de los adjetivados fundamentales se tienen diez días, ¿cuál es la razón lógica, cuál la justicia material?



8. No estem d'acord


Y enfrente aparece el principio de tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, como derecho del justiciable. De esta forma, tenemos un acceso a la jurisdicción sujeto a un plazo muy escaso y, enfrente, un principio de seguridad jurídica (más un valor superior que un derecho fundamental) concurriendo conflictivamente, y obtenemos: que el acceso a la jurisdicción por la modalidad de derechos fundamentales se sujeta a plazos sumamente reducidos y, en contraposición, la «consolidación de la actuación administrativa» se ve favorecida por estos cortos plazos y se consolida de forma rápida.

Al final, uno llega a una triste conclusión: le resulta más seguro a la Administración realizar una actuación lesiva de derechos fundamentales que otra lesión de legalidad ordinaria. La primera permite la consolidación del acto administrativo antes que la segunda. Y sin embargo, se nos pretende decir que la lesión de derechos fundamentales está sujeta a una protección reforzada y especialmente garantista.

El otro argumento que siempre se trae a colación es la urgencia y celeridad de esta modalidad procesal. Pero al margen que tal celeridad no se aprecia en el día a día, este argumento no puede conducir a la fácil justificación de unos plazos sumamente cortos que benefician hora a hora a la Administración. Dotar de más plazo a esta modalidad procesal no hará sufrir especialmente a la celeridad de la misma, sobre todo cuando la celeridad y urgencia es un beneficio a favor del justiciable ¿o no?

Estamos hablando de un plazo en el acceso a la jurisdicción que cabe tachar de desproporcionado y abusivo. La duración de este plazo choca con el principio de tutela judicial efectiva. Resulta del todo inadmisibles y carece de justificación objetiva (no lo pretende la norma legal, ni la jurisprudencia la busca). El propio TC considera este plazo de configuración legal sin mayor aditamento (ATC 430/2004), aunque es cierto que la cuestión no se ha planteado de forma directa en estos términos.

Afirmamos, en lo que al interés del justiciable corresponde, que este plazo en el acceso a la jurisdicción es del todo desproporcionado y abusivo, constituyéndose en una clara limitación en el ejercicio de todo derecho fundamental. Toda limitación en el acceso a la jurisdicción debe valorarse en términos de lesión del propio derecho de tutela judicial efectiva. Y consideramos que la vertiente constitucional de este derecho resulta dañado sustancialmente con motivo de este plazo escasísimo e injustificado.

No es más que otro ejemplo de un procedimiento (contencioso administrativo) que debe ser revisado y modificado sustancialmente. La situación jurídica privilegiada de la Administración en este tema adquiere ribetes abusivos, difícilmente asumibles como constitucionales y del todo injustificados. 

Luis Ezquerro Escudero (responsable AEF Gabinet Jurídic)



9. Civil, penal i altres qüestions d'interès



9.1. Penal. Los nuevos delitos leves (antiguas faltas) en el nuevo Código Penal. Una aproximación

La disposición derogatoria única 1 de la Ley Orgánica (en adelante LO) 1/2015, de 30 de marzo, declara que «queda derogado el Libro III de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal», esto es, el libro de las faltas y sus penas. Y dispone el artículo único nueve de la LO 1/2015 la modificación del art. 13.3 CP –«son faltas las infracciones que la Ley castiga con pena leve»–, que desde el 1 de julio de 2015, tenga la siguiente redacción: «son delitos leves las infracciones que la ley castiga con pena leve». A esta modificación semántica de la denominación de los tipos para los que el legislador reserva una pena leve, la LO 1/2015 suma otras modificaciones del sistema de responsabilidad penal asociado a las penas leves, hasta alcanzar un nuevo diseño del tratamiento típico y procesal de las antiguas faltas.

1. Regulación del delito leve desde el punto de vista sustantivo

Lo primero que advertimos en el nuevo Código Penal, es que a diferencia de lo que sucedía con anterioridad, a partir de la entrada en vigor de la LO 1/2015, los delitos leves ya no están sistemáticamente aislados en una única rúbrica (en el antiguo Código Penal, estaban en el Libro III, las faltas y sus penas y divididas en cinco títulos), sino que se encuentran por todo el Libro II del CP junto con el resto de delitos, resultando generalmente los tipos atenuados/privilegiados de otras conductas delictivas que poseen asociada una pena leve. Lo que ha hecho el legislador es regular los delitos leves, a continuación del mismo tipo legal, considerado como grave. Como se ha adelantado, el criterio legal de «calificación» de un tipo como delito leve se contiene por tanto en el art. 13.3 del CP, artículo que debe ser integrado con las previsiones del art. 13.4, segundo inciso, del CP: «cuando la pena, por su extensión, pueda considerarse como leve y como menos grave, el delito se considerará, en todo caso, como leve».

