



Sindicalisme als Jutjats



Butlletí del Gabinet Jurídic de la UGT de Catalunya

En aquest número

1. Editorial

La comunicació, una eina al servei de tots i totes

2. Gabinet Jurídic en marxa

- 2.1. Despedido por causas objetivas (productivas, organizativas y económicas)
- 2.2. Subrogació empresarial
- 2.3. Ejecución provisional de sentencia de reconocimiento de derecho
- 2.4. Pensión de jubilación
- 2.5. Conflicto colectivo
- 2.6. Ejecución provisional de sentencia de despido

3. Veus crítiques

¿Cuánto vale un café?

4. Breus comentaris de jurisprudència

- 4.1. TJUE (Tribunal de Justicia de la Unión Europea) y TEDH (Tribunal Europeo de Drets Humans)
- 4.2. TC (Tribunal Constitucional).
- 4.3. TS (Tribunal Supremo) y otros.

5. Estudis i temes doctrinals

Tema: ejecución de sentencia. Intereses

6. *Ad processum*

Tema: Depósito y consignación de la cantidad objeto de condena a efectos de recursos de suplicación o casación. Posibilidad de subsanación ante la falta del mismo o deficiente consignación.

7. Convenis col·lectius i actualitat laboral

8. No estem d'acord

Función pública y jurisdicción contencioso. Un matrimonio mal avenido.

9. Civil, penal i altres qüestions d'interès



1. Editorial



La comunicació, una eina al servei de tots i totes

Em sento molt satisfet de poder presentar-vos el primer número de ***Sindicalisme als jutjats***, el nou butlletí del Gabinet Jurídic de la UGT de Catalunya. I me'n sento orgullós per dos motius principals. En primer lloc, perquè estic convençut que, per als nostres delegats i delegades, aquesta nova eina serà fonamental per millorar el desenvolupament de la seva acció sindical. En segon lloc, perquè el llançament d'aquesta proposta ratifica quelcom que a casa nostra coneixem sobradament, i que necessitem fer encara més visible: la vàlua i la solvència del nostre Gabinet Jurídic.

Amb aquest doble objectiu neix *Sindicalisme als jutjats*. A través d'aquesta publicació, que neix amb una periodicitat bimestral, coneixereu moltes de les sentències guanyades pel nostre Gabinet Jurídic. De ben segur que tenir coneixement d'aquesta jurisprudència pot ajudar-vos a orientar les vostres negociacions sindicals cap a la concreta aplicació de la legislació laboral i, en conseqüència, a donar una resposta més contundent i afinada als plantejaments empresarials que massa sovint pretenen que la llei se subordini als seus propis interessos.

Per aquesta raó no només hi trobareu les nostres sentències. També us traslladarem aquelles dictaminades per tribunals nacionals i europeus, portes a les quals la reforma laboral ens ha obligat a trucar per poder defensar els interessos dels treballadors i les treballadores. Així mateix, la revista digital que us faig a mans, escrita ínte-

grament pels advocats i les advocades del nostre Gabinet Jurídic, inclou també articles doctrinals per aquells qui vulgueu aprofundir una mica més en temes concrets. I també sentències dels àmbits civil, penal, fiscal o contencions administratiu. Per exemple, en aquest primer número hi trobareu un interessant article sobre les clàusules sòl i la seva problemàtica sobre la retroactivitat en les sentències.

Amb la publicació de *Sindicalisme als jutjats*, la UGT de Catalunya torna a fer una aposta per la comunicació sindical, explicant de manera seriosa, rigorosa i intel·ligible com treballa el Gabinet Jurídic. 

Josep M. Àlvarez i Suárez
Secretari general de la UGT de Catalunya



2. Gabinet Jurídic en marxa

2.1. Despedido por causas objetivas (productivas, organizativas y económicas)

De carácter individual. Desestimación de las cuestiones de fondo. Estimación de la cuestión formal consistente en poner a disposición del trabajador parcial y no totalmente la cantidad correspondiente a indemnización legal por despido objetivo. Improcedencia del despido.

**Juzgado de lo Social nº 31 de Barcelona
Sentencia núm. 314/2015, de 17 de julio**

La empresa Estampaciones Foga, S.A. (Convenio colectivo de la Industria Siderometalúrgica de la provincia de Barcelona) notifica al trabajador el 30/09/2014 su despido por causas objetivas (despido objetivo) con efectos del mismo día 30/09/2014. Resumidamente, justifica el mismo en:

- a) Razones productivas y organizativas. Se alega una necesaria reestructuración interna (de 5 trabajadores de la Sección de Prensa, la empresa sólo necesita a 4) motivada por el acusado descenso (un 24% de media) del volumen de pedidos de sus dos principales clientes en el año 2014 comparándolo con el 2013, aportando un cuadro comparativo de descenso de ventas desde el 2011 hasta el 2014, así como una relación detallada de las previsiones de horas de trabajo en función de las comandas de septiembre de 2014 a diciembre de 2014; y
- b) Razones económicas. Se alega el descenso de ventas (de un 24% respecto del año 2013 y de un 29% respecto del año 2011) y su consiguiente descenso en la cifra de negocio (de un 13% respecto del 2013) con una previsión de pérdidas para el cierre del año 2014 de 142.850 €. La cifra de negocio del año 2011 fue de 3.777.702 €, en el año 2012 de 3.720.426 €, en el año 2013 de 3.063.264 € y en el año 2014 de 2.674.299 €, con una previsión para el 2015 de 1.665.592 €.
- c) La extinción del contrato del trabajador supone un ahorro de 28.951,64 € anuales.
- d) La empresa refiere en la carta de despido que abona en la liquidación (finiquito) el salario de 15 días adicionales por la falta de concesión del período de preaviso (15 días) del despido

objetivo y que, ante la falta de liquidez de la empresa en el momento del despido (*«le informamos que los saldos bancarios de la sociedad a 30/09/2014 reflejan un saldo negativo de -50.027 €»*), no puede poner a disposición la indemnización de 20 días por año trabajado (12.169 €). En el momento del despido el empresario entregó al trabajador un talón por importe de 5.000 € y tres pagarés con fechas de vencimiento de 28/10/2014, 28/11/2014 y 28/12/2014 respectivamente por el importe restante de indemnización y finiquito.

El trabajador, en su demanda, insta la declaración de improcedencia del despido por varios motivos:

- a) Falta de claridad y precisión en los datos aportados en la carta de despido;
- b) La empresa tuvo beneficios en el año 2013 y se comparan con los datos del año 2014 aún no vencido;
- c) La disminución del volumen de pedidos no justifica el despido porque la empresa tiene otros clientes además de los señalados en la carta de despido;
- d) Los trabajadores de su departamento realizaron horas extraordinarias en el año 2014;
- e) No se cumple con el requisito de puesta a disposición de la indemnización legal por despido objetivo (20 días por año trabajado) por cuanto en la carta de despido no se adjunta ningún documento acreditativo de la falta de liquidez de la empresa en el momento del despido y no informa cuál es el banco y la cuenta que están en negativo.

El Juez aborda las cuestiones planteadas y, resumidamente, en su Sentencia:

- a) Entiende que la carta de despido es suficientemente clara y precisa;
- b) Que en el momento del despido se acreditó la existencia de una disminución persistente en el nivel de ingresos, así como la previsión de pérdidas para el cierre del año 2014 confirmada en el momento del juicio (julio de 2015);
- c) Que la alegación del trabajador de que la disminución del volumen de pedidos no justifica el despido porque la empresa tiene otros clientes distintos de los referidos en la carta de despido no puede tampoco tener favorable



2. Gabinet Jurídic en marxa

- acogida por cuanto no es relevante si existen otros clientes, si los mismos no han servido para evitar la acreditada disminución persistente en el nivel de ingresos;
- d) En cuanto a las horas extraordinarias realizadas por los presistas, se argumenta que no quedaron acreditadas en cuanto a su número y que en todo caso tampoco serían relevantes para decidir la improcedencia del despido si se trataba de pocas horas o si los presistas hacían horas extraordinarias antes del despido y las hacen después en similar proporción; y, por último e importante,
- e) **Acoge el último de los postulados del trabajador (improcedencia del despido por incumplimiento del requisito de puesta a disposición de la indemnización legal por despido objetivo (20 días por año trabajado) por cuanto en la carta de despido no se adjunta ningún documento acreditativo de la falta de liquidez de la empresa en el momento del despido y no informa cuál es el banco y la cuenta que están en negativo.**

Así, el Juzgado entiende que la falta de puesta a disposición de la indemnización legal en los términos señalados, resulta injustificada. En primer lugar, por cuanto la jurisprudencia existente en la materia ha reiterado que, tratándose de pagarés con vencimiento diferido, los mismos no sirven para cumplir con el requisito de la puesta a disposición simultánea. Por lo tanto, el siguiente paso del Juzgador era comprobar si el empresario podía lícitamente acogerse a la exoneración prevista en el artículo 53.1.b) del ET («Cuando la decisión extintiva se fundare en el artículo 52.c) de esta Ley, con alegación de causa económica, y como consecuencia de tal situación económica no se pudiera poner a disposición del trabajador la indemnización a que se refiere el párrafo anterior, el empresario, haciéndolo constar en la comunicación escrita, podrá dejar de hacerlo, sin perjuicio del derecho del trabajador de exigir de aquél su abono cuando tenga efectividad la decisión extintiva») al carecer en el momento del despido de tesorería suficiente para hacer frente a los 7.169 € restantes por abonar cuyo pago difirió. Partiendo de la prueba practicada en acto de juicio, asume la tesis del traba-

jador en este último punto con los siguientes razonamientos:

En primer lugar por cuanto de los extractos bancarios resulta que en el momento del despido la empresa contaba en tres cuentas corrientes con saldo conjunto superior a la deuda de 7.169 €. Por lo tanto, en la fecha del despido la empresa pudo abonar (sólo abonó 5.000 €) y no lo hizo la cantidad total de la indemnización (12.169 €). Ello de por sí, debe determinar la improcedencia del despido. Y añade: «Nótese que incluso algunos de los saldos que se aportan no son del día 30/09 sino de unos días antes, lo que pudiera indicar que se ha tratado de ocultar que el día 30/09 los saldos eran aún superiores».

En segundo lugar, por cuanto no le es dable a la empresa elegir deliberadamente la fecha en que sus saldos son inferiores (p. ejemplo, tras el pago de las nóminas del conjunto de la plantilla) para con ello crear una falsa apariencia de insolvencia. «La empresa eligió un momento en que podía ofrecer una apariencia de baja tesorería, pero se trata de una entidad mercantil que sigue funcionando, que no ha presentado concurso por sobreseimiento de tres meses de pagos, y de la que por tanto mal puede predicarse que era incapaz de abonar los 7.169 €. La empresa, equivocadamente optó por priorizar las nóminas del resto de la plantilla y a buen seguro otros pagos corrientes (eligiendo así unos acreedores frente a otros) y trató así de establecer unos ilegales plazos en el pago de la indemnización, cuando si hubiera despedido al trabajador el día 28 le habría podido abonar la indemnización de forma íntegra sin óbice alguno de tesorería (que tampoco existía en este caso el 30/09).»

La sentencia (que es firme) estima la demanda y declara la **IMPROCEDENCIA DEL DESPIDO**. 

Abogada: Claudia Cangas Figueredo (Gabinet Jurídic de la UGT)



2. Gabinet Jurídic en marxa

2.2. Subrogació empresarial

Reclamació de quantitat per diferències salarials pels conceptes d'incentius, plus productivitat, plus activitat i dietes i quilometratge, conceptes alguns dels quals la última de les empreses havia deixat d'abonar al no ser conceptes regulats al Conveni col·lectiu. Interpretació al cas dels articles 44 del ET i 9 del XX Conveni Col·lectiu estatal de Contratas Ferroviarias (2008-2012). Estimació de la demanda.

Tribunal Suprem (Sala Quarta). Sentència de 24 de març de 2015 (dictada en Recurs de Cassació en Unificació de Doctrina núm. 1202/2014).

Tribunal Superior de Justícia de Catalunya. Sentència núm. 8196/2013, de 16 de desembre de 2013.

Jutjat Social núm. 16 de Barcelona. Sentència de 17 de gener de 2013.

La Sentència originària del Jutjat Social núm. 16 de Barcelona de 17 de gener de 2013 estimava de forma parcial la demanda en reclamació de quantitat (diferències salarials) interposada pel treballador contra Ingeniería de Sanitización y Conservación, S.A. (INCOSA), Initial Facilities Services, S.A. y UTE Acciona Facility Service Uni-2. La Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya núm. 8196/2013, de 16 de desembre de 2013 li donava la volta a la situació, estimava el recurs interposat per l'empresa i desestimava la demanda original. Finalment, el Tribunal Suprem, en Sentència de 24 de març de 2015 (dictada en Recurs de Cassació en Unificació de Doctrina núm. 1202/2014), corregint el criteri del TSJ, finalment torna a donar la raó al treballador.

En aquest cas es plantejava pel treballador una **Reclamació de Quantitat (diferències salarials pels conceptes d'incentius, plus productivitat, plus activitat i dietes i quilometratge, conceptes alguns dels quals la última de les empreses havia deixat d'abonar al no ser conceptes regulats al Conveni col·lectiu)**. El treballador M.L.N. presta serveis a INCOSA

(empresa dedicada a la neteja, manteniment i desinfecció d'edificis públics i privats) al centre de treball Estació de França i en el servei de neteja de vagon.

Després de diferents subrogacions en anteriors empreses, al març del 2008 passava a prestar serveis per Initial a jornada completa. Al maig del 2011 es subroga l'empresa Incosa en el 100% de la jornada. Al setembre de 2011 es subroga Initial en el 50% de la jornada, mantenint l'altre 50% de la jornada amb Incosa. Finalment, la UTE (Unió Temporal d'Empreses) Acciona Facility Service Uni-2 es subroga en el 50% d'Incosa.

La Sentència del Tribunal Suprem estima el recurs interposat per la Lletrada Rosa M^a Peix Quintana (Gabinet Jurídic de la UGT de Catalunya) en nom i representació de M.L.N. contra la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya núm. 8196/2013, de 16 de desembre de 2013.

La qüestió que es planteja davant el Tribunal Suprem es centra en la interpretació que ha de donar-se en el supòsit de subrogació empresarial a l'article 9 del XX Conveni Col·lectiu estatal de Contratas Ferroviarias (2008-2012) i a l'obligació empresarial d'abonar determinats conceptes retributius (incentius, plus de productivitat, plus activitat i dietes i quilometratge). Més concretament, es centra en determinar si és d'aplicació estricta l'article 9.2 del Conveni Col·lectiu o si ho és l'article 44.1 de l'Estatut dels treballadors en relació amb el què disposa l'article 3 de la Directiva 2001/23/CEE del Consell de 12 de març de 2001, sobre l'aproximació de les legislacions dels Estats membres relatives al manteniment dels drets dels treballadors en cas de traspasos d'empreses, de centres d'activitat o de parts d'empreses o centres d'activitat.

Resumidament, la solució que dona al cas el Tribunal Suprem és que no ens trobem aquí davant el supòsit de subrogació de l'article 44 del ET, sinó davant una subrogació o successió d'obligacions contractuals convencional (derivada del regulat al Conveni Col·lectiu) tot dient **«la subrogación convencional impone**



2. Gabinet Jurídic en marxa

el atenuamiento a las cláusulas del Convenio o acuerdo que las establece, y si tales cláusulas ordenan el mantenimiento de las condiciones contractuales anteriores, así ha de hacerse.»

Continúa dient que si bé lo anterior, no és menys cert que l'article 9 del Conveni diu que aquestes condicions han de ser acreditades mitjançant còpia literal de l'Acta de registre davant la Comissió Paritària d'aquestes concretes condicions contractuals. Tot i així, enten que en aquest cas concret les empreses eren plenament coneixedores d'aquestes condicions i fins i tot les havien arribat a abonar prèviament a suprimir-les o minvar-les, extrems pels quals aquestes particulars condicions contractuals quedaven més que acreditades, no suposant per tant en aquest supòsit concret cap obstacle a la petició de la demanda el què disposa l'article 9.2 del Conveni.

"...El cuestionado párrafo tercero del art.9.2 del Convenio colectivo no puede entenderse y ser aplicado como lo hace la sentencia recurrida al caso aquí enjuiciado. Es claro, a juicio de la Sala, que dicho párrafo tiene por finalidad, en aras de preservar la seguridad jurídica, que las condiciones de trabajo fuera del convenio aplicadas por la empresa saliente a sus trabajadores "que no resulten acreditadas..." sean objeto de prueba para evitar perjuicios para el nuevo empresario, cual pudiera ser el desconocimiento de la carga salarial a la que deberá hacer frente si resulta adjudicatario. Sin embargo, en el presente caso, está acreditado que no sólo antes de la subrogación de la empresa INCOSA el 1 de noviembre de 2011, sino incluso de la subrogación de la empresa INITIAL en 1 de marzo de 2008, el trabajador demandante ya venía percibiendo los conceptos retributivos reclamados en cuantía fija, y del redactado del relato fáctico (de los hechos probados de la Sentencia) se desprende, igualmente, que la propia empresa INCOSA recurrente en suplicación, había abonado ya con anterioridad a dicha subrogación, los complementos y pluses objeto de reclamación, todo lo que conduce a que, en el presente caso, la cuestionada cláusula convencional (del Convenio) de

seguridad jurídica no suponga obstáculo a la demanda..."

Advocada: Rosa Maria Peix Quintana (Gabinet Jurídic de la UGT)

2.3. Ejecución provisional de sentencia de reconocimiento de derecho

Petición de reincorporación tras disfrute de excedencia. Sentencia estimada y la empresa se niega a reincorporar al trabajador. Aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

***Juzgado de lo Social nº 2 de Barcelona
Auto de 9 de octubre de 2015***

En fecha 29 de mayo de 2015 se dictaba Sentencia con Fallo del siguiente tenor: "estimo en parte la demanda (no estimó la petición accesoría de la demanda por la que se pedía una indemnización por los daños y perjuicios sufridos) interpuesta por el trabajador contra Miquel y Costas & Miquel, S.A. en materia de reingreso por excedencia, declarando el **derecho del actor (del que demanda) a reingresar en una plaza de su categoría en dicha empresa desde el 01.06.2014**, condenando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración".

La empresa interpone recurso de suplicación pero no reincorpora al trabajador. Ante el incumplimiento de la Sentencia por la empresa, el trabajador solicitó la ejecución de la Sentencia, y el Juzgado admitió a trámite la ejecución provisional.

La empresa se opuso (mediante recurso de reposición) a la admisión a trámite de la ejecución provisional, manifestando que no hay un procedimiento especial ejecutivo aplicable al caso en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social o LRJS (la que regula las normas del procedimiento laboral).

El Juzgado, no accede a esta petición entendiendo que la ejecución provisional solicitada por el trabajador tiene encaje en el artículo 305 de la LRJS («Aplicación de las normas de la Ley de



2. Gabinet Jurídic en marxa

Enjuiciamiento Civil. Las sentencias favorables al trabajador o beneficiario que no puedan ser ejecutadas provisionalmente conforme a esta Ley podrán serlo en la forma y condiciones establecidas en la legislación procesal civil».

Con ello, y remitiéndose al artículo 524.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil o LEC («la ejecución provisional de sentencias de condena, que no sean firmes, se despachará y llevará a cabo del mismo modo que la ejecución ordinaria, por el Tribunal competente para la primera instancia y especialidades previstas en esta Ley») y al artículo 705 de la misma LEC, el cual indica que para la **ejecución de obligaciones de hacer**, el Tribunal requerirá al deudor para que la haga dentro de un plazo que fijará según la naturaleza del hacer y circunstancias que concurren.