1.2. La elevación de algunas penas asociadas a conductas antes constitutivas de faltas

Falta de lesiones con tratamiento médico de menor entidad cometidas por imprudencia grave (art. 621.1 CP), pasan a estar tipificadas como delito menos grave pero no leve (art. 152.1 CP).

Falta de hurto de uso de vehículo de motor en cuantía inferior a 400 euros (art. 623.3 CP), pasan a estar tipificadas como delito menos grave pero no leve (art. 244.1 CP).

Falta contra la propiedad intelectual en cuantía inferior a 400 euros (art. 623.5 CP), pasan a estar tipificadas como delito menos grave pero no leve (art. 270.2 párr. 2 CP).

Falta contra la propiedad industrial en cuantía inferior a 400€ (art. 623.5 CP), pasan a estar tipificadas como delito menos grave pero no leve (art. 274.3 párr. 2 CP).

Falta de atribución pública de cualidad profesional amparada por título académico que no se posea (art. 637 CP), lo que se convierte en circunstancia agravante del intrusismo (art. 403.2.a CP).

1.3. La destipificación de algunas conductas que antes constituían una falta y que ahora significarán una sanción administrativa

Falta de deslucimiento de bienes muebles o inmuebles de dominio público o privado, sin la debida autorización de la Administración o de su propietario (art. 626 CP), sancionado en el art. 37.13 de la LO 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana.

Falta de abandono de jeringuillas o instrumentos peligrosos (art. 630 CP), sancionado en el art. 36.16 de la LO 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana.

Falta de suelta de animales feroces o dañinos en condiciones de causar mal (art. 631.1 CP), sancionado en el art. 37.16 de la LO 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana.



9. Civil, penal i altres qüestions d'interès

Falta de desobediencia leve a la Autoridad o sus agentes (art. 635 CP), sancionado en el art. 36.6 de la LO 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana.

Falta de ejercicio de actividades careciendo de seguro obligatorio (art. 636 CP).

1.4. La destipificación de conductas que antes eran faltas y que pasan a la jurisdicción civil

Falta de homicidio por imprudencia leve (art. 621.2 CP).

Falta de lesiones por imprudencia menos grave o leve (art. 621.3 CP), excepto las de especial gravedad (art. 152.2 CP).

Falta de denegación de auxilio a menores abandonados (art. 618.1 CP) y falta de denegación de asistencia a ancianos y discapacitados (art. 619 CP): Solo seguirán siendo típicas si resultan subsumibles en los delitos de omisión del deber de socorro (art. 195 CP), omisión de asistencia profesional sanitaria (art. 196 CP), abandono de menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección (art. 229 CP) o abandono temporal de menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección (art. 230 CP). Si no son típicas pero producen un resultado lesivo, podrá considerarse el ilícito civil del art. 1.902 CC.

Falta de desobediencia en el cumplimiento de obligaciones de convenio judicial familiar no constitutivo de delito (art. 618.2 CP) y falta de infracción en el régimen de custodias de hijos menores (art. 622 CP): Solo seguirán siendo típicas si resultan subsumibles en los delitos de incumplimiento de obligaciones económicas (art. 227 CP) o de desobediencia (art. 556 CP). Si no resultan típicas la tutela frente al incumplimiento deberá desarrollarse a través del procedimiento de ejecución forzosa contenido en el art. 776 LEC.

Falta de injuria leve o vejación injusta (art. 620 CP), salvo que se proyecte sobre las personas del art. 173.4 CP.

Falta de alteración leve del orden en juzgado, actos públicos, espectáculos deportivos o culturales o reu-

niones numerosas (art. 633 CP) –tipicidad de la grave, arts. 556 y ss.

1.5. Otras consideraciones de los delitos leves

Una cuestión importante es la referente a los antecedentes penales. En las antiguas faltas, si eras condenado, la citada condena no generaba antecedentes penales; ahora sí, la condena por un delito leve, sí genera antecedentes penales que se extinguirían seis meses después de la extinción de la pena. En cualquier caso, los antecedentes no son computables a efectos de reincidencia (art. 22.8 CP) y de suspensión de las penas (art. 80.2.1ª CP) pero sí para la agravación del hurto por habitualidad (art. 235.1.7º CP) y de la estafa, administración desleal y apropiación indebida por habitualidad (art. 250.1.8º CP).