En base a ello, **el Juzgado requiere a Miquel y Costas & Miquel, S.A. para que en el plazo de diez días reingrese al trabajador en una plaza de su categoría. Y ello sin perjuicio de la imposición de apremios pecuniarios (multas) en caso de que la parte requerida dejase transcurrir injustificadamente el plazo concedido sin efectuar lo ordenado.**

Abogado: Omar Molina García (Gabinet Jurídic de la UGT)

2.4. Pensión de jubilación

Revalorización de las pensiones.

**Juzgado de lo Social nº 12 de Barcelona
Sentencia núm. 291/2015, de 7 de septiembre**

D.M.R. es pensionista de jubilación. En el año 2013 el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) resolvió revalorizar su pensión en un 1% en base a lo dispuesto en el Real Decreto Ley 28/2012, de 30 de noviembre. El Índice de Precios al Consumo (IPC) fue en el año 2012 de un 2,9%.

El pensionista interpuso reclamación previa a la vía judicial que fue desestimada por el INSS y luego demanda. La pretensión del pensionista era el reconocimiento de incremento de su pen-

sión en el año 2012 en un 2,9%. En la demanda se sostenía que las previsiones del RDL 28/2012, resultaban inconstitucionales en la medida que suponían la aplicación restrictiva de una norma más favorable. Precisamente por el hecho de que se interpuso un recurso de inconstitucionalidad contra dicha norma, el juicio del pensionista se suspendió a la espera de resolución por parte del Tribunal Constitucional (TC).

En fecha 5 de marzo de 2015 el TC dictó sentencia por la que abordó otros extremos (la retroactividad del RDL 28/2012, entre otros) argumentando, resumidamente, que la revalorización de las pensiones es una expectativa de derecho y que no cabe entender que el Decreto tenga efectos retroactivos.

A la vista de esta Sentencia del TC, la abogada amplió la demanda originaria al entender que el TC no se pronunciaba en su sentencia sobre la inconstitucionalidad de la desvinculación del IPC en la revalorización de las pensiones, entendiéndose que el Real Decreto Ley vulneraba lo establecido en la normativa europea e internacional ratificada por España.

El INSS alegaba entonces que tal ampliación de la demanda era una modificación sustancial de la demanda originaria y que le generaba indefensión.

Desestimada por el Juzgado la alegación de indefensión, entra en el fondo de asunto y, **tras una extensa fundamentación jurídica repleta de distintas posiciones doctrinales, acaba dictaminando que la decisión de revalorizar la pensión del actor en un 1%, adoptada por el INSS de acuerdo con lo dispuesto en el RDL 28/2012, de 30 de noviembre, atenta claramente contra el artículo 12 de la Carta Social Europea y de la interpretación que de este precepto efectúa el Consejo Europeo de Derechos Sociales, por lo que debo revocar tal resolución, declarando el derecho del actor a percibir una paga única compensatoria de su pensión de jubilación por el desvío de precios al consumo durante el año 2012 y el abono de la pensión para el año 2013 incrementada en un 2,9% sobre la pensión que venía percibiendo durante el año 2012.**



2. Gabinet Jurídic en marxa

La importància de esta Sentència, que no es firme (el INSS ha interposat recurs de suplicació ante el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, no resolt a dia de hoy) radica en la aplicabilitat directa de normativa distinta, como veremos, en origen al Ordenamiento Jurídico interno español.

Transcribimos dichas normas:

Artículo 96 de la Constitución Española:

"Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados en España, formarán parte de del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del derecho internacional".

Artículo 31 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, sobre tratados y otros Acuerdos Internacionales:

«Prevalencia de los tratados. Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas».

Artículo 12 de la Carta Social Europea (Turín, 18 de octubre de 1961). Instrumento de Ratificación de 29 de abril de 1980:

*«Derecho a la Seguridad Social
Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la seguridad social, las Partes Contratantes se comprometen:*

(...)

2. A mantener el régimen de seguridad social en un nivel satisfactorio, equivalente, por lo menos, al exigido para la ratificación del Convenio internacional del trabajo (número 102) sobre normas mínimas de seguridad social.

3. A esforzarse por elevar progresivamente el nivel del régimen de seguridad social.

(...)

Artículo 65.10 del Convenio Internacional de la OIT núm. 102:

«Los montos de los pagos periódicos en curso atribuidos a la vejez, para los accidentes de trabajo (a excepción de los que cubran la incapacidad de trabajo) y las enfermedades profesionales, para la invalidez y para la muerte del sostén de familia serán revisados cuando se produzcan variaciones sensibles del nivel general de ganancias que resulten de variaciones, también sensibles, del costo de la vida».

Código Europeo de Seguridad Social (Estrasburgo, 16 de abril de 1964) Ratificado por Instrumento de 4 de febrero de 1994 (BOE núm. 65 – 17.3.1995).

Este Código, del cual es parte obligatoria para todos los países que lo han firmado, contiene una norma prácticamente de idéntica redacción y número de artículo que el 65.10 del Convenio OIT núm. 102.

Abogada: Mónica Pino Sánchez (Gabinet Jurídic de la UGT)

2.5. Conflicto colectivo

Relación laboral especial. Artículo 2.f) del ET. Trabajadores que intervienen en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios sin asumir el riesgo y ventura de aquéllas. Vacaciones prorrateadas en nómina pero no disfrutadas. Estimación del conflicto. Derecho al disfrute.

Juzgado Social nº 18 de Barcelona Sentencia núm. 291/2015, de 30 de julio

Demanda de conflicto colectivo presentado por el Comité de Empresa de Eismann, con mayoría de la UGT, cuyo juicio recayó en el Juzgado Social nº 18 de Barcelona, que estimó la demanda.

Antecedentes de hecho: La empresa tiene en plantilla un colectivo de trabajadores que presta servicios como comerciales. No tienen contrato de autónomos, sino que se les aplica el **artículo 2.f) del ET**, es decir, **trabajadores por cuenta**



2. Gabinet Jurídic en marxa

ajena de carácter especial: «*La de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios sin asumir el riesgo y ventura de aquéllas*».

Este colectivo no tiene salario base, perciben el salario según las comisiones de venta. En el contrato de trabajo que la empresa presenta a los trabajadores con categoría de comercial, se les incluye en la partida retributiva el pago del concepto de vacaciones. **Los trabajadores comerciales, a pesar de que se les pagan, no pueden disfrutar de sus vacaciones anuales,** puesto que en tal caso el mes siguiente no perciben cuantía alguna.

Cuestión jurídica: En fecha 19 de marzo de 2015, la presidenta del Comité de Empresa – UGT–, presenta demanda de conflicto colectivo por entender que la cláusula del contrato que estipula que las vacaciones serán abonadas dentro de las comisiones constituye una vulneración del artículo 38.1 ET y del 4.2 de la Ley 1438/1985 –que regula el régimen de trabajo de este colectivo–, en el sentido de que se impide a estos trabajadores realizar el descanso anual de forma real y efectiva.

En fecha 20 de julio de 2015 se celebra la vista, con asistencia de testigos por ambas partes. En fecha 1 de septiembre de 2015 se publica la sentencia, que estima íntegramente la demanda y **declara nula la cláusula del contrato que abona las vacaciones de forma prorrateada en el pago de las comisiones, declarando el derecho de los trabajadores al disfrute de 30 días de vacaciones, sin menoscabo salarial.**

Abogado: Patrick O'Callaghan Rodríguez (Gabinet Jurídic de la UGT).

2.6. Ejecución provisional de sentencia de despido

Readmisión irregular estimada.

**Juzgado de lo Social nº 12 de Barcelona
Auto de 13 de octubre de 2015**

En fecha 23 de diciembre de 2014 se dictaba Sentencia por la que se declaraba nulo el despido de tres trabajadores de la empresa Interserve Facilities Services, S.A. y se condenaba a la inmediata readmisión de los mismos, así como a abonarles los salarios de tramitación generados desde la fecha del despido hasta la fecha de la efectiva readmisión.

A la par que la empresa interponía recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia, en fecha 11 de febrero de 2015 comunicaba a los trabajadores su reincorporación a la empresa con la obligación de devolución de las cantidades percibidas en concepto de indemnización por despido objetivo (20 días por año trabajado).

La empresa reincorpora efectivamente a los trabajadores, si bien pactan que en otro centro de trabajo, con respeto de las condiciones laborales anteriores al despido. Sin esperar a las devoluciones por parte de los trabajadores de sus respectivas indemnizaciones, la empresa procede al descuento unilateral de las mismas, abonándoles durante los primeros meses de prestación de servicios tras la reincorporación, la cantidad de 1 € mensual.

Se insta por la asistencia letrada de los trabajadores la petición de ejecución provisional de la Sentencia (artículo 298 de la LRJS) a la vista de lo que se entiende como una manifiesta readmisión irregular y la empresa se opone manifestando que deberían pedir, en su caso, anticipos reintegrables (artículo 301 de la LRJS).

El Juzgado, tras resolver en primer término que evidentemente no es de aplicación el precepto invocado por la empresa que se refiere a supuestos distintos de los aplicables al caso, manifiesta que tampoco puede considerarse *per se* que **la falta de abono de los salarios de tramitación no convierte en irregular la readmisión**, porque lo esencial es la readmisión al ámbito organizativo de la empresa. Continúa en el sentido de manifestar que una visión realista de la situación que se produce cuando se trata de restablecer o restaurar una relación jurídica rota mediante un despido revela en un gran número de casos que las partes no tienen interés en la continuidad de la relación laboral y no



2. Gabinet Jurídic en marxa

se pueden atribuir a ninguna de ellas mecanismo que permitan conseguir automática y fraudulentamente un resultado conforme a la frecuente falta de voluntad de restablecerla con normalidad.

Los Jueces deben ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso y valorar si la conducta de las partes es reveladora de abuso de derecho o fraude de ley en la ejecución de la Sentencia para conseguir, el trabajador, la ruptura de la relación laboral mediante indemnización, o bien que éste tenga que soportar obstáculos que le impidan una restauración satisfactoria del contrato que le perjudican gravemente dada su situación normal de apremio económico y tal vez le conduzcan a una negociación desfavorable para conseguir de modo inmediato el cobro de lo debido.



Dicho esto, continúa manifestando que en el presente caso se evidencia que **la readmisión es irregular desde el momento en que, vulnerando lo sentenciado e incluso el pacto posterior alcanzado con los trabajadores, les reincorpora sin pagarles el sueldo correspondiente.** Al no hacerlo de esta manera, **la empresa ha actuado claramente de forma elusiva y fraudulenta**, no pudiéndose amparar la actuación de la empresa –que está causando graves perjuicios a los trabajadores al no cumplir con las sentencias en sus propios términos (aunque no sean firmes como aquí acontece)– revelando una voluntad rebelde a la **ejecución voluntaria; para acabar despachando ejecución provisional de la Sentencia y requerir a la empresa para que proceda de forma inmediata a abonar a los tres trabajadores afectados los salarios correspondientes a los días trabajados desde la efectiva readmisión o reincorporación, y cese en la actitud de descontar de las nóminas cualquier cantidad referida a este procedimiento pendiente de resolución definitiva por el Tribunal Superior de Justicia.** 

Abogado: Pere Ciudad Palanques (Gabinet Jurídic de la UGT).



3. Veus crítiques



¿Cuánto vale un café? preguntó al entonces Presidente del Gobierno, Sr. Zapatero, un simple ciudadano

Esta pregunta y la consecuente respuesta ha sido ejemplo paradigmático de la disociación entre instituciones y realidad social. Nuestras altas instituciones viven, en la mayoría de los casos, muy alejadas de la realidad social que dicen gobernar. Y la presente línea doctrinal del Tribunal Supremo que vamos a citar recalca y nos recuerda esta disociación diaria a la que se ve sometida el ciudadano de a pie.

El caso es sencillo. Los trabajadores cuyas nóminas se abonaban a razón de meses tipo de 30 días y, por ende, cotizaban a razón de meses de 30 días, incluido el desempleo. En caso de desempleo acuden al SPEE, solicitan la oportuna prestación por desempleo y aprecian cómo este organismo calcula su base reguladora a efectos de la prestación por meses a días reales lo que supone en la gran mayoría de casos, una pequeña rebaja de la base reguladora y, por ende, de la prestación. Nada a los que no nos tengan acostumbrados.

Y este Sindicato, a través de su *Gabinet Jurídic*, en total disconformidad con esta fórmula de aplicación impugna una tras otra las resoluciones del SPEE que afectan a sus afiliados y no afiliados que acuden al mismo. Y obtienen sentencias de diverso signo tanto en primera instancia, como en sede de TSJ de Catalunya, al margen de otros Tribunales Superiores.

Problema procesal. Que por la cuantía no cabe recurso, téngase en cuenta que hablamos de pequeñas diferencias a favor del SPEE. Ahora bien, hay una puerta abierta en términos legales para acceder al recurso y unificar el criterio del SPEE. Debemos considerar que estamos ante un caso de «AFECTACIÓN GENERAL». Esta afectación general se debe alegar y probar salvo que sea notoria o incluso en ciertos casos se declara por el Juez en el ámbito de su juzgado o tribunal por los casos que viene resolviendo día a día.

Y qué es lo que viene fallando el Tribunal Supremo. Negar que exista "afectación general" bajo una serie de argumentos formalistas ignorantes de la realidad material de las cosas y de los propios argumentos que cita. Su argumento central consiste (STS (RJ\2012\2466)):

«(...) En el presente supuesto no tiene la Sala constancia de la existencia de una litigiosidad abundante acerca del problema discutido. La potencial afectación múltiple no es una realidad actual sino la vocación de generalidad común a todas las normas jurídicas, que no evidencia la existencia de un conflicto generalizado.»



3. Veus crítiques

Este criterio se ha confirmado posteriormente en recientes, 9/06/2014; RCUD 2866/12, y auto de 9/09/2015, recurso 1305/ 2014, reiterando que:

«...no cabe confundir el número de destinatarios potenciales de la norma aplicable con el nivel de litigiosidad sobre la misma, que es el que ha tenerse en cuenta a efectos de la afectación general.»

No vamos a centrar la crítica en la prueba o no de la conflictividad, a pesar de que se citaron una gran diversidad de sentencias de TSJ de CCAA sobre este tema. Muchas de ellas reconociendo que admitían el recurso de suplicación porque se acreditaba en sus ámbitos la elevada conflictividad sobre este extremo. El propio SPEE interpuso Recursos de Suplicación reconociendo "motu proprio" que existía esta elevada conflictividad y ¿quién mejor que él para saberlo pues es el receptor de todas las reclamaciones de los trabajadores?. Nada de esto ha motivado el mínimo comentario por parte del Tribunal Supremo en sus sentencias y autos; sigue reiterando esta doctrina ajena a la realidad, en una especie de negación de la misma y de los pronunciamientos de los diferentes Tribunales Superiores.

Pero centremos el tema en la **notoriedad** que provocan sus propios argumentos, pero con extraños resultados:

Es cierto que toda norma legal tiene una vocación no sólo de abstracción, sino de generalidad. La abstracción pretende propiciar la generalidad aplicativa de la norma. Ahora bien no todas las normas tienen el mismo ámbito de aplicación «*ad limine*». El Tribunal Supremo no puede despachar esta cuestión con la simple distinción entre "destinatarios potenciales y aplicación real", exigiendo prueba sobre esta última.

La existencia de una norma legal cuyo ámbito de afectación sea muy amplio debe conducir a una clara conclusión cuando menos teórica. Su potencialidad en el "quantum" de destinatarios a priori es muy amplia. Su «idoneidad» para provocar una afectación general también es muy alta, de producirse una interpretación y aplicación conflictiva y discutida por el organismo público o Administración encargada de aplicarla. Esta potencialidad alta en ocasiones ha provocado otros pronunciamientos de nuestro Alto Tribunal, atendiendo al interés general que se aprecia de trasfondo:

Precisamente esa afectación general por notoriedad es la que la Sala ha apreciado cuando la reclamación tiene "como fundamento y precedente inmediato una sentencia dictada en conflicto colectivo" (STS 23 de diciembre de 1997 –RCUD 4148/96–), pues «*estos pleitos precedentes, unidos al actual pueden acreditar la afectación generalizada del conflicto, en tanto que las reclamaciones tienen su origen en un procedimiento de conflicto colectivo*» (STS 23 de octubre de 2008 –RCUD 3671/07–), de forma que «*la previa existencia del conflicto colectivo del que traen causa las demandas, acredita por sí misma la concurrencia de un interés general no pacífico... lo cual es conforme ... con la finalidad, que trata de conseguir la ley procesal laboral, de evitar que queden fuera del recurso reclamaciones de escasa entidad económica desde una consideración meramente individual, al multiplicarse o extenderse a nuevos supuestos de hecho idéntico y requerir, por tanto, una actividad uniformadora de los órganos jurisdiccionales de rango superior*» (SSTS 17 de noviembre –RCUD. 309/09–, 25 de noviembre –RCUD 267/09– y 10 de diciembre de 2009 –RCUD 305/09–)».

Ahora bien en nuestro caso, dado que idoneidad no deja de ser teórica, siguiendo al TS, no es suficiente. Se requiere conflictividad real en términos numéricos. Realidad frente a potencialidad.

Pero esta afirmación pudiendo asumirse no debe conducir a nuestro Alto Tribunal a dar por zanjado el tema sin más. Demasiado fácil, demasiada simplicidad para un tema cuya idoneidad para considerar notoria la afectación general es tan alta.



3. Veus crítiques

¿Acaso no resulta exigible un mayor rigor a nuestro Alto Tribunal, atendiendo a la naturaleza de esta norma legal? Esta norma legal que regula las prestaciones por desempleo, es esto. Una norma que regula una prestación. Una muy importante prestación a favor de los trabajadores desempleados. No estamos, por tanto, ante una norma que reconoce una libertad o una no injerencia de los poderes públicos cuya lesión o afectación resulta del todo imprevisible. Estamos ante una norma legal que regula una prestación, prestación de la Seguridad Social que debe calificarse de básica junto con la jubilación y otras similares o de igual naturaleza.

Una prestación «cautiva» de un sistema productivo que nunca ha podido dejar de generar un porcentaje alto de trabajadores en desempleo. Incluso en las mejores épocas las prestaciones por desempleo son del todo relevantes, de lo que es perfectamente conocedor el SPEE. Y mucho más en una crisis como la actual que reconoce el propio legislador en sus normas laborales de amplios recortes sociales (reforma laboral). Y con unos niveles de desempleo por todos conocidos pues salen de forma reiterada en las noticias.

¿Esta realidad debe ser probada? ¿Ante esta realidad se debe seguir acudiendo a este criterio formal distinguiendo, sin más, entre la potencialidad de la norma legal y su realidad práctica? ¿No es relevante analizar qué tipo de norma legal es; la naturaleza de la norma (prestacional) y por último la realidad del uso diario de esta prestación (realidad social)? ¿De verdad que sobre estos extremos no merece realizarse ningún análisis o comentario por el TS?

La realidad social es que el SPEE interpreta y aplica una normativa sobre prestación por desempleo a miles y millones de perceptores que no atiende a una base de cotización fijada por meses tipo de 30 días, sino por día reales. Y es una realidad social que la aplicación de esta forma de cálculo incide en los que solicitan una prestación por desempleo. Cómo discutir que estamos ante una norma que se aplica diariamente a miles de trabajadores.