En cuanto a la prescripción, en las faltas el plazo era de seis meses, ahora, en los delitos leves, es de un año (art. 131.1 CP).

2. Regulación del delito leve desde el punto de vista procesal

En cuanto a la competencia, lo seguirá siendo el juzgado de instrucción (art. 14.1 LECr) o el juzgado de violencia sobre la mujer (art. 14.5.d LECr) si se trata de amenazas, coacciones o injurias leves o vejaciones injustas vertidas sobre persona contenida en el art. 173.2 CP.

2.1. Denuncia preceptiva para el inicio del procedimiento: prevé el Código Penal a lo largo de sus disposiciones la necesaria presentación de denuncia para la persecución de los siguientes delitos leves:

- Homicidio por imprudencia menos grave (art. 142.2 CP).
- Lesiones sin tratamiento médico (art. 147.2 CP) contemplada en la derogada falta del art. 617.1 CP.
- Lesiones de especial entidad (arts. 149 y 150 CP) causadas por imprudencia menos grave (art. 152.2 CP).
- Golpeo o maltrato sin lesión (art. 147.3 CP), contemplada en la derogada falta del art. 617.2 CP.
- Amenaza leve (art. 171.7 CP), contemplada en la derogada falta del art. 620 CP.
- Coacción leve (art. 172.3 CP), contemplada en la derogada falta del art. 620 CP.



9. Civil, penal i altres qüestions d'interès

- Injúria o vejació injusta de caràcter leve a persona del 173.2 CP (art. 173.4 CP).

2.2. En cuanto al procedimiento para el enjuiciamiento de los delitos leves, la LO 1/2015 incorpora en su disposición final segunda la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dando una nueva redacción al Libro VI que pasa a denominarse procedimiento para el juicio de los delitos leves, y que diseña dos tipos de procedimiento para el enjuiciamiento de los delitos leves.

Para el enjuiciamiento de los delitos leves de lesiones o maltrato de obra, de hurto flagrante, de amenazas, de coacciones o de injurias, la policía judicial que tenga noticia de los hechos calificables de la forma mencionada, citará ante el juzgado de instrucción de guardia a ofendidos y perjudicados, al denunciante, al denunciado y a los testigos que puedan dar razón de los hechos.

El enjuiciamiento del resto de los delitos: remitido el atestado por la policía judicial (sin citación a persona alguna) o la denuncia recaída conforme a normas de reparto o presentación directa ante el juzgado de guardia o el proceso por inhibición de otro juzgado, el mismo determinará el sobreseimiento, inhibición o enjuiciamiento.


Hay una última diferencia importante, surgida a raíz de la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal (Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre), en la cual en su artículo 967.1, da la oportunidad a todas las partes de comparecer con abogado; y si el denunciante comparece con abogado, hay jueces que preguntan expresamente al denunciado si quiere comparecer con abogado, suspendiendo el juicio, si su respuesta es afirmativa.

3. Consideraciones finales

El objetivo de la reforma operada por la LO 1/2015 es alcanzar una racionalización del uso de la Administración de Justicia (en su conjunto, penal, civil y contencioso administrativa) partiendo de una situación de falta de efectividad en la consecución de los fines para los que el procedimiento de faltas fue concebido, y poner en valor la reserva a la jurisdicción y tipicidad penal como última ratio real a la que acudir, por el sistema jurídico y por los ciudadanos, para acometer sus fines.

Sin embargo, dos de las medidas adoptadas si determinan dos filtros que no existían en la regulación anterior y que, a buen seguro, generarán una disminución del caudal de procesos a atender por los Juzgados competentes: la exigencia de denuncia previa y la posibilidad de impulso del sobreseimiento por el Ministerio Fiscal. Tanto uno como otro constituyen elementos procesales en nada novedosos o ajenos a nuestro sistema jurídico (el catálogo de delitos sólo perseguibles a instancia de parte es amplio, y en nada sorprende una solicitud de sobreseimiento del Ministerio Fiscal) sin que pueda considerarse que su incorporación merme el derecho fundamental de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva.