Ahora bien se puede alegar que no todos ellos perciben sus retribuciones por meses tipo de 30 días se podría haber objetado con mayor acierto. Sin embargo, la forma de pago de las nóminas a razón de meses tipo de 30 días es una práctica arraigada en la mayoría de los Convenios colectivos sectoriales. Y éstos por su especial naturaleza cuasi pública y eficacia normativa, con obligación de publicación, deben ser conocidos por nuestros jueces y tribunales. Y estas regulaciones convencionales cierran el argumento. Muy alta idoneidad de la norma legal al tener un ámbito de aplicación tan amplio; muy alta idoneidad al fijar la mayoría de convenios sectoriales la retribución por meses tipo de 30 días; y por último una situación económica y social de amplia crisis con altísimas tasas de parados que conducen a un uso diario en la aplicación de la normativa legal sobre desempleo. ¿En estas circunstancias se puede pretender correcta esta doctrina absolutamente formalista, ajena a esta realidad social que la circunda y rodea? ¿Acaso no conduciría ello a un elemento de notoriedad que el Alto Tribunal se niega a ver?

A día de hoy, se considera satisfecho nuestro Alto Tribunal con la simple distinción entre la potencialidad de la norma y su realidad aplicativa, sin analizar nada más, su proyección real y la situación de elevadísimo paro que constituye la realidad social. Y se niega a unificar el criterio para que de esta forma todos los justiciables sean atendidos de la misma forma cuando acuden al SPEE a solicitar una prestación por desempleo.

Por estos motivos, la voz crítica se tiene que elevar ante otro caso de disociación entre nuestras instituciones y la realidad del ciudadano de a pie. 

Luis Ezquerra Escudero (Abogado y Responsable del AEF Gabinet Jurídic)



4. Breus comentaris de jurisprudència



4.1.- TJUE (Tribunal de Justicia de la Unió Europea)

4.1.1. Sentencia del Tribunal de Justicia UE (Sala Segunda) de 9 de septiembre de 2015. Asunto 160/ 14. João Filipe Ferreira da Silva e Brito y otros y Estado portugués

Supuesto. El tema se centra en la existencia o no de los requisitos sustantivos de una transmisión empresarial y la obligación de elevar cuestión prejudicial ante el TJUE por el Tribunal interno. Hubo diversidad de criterios en los Juzgados y Tribunales por los cuales recaló este proceso en el Tribunal Supremo portugués. Este se niega a plantear cuestión prejudicial ante el TJUE porque conoce su doctrina y la considera clara y, por tanto, procede a su directa aplicación. El TS portugués agotaba la vía judicial sin que cupiese ningún otro recurso.

Ante tal resultado, los perjudicados por este fallo plantearon demanda de daños y perjuicios ante los tribunales internos. Y éstos plantean cuestión prejudicial ante el TJUE, sobre la existencia o no de transmisión y sobre cuándo está obligado el juez o tribunal interno a plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de la Unión Europea. Y si la necesidad de que se revoque la sentencia del Tribunal Supremo exigida por el ordenamiento interno se ajusta a la normativa comunitaria.

Cuestión Preliminar

Supuesto de hecho planteado ante el TJUE: «transmisión de un centro de actividad» abarca una situación en la que se disuelve una empresa activa en el mercado de los vuelos chárter por parte de su accionista mayoritario, que es a su

vez una empresa de transporte aéreo. Posteriormente, esta última asume la posición de la sociedad disuelta en los contratos de arrendamiento de aviones y en los contratos vigentes de vuelos chárter, desarrolla la actividad antes efectuada por ésta, readmite a algunos de los trabajadores hasta entonces afectos a esa sociedad, los coloca en funciones idénticas a las ejercidas anteriormente y recibe pequeños equipamientos de esa sociedad».

El Tribunal Supremo erró en la apreciación y aplicación de la doctrina del TJUE sobre transmisión de empresa. Considerando que la doctrina del TJUE sobre esta cuestión era diáfana y clara negó la existencia de transmisión de empresa. Merece destacar que es el Tribunal interno que resolvía la acción de daños y perjuicios quién plantea como primera cuestión prejudicial la existencia o no de "transmisión de empresa" en el presente caso ante el TJUE. Y el TJUE resuelve esta cuestión prejudicial en sentido estimatorio, contrariando lo que había dicho el TS portugués en el ámbito laboral resolviendo la acción principal.

Cuestión primera

Interesa el tema en cuanto recalca en la libertad del juez o tribunal interno a la hora de elevar la cuestión prejudicial. Procede acotar la libertad que tienen estos a la hora de elevar tal cuestión.

De hecho la doctrina existente venía a delimitar la libertad de los tribunales internos a la hora de elevar cuestión prejudicial, atendiendo a la doctrina del «acto claro», bien resumido por Ascensión Domínguez Recio, en su tesis «Los incumplimientos del derecho de la Unión Europea y sus implicaciones»:

b) Doctrina del «acto claro»:

La llamada doctrina del "acto claro" deja cierto margen de al juez nacional por lo que el un Juez de última instancia no tendrá obligación de plantear la cuestión prejudicial

1. Cuando no es pertinente
2. Cuando ha habido otra cuestión prejudicial idéntica o similar
3. Cuando no haya duda razonable sobre la interpretación de la norma



4. Breus comentaris de jurisprudència

Esta doctrina se corresponde con los pronunciamientos del TJUE, ejemplo es el caso CILFIT,

*«...a menos que haya comprobado que la cuestión suscitada **no es pertinente**, o que la disposición comunitaria de que se trata fue ya objeto de interpretación por el Tribunal de Justicia, o que la correcta aplicación del Derecho comunitario se impone con tal evidencia que no deja lugar a duda razonable alguna».*

La actual sentencia del TJUE, C- 160/14, caso Ferreira, incide en la doctrina del acto claro o más bien en la libertad del juzgador individual o colegiado para decidir por sí mismo este «tenerlo claro», pretendiendo buscar una línea intermedia entre la "claridad" subjetiva del juez o Tribunal y la "claridad" objetiva que se desprende de una serie de datos más o menos objetivos.

Y reafirma la obligación de los jueces y tribunales internos a plantear la cuestión prejudicial cuando concurren una serie de circunstancias:

1. Si la decisión tomada agota las instancias del derecho interno y no cabe ulterior recurso. En realidad esta es una llamada a la cautela y prudencia frente a un cierto egocentrismo jurídico. Requiere un especial cuidado en la labor exegética a la hora de tener clara la doctrina comunitaria del TJUE cuando el órgano que resuelve agota todas las instancias. Y supone que ante cualquier margen de duda es preferible elevar cuestión prejudicial. Y que para alcanzar esta claridad no solo se debe amparar en su convencimiento, sino que debe «mirar a los lados», a los pronunciamientos de jueces y tribunales internos, pero también de otros Estados miembros.
2. En esta línea un aspecto que debe tener en cuenta el último Tribunal son los pronunciamientos de los juzgados y tribunales internos, sin que ello suponga menoscabo de la labor unificadora que es propia de estos tribunales que agotan la instancia judicial.
3. Y otro aspecto, este fundamental, hay que atender los pronunciamientos de los Tribuna-

les de otros Estados miembros sobre el concepto o materia concreta de la normativa comunitaria, su uniformidad o disparidad a la hora de interpretarla y aplicarla. Y si hay disparidad debe elevar cuestión prejudicial.

Así lo resume la citada sentencia Ferreira, TJUE:

- «El artículo 267 TFUE, párrafo tercero, debe interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional **cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno** debe remitir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una petición de **decisión prejudicial** sobre la interpretación del concepto de **transmisión de un centro de actividad** a efectos del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2001/23, en circunstancias como las del litigio principal, caracterizadas tanto por **resoluciones contradictorias de tribunales nacionales inferiores** acerca de la interpretación de este concepto como por **dificultades de interpretación recurrentes de éste en los distintos Estados miembros**».

En definitiva, la diversidad de criterios dentro de los jueces internos no es dable resolverlo, sin más, bajo la presunta solución de jerarquía del Tribunal Superior, sino apreciando la problemática que esta diversidad encierra. La falta de unidad doctrinal en los jueces y tribunales internos, cuando se trata de normativa comunitaria, no debe ser resuelta bajo el criterio de última palabra del Tribunal que agota la jurisdicción interna del Estado en cuestión, sino reconociendo el conflicto de interpretación y aplicación en la diversidad de pronunciamientos que se producen en el ámbito interno. Y en atención a tal panorama, buscar la deseable medida de que sea el Tribunal que realmente goza de las competencias de interpretación auténtica en la materia, el que se pronuncie, el TJUE.

Ahora bien, el TJUE, conocedor de la dificultad del anterior criterio (chocará con la función unificadora del Tribunal que agota la instancia y su natural resistencia), no lo impone como requisito *«sine qua non»* para elevar la cuestión prejudicial, pero sí como indicio a tener en cuenta (tal como se desprende de sus argumentos) que



4. Breus comentaris de jurisprudència

evite que el Tribunal interno llegue a la conclusió de encontrarse ante una doctrina pacífica e inequívoca del TJUE por mor de su exclusiva clarividencia subjetiva.

Y lo que sí convierte en requisito obligatorio para elevar cuestión prejudicial, es la existencia de conflictividad sobre tal materia o concepto entre los Estados miembros, o sea, en la aplicación por los juzgados o tribunales de los diversos Estados. Esto obliga a los jueces y tribunales a mirarse no sólo en su espejo, sino mirar al resto de tribunales de los Estados miembros para comprobar si nos encontramos ante una doctrina pacífica e inequívoca sobre una determinada materia, o si bien, esta presunta claridad tiene diverso signo y desigual extensión en los Estados miembros. Esta especial obligación resulta del todo exigible cuando el Tribunal que se pronuncia agota la instancia del respectivo Estado.

Cuestión segunda

En este punto, la doctrina del TJUE es prístina, resulta contrario al Derecho de la Unión y sobre todo a los Principios que derivan de la doctrina del TJUE una regulación legal de un Estado miembro que exige la previa revocación de la sentencia que yerra en la aplicación de la doctrina del TJUE y de forma previa se niega a elevar cuestión de prejudicialidad. No es requisito previo, ni la normativa nacional puede exigir el mismo.

- «El Derecho de la Unión y, en especial, los principios desarrollados por el Tribunal de Justicia en materia de responsabilidad del Estado por los daños causados a los particulares en virtud de la vulneración del Derecho de la Unión cometida por un órgano jurisdiccional cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una legislación nacional que exige como requisito previo la revocación de la resolución lesiva dictada por ese órgano jurisdiccional, cuando en la práctica **dicha revocación no es posible**».

Por tanto, la sentencia de los jueces o tribunales internos que agotan la jurisdicción del Estado

miembro no debe ser revocada como cuestión previa para exigir daños y perjuicios por no haber elevado cuestión prejudicial.

Conclusión, un Tribunal interno que resolviendo la cuestión principal se niegue a elevar cuestión prejudicial ante el TJUE, está sujeto a revisión indirecta siempre y cuanto al posterior Tribunal interno se le planteen daños y perjuicios por aplicación errónea de la doctrina del TJUE, por parte del primer Tribunal que resolvía la cuestión principal. Y parece que la cuestión sería que este último Tribunal debería plantear cuestión prejudicial ante el TJUE, obsérvese que éste no será especialista en la cuestión principal (en la gran mayoría de casos). La obligación de plantear esta cuestión prejudicial sería más necesaria todavía que la que incumbía al primero.

Luis Ezquerro Escudero (Abogado y Responsable del AEF Gabinet Jurídic)



4.2. TC (Tribunal Constitucional).

4.2.1. Comentarios a las recientes SSTC 188/189/190/191/192 y 193/2015, BOE 30 de octubre 2015, resolviendo cuestiones de constitucionalidad del RDL 20/2012, paga extraordinaria 2012. Empleados públicos.

Supuesto de hecho

Como el propio TC resume: «El art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012 suprime la percepción de la paga extraordinaria del mes de diciembre del año 2012, y lo hace a partir de su entrada en



4. Breus comentaris de jurisprudència

vigor (15 de julio de 2012), sin precisar excepciones por derechos ya devengados».

En el devenir del tiempo, la disposición adicional duodécima de la Ley 36/2014, PGE para el año 2015, previó la devolución de la parte proporcional de la paga extraordinaria, 44 días, aplicando el criterio de paga semestral propia de la Administración Pública.

Controversia

Se elevaron diversas cuestiones de inconstitucionalidad de la norma legal por infracción del principio de irretroactividad de ésta, que cabría calificar en su grado máximo. O sea, afectando a derechos ya consolidados y devengados, aunque no cobrados.

El TC acota la cuestión de inconstitucionalidad planteada, considerando que lo que se expone a su criterio es la **interpretación de conformidad**. O sea, los Juzgados o Tribunales de instancia sólo cuestionan que la norma legal pueda afectar a derechos económicos consolidados y devengados, aunque no cobrados, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, sobre materia de pagas extraordinarias.

Es esta tesitura, el TC requiere a las entidades afectadas si han abonado la parte proporcional de la paga de diciembre del 2012 y siendo la respuesta afirmativa, concluye que hay **«...pérdida de objeto de la cuestión de inconstitucionalidad», por satisfacción extra-procesal**.

Argumento ingenioso, sencillo y sin complicaciones, pero que parece eludir la cuestión más que resolverla.

Críticas a estos pronunciamientos

La premisa de la que parte el TC es que en realidad los juzgados y tribunales que elevan cuestión de inconstitucionalidad, sólo cuestionan la irretroactividad de la norma. O sea, que no se podía arrebatar a los funcionarios la parte de la paga extraordinaria ya consolidada y devengada a la fecha de vigencia del RDL 20/2012, pero

que por el contrario sí que podía hacerlo sobre la cuantía no consolidada.

En tal supuesto o punto de partida, sólo cabían dos opciones al juzgado o tribunal de instancia:

- a) Interpretación y aplicación de CONFORMIDAD con los valores y bienes jurídicos constitucionales en juego. Esta opción suponía, tal como hicieron muchos operadores jurídicos, constitucionalizar la norma legal mediante el mecanismo de interpretación conforme a la Constitución. Pero, suponía que esta posible exégesis era permitida y posible por la propia norma legal.
- b) Imposibilidad hermenéutica de aplicar la norma legal bajo el principio de CONFORMIDAD constitucional, porque la dicción y literalidad del precepto legal era tan claro, que su presunta interpretación de conformidad era en realidad una modificación legal de la misma, lo que excedía la función judicial.

Y cabe colegir que cuando diversos y variados juzgados y tribunales elevan cuestión de constitucionalidad ante el TC, es precisamente porque entiende que concurre este segundo supuesto.

Y esto quiere decir que en tal disyuntiva sólo cabía la declaración de constitucional o inconstitucionalidad del precepto cuestionado en la norma legal. ¿Y cuál es el efecto de la inconstitucionalidad de un precepto legal?. Desde luego no su nueva redacción conforme a la Constitución, sino la nulidad de la norma legal o del precepto cuestionado de la misma, art. 39 LOTC. Al margen de cuestiones doctrinales sobre los efectos consolidados, lo que sí resulta cierto es que la respuesta del Tribunal Constitucional resulta anómala en ambos casos.

- a) Si cabía una interpretación de conformidad con la Constitución, no era necesario admitir la cuestión de inconstitucionalidad, salvo que la regulación legal fuese controvertida en los términos expuestos y se primase un pronunciamiento del Tribunal Constitucional. Pronunciamiento que debía realizarse en sede de interpretación acorde con la Constitución,



4. Breus comentaris de jurisprudència

creando cosa juzgada en los procedimientos ordinarios.

Ahora bien, ni siquiera en este caso es dable admitir el actual pronunciamiento del TC. Pues lo controvertido era si la norma legal admitía una interpretación de conformidad sin que ésta se pudiera calificarse de modificación de la propia norma por quien no ostenta competencias para ello. Por este motivo el pronunciamiento sobre el fondo se requería siempre. El TC se debía pronunciar necesariamente, pues con ello despejaba si cabía la interpretación de conformidad o hacerlo suponía un acto del poder legislativo.

La satisfacción procesal como causa de pérdida del objeto de la cuestión de inconstitucionalidad parte de una premisa que no se puede aceptar sin entrar en el tema de fondo. Requiere considerar que la interpretación de conformidad era clara y diáfana, no discutida. Y de hecho, el propio TC, como cuestión previa, se encarga de hacer ver que el órgano remitente de la cuestión de inconstitucionalidad parte de tal premisa. Ahora bien, en tal caso ¿por qué eleva cuestión de inconstitucional el juez o tribunal ordinario si de tal forma lo tiene claro?; ni era necesario, ni debería hacerlo, salvo duda razonable.

Y si realmente el juez o tribunal remitente consideró que no procedía una interpretación de conformidad sin modificar la propia norma legal cuestionada, en tal caso, la solución dada por el TC es del todo irregular, porque éste debía alcanzar una u otra solución entrando en el fondo de la cuestión, o sea, resolviendo. Y sólo tras entrar en el fondo, resolver si procedía o no la interpretación de conformidad o la nulidad de la disposición concreta, valorando la posible satisfacción extraprocesal.



4.3. TS (Tribunal Supremo) y otros.

Només cap una decisió arbitral sobre despenjament (descuelgue) d'un Conveni col·lectiu si prèviament ha fracassat la negociació col·lectiva.

La **Sala Social del Tribunal Suprem, Sentència de 15 de setembre de 2015** (Rec. 218/2014, Ponent: Sempere Navarro), ha confirmat la nul·litat de la decisió arbitral de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (CCNCC), de 28 de juny de 2013, que va acordar, basant-se en causes econòmiques, el despenjament instat per Air Europa respecte del II Conveni col·lectiu per Tripulants de Cabina.

En aquest supòsit de fet, es posava en dubte la reducció salarial del 8,47% aplicada sobre els tripulants de cabina de Air Europa i la inaplicació del complement d'incapacitat temporal derivada de contingències tant comunes com professionals.

El TS destaca a la seva sentència que l'actuació de l'empresa, acudint a l'òrgan arbitral en pro de la inaplicació del conveni, es va realitzar quebrantant la verdadera negociació de bona fe.

Supòsit de fet

L'Audiència Nacional va considerar provat que el 9 d'octubre de 2012, Air Europa va comunicar als Sindicats un despenjament del II Conveni Col·lectiu dels Tripulants de Cabina de Passat-



4. Breus comentaris de jurisprudència

gers sobre la retribució salarial i les millores de prestacions de la Seguretat Social. Davant la falta d'acord, el procés va acabar a la CNCC, que va dictaminar que no podia pronunciar-se a causa que cap de les propostes formulades va obtenir el consens necessari.

Segons la sentència recorreguda, un mes més tard, mentre negociava l'III Conveni Col·lectiu, l'empresa, basant-se en les mateixes causes econòmiques i productives al·legades i provades en el despenjament anterior i en la mateixa documentació, excepte una altra addicional, va tornar a plantejar la inaplicació als sindicats, que la van rebutjar per considerar-la fraudulenta.

Air Europa plantejava una reducció salarial del 15 per cent sobre tots els conceptes salarials i extrassalarials, a excepció de les aportacions al pla de pensions i uns altres concrets conceptes. L'empresa va acudir a la CCNCC que va acordar la baixada dels sous i l'eliminació del complement per incapacitat temporal.

La Sentència del TS posa de relleu el caràcter subsidiari de l'actuació de la CCNCC, que en el procediment d'inaplicació de Convenis, només pot intervenir quan fracassin els successius i previs intents de l'empresari i dels representants dels treballadors per resoldre la discrepància per ells mateixos mitjançant l'autonomia col·lectiva.

En aquest sentit, indica que la subsidiarietat "exigeix que els previs graons o requisits s'hagin superat amb suficiència" i afegeix que només és possible instar el pronunciament de tercers quan ha fracassat una negociació col·lectiva veritable.