Por lo que respecta al ciudadano de a pie y en nuestro caso a los afiliados, hay un claro perjuicio con respecto a las antiguas faltas. La injuria o calumnia leve desaparecen (los típicos insultos con los vecinos, amigos, compañeros de trabajo, etc.) solamente se mantiene como delito grave y te obliga a presentar querrela, ya no sirve la denuncia. Y la otra opción es la demanda civil, de protección del honor. En el antiguo CP, estaba el art. 620.2, que castigaba la amenaza, la coacción y la injuria leve; se hizo así en aquel momento, porque en una misma acción se podía incurrir en dos tipos penales a la vez. En la actualidad, al realizar una denuncia ante la Policía, deben precisarse mucho los hechos, y aunque haya habido insultos y amenazas (o insultos y coacciones), deberá denunciarse solo por las amenazas (o las coacciones) ya que, de lo contrario, existe el riesgo de que no le admitan la querrela, o que esta sea archivada en el juzgado.

Otro claro retroceso con respecto a las faltas, es que en la actualidad el típico accidente de circulación (atropello, etc.), con lesiones, tiene que ventilarse por la vía civil; lo que significa un claro perjuicio para los ciudadanos con respecto a las compañías de seguros, porque ya no dispondrán del informe forense y tendrán que proveerse de su propio informe médico y, además con el riesgo de las costas. Aunque también hemos de decir, que si son lesiones de especial gravedad (término muy inconcreto y subjetivo), seguirán viéndose por la vía penal. 

Isamel Rovirosa i Redó (advocat)



Punts d'assistència del Gabinet Jurídic

Barcelona Rambla Santa Mònica, 10, baixos.
gjuridic@catalunya.ugt.org
Tel: **93 304 68 50**. Fax 93 304 68 44

Cornellà de Llobretat Carrer Revolt Negre, 12.
Tel **93 261 90 09**. Fax 93 261 91 34. 08940

Figueres Carrer Poeta Marquina s/n.
Tel. **972 50 91 15**. Fax 972 50 91 15. 17600

Granollers Carrer Esteve Terrades, 30, baixos.
Tel. **93 870 42 58 / 93 870 47 02**.
Fax 93 879 65 17. 08400

Girona Carrer Miquel Blay, 1, 3a i 4a.
Tel. **972 21 09 76 / 972 21 02 95**.
Fax 972 20 81 71. 17001

L'Hospitalet de Llobregat Rambla de la Marina,
429-431. Tel. **93 338 92 53**. Fax 93 261 24 25.
ugt@hospitalet.ugt.org. 08901

Igualada Carrer de la Virtut, 42-44.
Tel. **93 803 58 58**. Fax 93 805 33 13.
igualada@apge.ugt.org. 08700

Lleida Avinguda de Catalunya, 2.
Tel. **973 27 08 01 / 973 26 45 11**.
Fax 973 28 10 15. 25002

Manresa Passeig Pere III, 62, 2n.
Tel. **93 874 44 11**. Fax 93 874 62 61 08241

Mataró Plaça de les Tereses, 17.
Tel. **93 790 44 46**. Fax 93 755 10 17. 08302

Olot Avinguda República Argentina, 2/n.
Tel. **972 27 08 32**. Fax 972 27 08 32. 17800

Palamós Carrer de Josep Joan, s/n.
Tel. **972 60 19 88**. Fax 972 60 19 88. 17230

Reus Plaça de Villarroel, 2, 1a i 2a.
Tel. **977 77 14 14**. Fax 977 77 67 09. 43204

Ripoll Carrer del Remei, 1.
Tel. **972 71 44 44**. Fax 972 71 44 44. 17500

Sabadell
Rambla, 73. Tel. **93 725 76 77 / 93 725 71 54**.
Fax 93 725 72 22. 08202

Solsona Hospital Vell, 1. 1.
Tel. **973 48 23 05**. Fax 973 48 23 05. 25280

Tarragona Carrer d'Ixart, 11, 3a i 4a.
Tel. **977 21 31 31**. Fax 977 23 42 01. 43003

Tàrrrega Carrer d'Alonso Martínez, 4.
Tel. **973 50 00 49**. Fax: 973 50 00 49. 25300

Terrassa Carrer de la Unió, 23.
Tel. **93 780 93 66 / 93 780 97 66**.
Fax: 93 780 91 77. 08221

Tortosa Carrer de la Ciutadella, 13 1r.
Tel. **977 44 44 56**. Fax: 977 44 33 81. 43500

Vic Plaça d'Osona, 4, 1r. Tel. **93 889 55 90**.
Fax: 93 885 24 84. 08500

Vilafranca del Penedès Plaça del Penedès,
4, 2a. Tel. **93 890 39 06**. Fax: 93 817 10 75.
08720

Vilanova i la Geltrú Carrer de Sant Josep, 5, 1r.
Tel. **93 814 14 40**. Fax: 93 811 58 87. 08800