«Que las cosas sean así no deriva solo del diseño legal contenido en el artículo 82.3 ET sino también de la necesidad de compatibilizarlo con los derechos constitucionales de libertad sindical (art. 28 CE) y negociación colectiva (art. 37 CE)».

«La negociación de un convenio colectivo y la de su inaplicación poseen regulaciones, objetivos, presupuestos y procedimientos diversos pero comparten exigencias subjetivas (legitimación, representatividad) y conductivas (actuación de buena fe). La negociación de buena fe es un

presupuesto o requisito exigido en la tramitación de las diversas medidas laborales que una empresa puede adoptar ante situaciones de crisis.»

Hay que negociar de buena fe con carácter previo a la implantación de medidas colectivas de movilidad geográfica, modificación sustancial de condiciones de trabajo, suspensiones, extinciones colectivas o inaplicaciones de convenio. *«Durante el período de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo» se dispone en los artículos 40.2 (movilidad), 41.4 (modificaciones), 47.1 (suspensión) y 51.2 (despido). El art. 82.3 ET se remite al 41.4 (donde aparece la exigencia).»*

En aquest sentit cal citar quins són els condicionants que els Alts Tribunals han establert respecte al concepte de «negociar de bona fe»:

- L'existència o no de bona fe negociadora ha d'afirmar-se en relació amb l'existència o no de propostes concretes i la celebració de reunions, ja que, constant l'existència de les unes i les altres, no pot apreciar-se la inexistència de negociació (SS de la Sala de 25/09/2013, i de 26/03/2014).
- Per apreciar la mala fe en el cas d'existir un nul grau de flexibilitat, semblant deficiència haurà d'anar acompanyada d'un element de propòsit vulnerador de la confiança, alterant o ocultant dades així com proposant mesures d'acompanyament l'incompliment del qual es procurarà a posteriori (STS 20/05/2014). La posterior sentència d'aquesta Sala de 18/07/2014, recorda que l'expressió legal ofereix innegable generalitat, al no fer-se referència alguna a les obligacions que l'haver de comporta i –menys encara– a les conductes que poguessin vulnerar-ho. Però de totes maneres, en la configuració del mateix no cal oblidar: a) que la previsió legal no sembla sinó una mera especificació del deure general de bona fe que correspon al contracte de treball [com a tot contracte: art. 1258 CC] i que en el camp de la negociació col·lectiva especifica l'art. 89.1 de l'ET [«ambdues parts estaran obligades a negociar sota el principi de la bona fe»]; b) des del moment en què l'art. 51 de l'ET instrumenta la bona fe a l'objectiu de «la consecució d'un acord" i que el període de



4. Breus comentaris de jurisprudència

- consultes "haurà de versar, com a mínim, sobre les possibilitats d'evitar o reduir els acomiadaments col·lectius i d'atenuar les seves conseqüències mitjançant el recurs a mesures socials d'acompanyament», és clar que la bona fe que el precepte exigeix és una bona fe negociadora (STS/IV 27/05/2013).
- Referit a un supòsit de període de consultes en un procediment de modificació substancial de condicions de treball, s'afirma que «s'evidencia la transcendència que el legislador vol donar al període de consultes ... configurant-ho **no com un mer tràmit preceptiu, sinó com una veritable negociació col·lectiva, entre l'empresa i la representació legal dels treballadors**, tendent a aconseguir un acord, que en la mesura del possible, eviti o redueixi els efectes de la decisió empresarial, així com sobre les mesures necessàries per atenuar les conseqüències per als treballadors d'aquesta decisió empresarial, negociació que ha de dur-se a terme per ambdues parts de bona fe» (STS/IV 16/11/2012).
 - La STS 25 febrer 2014 examina si s'ha aportat la documentació necessària, perquè el contrari comportaria l'absència d'una negociació de bona fe.
 - L'obligació de negociar de bona fe incumbeix a ambdues parts (art. 51.2.8 de l'ET).

I els mateixos criteris sobre el comportament adequat o no quan es negocia un Conveni són també vàlids per enjudiciar l'ocorregut si es tracta en un despenjament del Conveni.

Not haver-hi bona fe si el que es fa és replantejar una negociació que ja havia finalitzat. Serà necessari que s'estigüés plantejant un problema nou en termes absoluts (matèria) o relatius (agreujament).

Conclusions

Partint de lo anterior, la sentència conclou que "la subsidiarietat" d'acudir al CCNCC i «la veritable negociació de bona fe fan fallida en aquest cas en reiniciar-se les actuacions en pro de la inaplicació del Conveni amb els mateixos arguments que en l'ocasió anterior». El TS asevera que «les parts no han estat capaces de realitzar

l'autocomposició del conflicte i qualsevol solució imposada generarà insatisfacció». «Recordem que el legislador laboral ha posat per davant de tot un altre remei el de la negociació directa entre les parts i que el legislador processal permet la transacció o acord en qualsevol fase del procediment. Lamentablement, això no ha ocorregut en el nostre cas».

Josep Millán López (Advocat del GJ).



5. Estudis i temes doctrinals



Tema: ejecución de sentencia. Intereses

La cuestión que vamos a tratar a aquí consiste en la **posibilidad de reclamar intereses en los supuestos de que obtengamos una Sentencia favorable en primera instancia que condene a una empresa privada** –en el presente momento debemos dejar de lado los supuestos de demandas presentadas contra la Administración– al pago de una cantidad líquida, y dicha empresa –cumpliendo los requisitos legalmente establecidos para ello– proceda a recurrir dicha Sentencia, no obteniendo éxito en dicho recurso y provocando un alargamiento importante en el tiempo en que el trabajador tardará en ver satisfecho su interés.

La idea en la que se basa esta reclamación es que la cantidad a cuyo pago ha sido condenada por la Sentencia de Instancia, devengará intereses durante la tramitación del recurso de suplicación o de los posteriores recursos, intereses que dada la lentitud con la que los Juzgados y Tribunales están actuando en estos momentos puede alcanzar importes relevantes.

En este sentido, debe señalarse que la Jurisprudencia de nuestros Tribunales ya ha establecido que ni la consignación del importe de la condena equivale al pago de la misma, pues es sencillamente requisito para poder recurrir y, asimismo, que la posibilidad de ejecución provisional tampoco enerva la reclamación de los intereses procesales. En este sentido, STSJ Catalunya de 17-05-1995 (AS 1995/1972), de 30-11-2001 (AS 2002/158), de 28-09-2004 (AS 2004/2790) y de 26-11-2004 (JUR 2005/35676),

La reclamación la efectuaríamos en base a lo dispuesto en el artículo 576 de la L.E.C. que establece que:

- «1. Desde que fuere dictada en primera instancia, toda sentencia o resolución que condene al pago de una cantidad de dinero líquida determinará, en favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos o el que corresponda por pacto de las partes o por disposición especial de la ley.
2. En los casos de revocación parcial, el tribunal resolverá sobre los intereses de demora procesal conforme a su prudente arbitrio, razonándolo al efecto.
3. Lo establecido en los anteriores apartados será de aplicación a todo tipo de resoluciones judiciales de cualquier orden jurisdiccional, los laudos arbitrales y los acuerdos de mediación que impongan el pago de cantidad líquida, salvo las especialidades legalmente previstas para las Haciendas Públicas.»

Diferencia entre intereses moratorios e intereses procesales

Para empezar debemos tener en cuenta que los intereses que estaríamos reclamando conforme a lo aquí expuesto serían los intereses procesales, que son distintos de los intereses moratorios que están establecidos en el artículo 29.3 del E.T., los cuales tienen un régimen distinto. No obstante, ambos tipos de intereses se consideran compatibles en cuanto a que cada uno tiene un período distinto de devengo.



5. Estudis i temes doctrinals

A efectos aclaratorios, los intereses moratorios, los del artículo 29.3 del E.T., se reclaman a partir de la fecha en la que la empresa debería haber hecho el pago de la deuda reclamada y no lo hace, momento a partir del cual incurre en mora, habiendo hecho coincidir la Jurisprudencia mayoritaria de nuestros Tribunales tal momento con la fecha de presentación de la Papeleta de Conciliación en la mayor parte de los casos. La fecha final de su devengo sería el día anterior a la fecha de la Sentencia que condena al pago de las cantidades a la empresa, pues desde ese momento entrarían en funcionamiento los intereses procesales de los que ahora nos ocuparemos.

En consecuencia, nos podemos encontrar con que en una misma demanda reclamemos intereses moratorios, primero, y procesales, después. Así, por ejemplo, al hacer una reclamación de cantidad a una empresa podremos reclamarle el 10% de interés de mora del artículo 29.3 del E.T. y si la empresa es condenada tendrá que pagarlo. Pero además, si la empresa interpone recurso de suplicación contra dicha Sentencia y dicho recurso es desestimado, sobre la cantidad a cuyo pago ha sido condenada podremos reclamar también intereses procesales.

En este caso, el criterio a seguir sería que desde la fecha de presentación de la Papeleta de Conciliación hasta el día anterior a la fecha de la Sentencia se devengarían los intereses moratorios –conforme al 10% de interés– y desde la Sentencia en adelante se devengarían los intereses procesales conforme luego se dirá.

Como Sentencias destacadas, que explican la diferencia entre ambos tipos de intereses, cabe mencionar la STSJ Islas Canarias, Las Palmas de 29-09-2005 (AS 2005/2877), STS de 11-07-2012 (ROJ STS 6188/2012) y STSJ Catalunya de 18-01-2013 (ROJ STSJ CAT 662/2013).

Intereses procesales

Centrando ya la cuestión en los intereses procesales, como se ha dicho, la reclamación de los mismos se fundamenta en la aplicación del artículo 576 de la L.E.C. el cual es de aplicación supletoria a la jurisdicción social en virtud de lo establecido en la Disposición Final Cuarta de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

A la hora de reclamar intereses procesales hay que tener en cuenta las siguientes cuestiones:

Resoluciones sobre las que es posible reclamar intereses

El artículo 576 de la L.E.C. habla tanto de las Sentencias como de cualquier otra resolución que condene al pago de una cantidad de dinero líquida. Esto supone que no sólo las Sentencias darán derecho a reclamar intereses, sino también los Autos, por ej. el Auto de Extinción de la relación laboral y, también, los Autos que aprueben una conciliación judicial. En consecuencia, un acta de conciliación judicial, en tanto en cuanto establezca el pago de una cantidad líquida de dinero, si no es objeto de cumplimiento por parte de la empresa dará lugar al devengo de intereses procesales.

En cuanto a la posibilidad de reclamar intereses por cantidades acordadas en conciliación judicial señalar la STSJ Catalunya de 19-01-2010 (ROJ STSJ CAT 441/2010).

Fechas de devengo de los intereses procesales

Como hemos visto el precepto en cuestión establece que la fecha inicial es desde que se dicte la Sentencia o correspondiente resolución. Por tanto, la fecha inicial del devengo, el dies a quo, es la fecha de la Sentencia o de la resolución.



5. Estudis i temes doctrinals

La fecha final del devengo, el dies ad quem, entiendo que debe ser la fecha en la que la Sentencia o resolución en cuestión se cumpla, es decir, el momento en que el Juzgado, a través de la resolución judicial correspondiente, ponga a disposición del trabajador el importe del principal de la condena.

En este sentido STSJ Catalunya de 18-01-2013 (ROJ STSJ CAT 662/2013).

Cuantía de los intereses procesales

El interés a reclamar es el interés legal del dinero incrementado en 2 puntos.

A este respecto se ha planteado si el interés a reclamar debe ser fijo o variable. Al parecer hay Sentencias a favor de ambas posibilidades. No obstante, entiendo que la posibilidad más habitualmente utilizada es la del interés variable y es la que se declara aplicable en la STSJ Islas Canarias, Las Palmas, de 29-09-2005 (AS 2005/2877). En consecuencia, el interés a reclamar es el fijado como interés legal del dinero anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, el cual deberá ser incrementado en dos puntos.

Tema particular: salarios de tramitación en temas de despido

Como se ha manifestado, en el momento en que en una resolución judicial quede fijado un importe líquido, se produce el devengo de intereses procesales.

Ahora bien, en los temas de despido la cuestión de los salarios de trámite ha dado lugar a bastantes discusiones jurisprudenciales acerca de si la Sentencia que declare la improcedencia de un despido puede o no generar, desde el momento de su dictado, intereses procesales.

La corriente que cabe considerar que ha triunfado a nivel jurisprudencial es la más conservadora. Esta corriente viene a sostener que en la Sentencia de despido no se fijan los salarios de tramitación en un importe líquido y que, en consecuencia, la Sentencia no genera intereses procesales respecto de tal concepto. Entiende, en consecuencia, que es necesario esperar a que una resolución posterior, caso de un Auto de Extinción de la relación laboral por ejemplo, concrete el importe de los salarios de tramitación y que será dicha resolución la que generará, en su caso, los intereses procesales correspondientes. En este sentido, STS de 21-07-2009 (RJ 2009/4692) y STSJ Catalunya de 18-01-2013 (ROJ STSJ CAT 662/2013).

La otra corriente viene a considerar que la Sentencia de despido sí que determina intereses procesales en cuanto a los salarios de tramitación desde el momento en que se dicta, y ello con independencia de que en la Sentencia no se determine el importe en concreto de dicho concepto. Esta corriente viene a defender que la condena al pago de salarios de trámite es igualmente líquida porque la liquidez no sólo se produce cuando el importe queda claramente concretado en la resolución judicial, sino también cuando tal concreción se hace depender exclusivamente de unas operaciones matemáticas. En este sentido cabe destacar el VOTO PARTICULAR que 4 magistrados hacen a la STS de 21-07-2009 (RJ 2009/4692) y STSJ Catalunya de 5-03-2007 (JUR 2007/273894), ésta última muy interesante porque, además, sistematiza muy bien toda la jurisprudencia sobre los intereses procesales.

Tramitación

La reclamación de los intereses procesales cabe hacerla en fase de ejecución, debiendo tenerse en cuenta que conforme a la Jurisprudencia de nuestros Tribunales la condena al pago de intereses procesales opera «*ope legis*» en todo tipo de resoluciones judiciales, de forma que cuando en una Sentencia



5. Estudis i temes doctrinals

se condena al pago de una cantidad líquida, aunque en ella nada se haya dispuesto sobre los intereses del artículo 576 de la L.E.C., el pago de los mismos es una obligación legal y, en consecuencia, puede discutirse sobre ellos en ejecución de Sentencia sin que ello conlleve exceso alguno sobre lo establecido en el fallo de la Sentencia.

En consecuencia, una vez que se haya producido el pago del principal, cabrá plantear una reclamación de los intereses procedales a través de una solicitud de ejecución de la Sentencia o resolución en cuestión.

Por último, en cuanto a la fórmula a utilizar para la determinación del importe de los intereses a reclamar, dejando de lado, la posibilidad de acudir a distintas páginas web para calcular los intereses a reclamar, la fórmula a utilizar es la siguiente:

$$i = c \times r \times \text{días} / 36500$$

i = el interés a reclamar.

c = importe del principal a cuyo pago ha sido condenada la empresa.

r = interés legal del dinero incrementado en 2 puntos.

días = número de días transcurridos desde la fecha de la Sentencia o resolución judicial y la fecha de la resolución que ha puesto a disposición del trabajador el importe del principal. Cuando dentro de estos días haya períodos con distintas cuantías del interés legal del dinero, será necesario aplicar esta fórmula a cada período. 

Carlos Barba Muñoz (Advocat del Gabinet Jurídic de la UGT).



6. Ad processum

Tema: Depósito y consignación de la cantidad objeto de condena a efectos de recursos de suplicación o casación. Posibilidad de subsanación ante la falta del mismo o deficiente consignación.

La LRJS en su artículo 229 y 230, exige la necesidad de depósito de una cantidad fija para recurrir, así como la obligación de consignar la cantidad objeto de condena por sentencia judicial.

En sede jurisprudencial se ha interpretado y aplicado esta legal regulación en los siguientes términos:

Depósito

La falta de consignación del depósito, artículo 229.1 Y 230.5.c) LRJS, es perfectamente subsanable. Por tanto, el Juzgado o Tribunal debe requerir de subsanación en el plazo de cinco días.

Condena de cantidad ya de naturaleza indemnizatoria como salarial

La LRJS en su artículo 230.5.a), distingue entre falta de consignación de la cantidad objeto de condena y la deficiente consignación. Sobre la primera nada dice, sobre la segunda admite expresamente su posible subsanación.

La jurisprudencia interpreta esta regulación como una expresa e intencionada voluntad del legislador de separar ambas situaciones. Considera que la falta de consignación

obedece a una voluntad negligente o bien contumaz del condenado que no merece ser atendida y, por lo tanto, no permite la subsanación. Es decir, genera un efecto automático de tener **por no interpuesto el recurso** sin posibilidad de subsanación, ni siquiera admite la libre apreciación del juzgador atendiendo al caso concreto. *Opera ope legis*, por imperativo legal, como presunción legal de negligencia o contumacia del demandado condenado. Estamos ante un requisito de recurribilidad del todo sustancial y constitutivo de la apertura o acceso al recurso pertinente (STS 25/11/2014, rec. N° 857/2014; STS 5561/2012, n° de recurso: 3490/2011, cendoj; STS 8316/2002, n° de recurso: 727/2002, cendoj).

Incluso en el caso de **empresa en concurso** se exige tal consignación. Por dos motivos, porque la Ley 22/2003, concursal, nada ha previsto como excepción a la norma general prevista en el artículo 230 de la LRJS, cuando podía haber operado como ley especial. Y porque la entrada de una empresa en concurso no conlleva necesariamente la insolvencia ni presupone falta de liquidez «per se» (STS 25/11/2014, rec. N° 857/2014).

Este rigor ha sido declarado ajustado a los cánones constitucionales por el Tribunal Constitucional declarando que si bien la subsanación constituye un remedio justo para las irregularidades o defectos en el cumplimiento de las exigencias procesales, ello no puede

invocarse ni procede acordarla cuando lo que se ha producido es un incumplimiento frontal y pleno de los requisitos, en consecuencia cuando, como aquí sucede, el requisito de la consignación fue incumplido en su totalidad, no puede considerarse susceptible de subsanación, no solo porque así lo viene contemplando el art.207.2 L.P.L., sino porque así lo ha interpretado igualmente el Tribunal Constitucional, cual puede apreciarse en su sentencia 343/1993 de 22 de noviembre en la que expresamente ha considerado insubsanable la falta total de consignación argumentando que en estos supuestos en los que «hay inexistencia de actividad consignataria y no solo insuficiencia, no cabe la subsanación, ya que no puede dejarse al arbitrio de la parte la ampliación del plazo....»

Por tal motivo, se exige rigor en la información contenida en la sentencia sobre tal extremo. La misma deberá declarar la cantidad objeto de condena y la obligación de consignar ésta para la interposición de un posible recurso de suplicación o casación. De no ser así, tal omisión obligará a abrir el trámite de subsanación en una especie de garantía derivada del principio de seguridad jurídica al considerar la resolución judicial defectuosa y no suficiente garante de las obligaciones legales que compete a las partes. 

Luis Ezquerra Escudero (Abogado y Responsable del AEF Gabinet Jurídic).



7. Convenis col·lectius i actualitat laboral



7.1. Convenis col·lectius

Publicación del Acta de los acuerdos referentes a las tablas salariales y la nueva redacción del artículo 26 del XI Convenio colectivo de ámbito estatal de **centros de asistencia y educación infantil** (BOE núm. 146 – 19.6.2015).

Publicación del Auto de la Audiencia Nacional por el que se rectifica la **Sentencia** relativa al Convenio colectivo estatal de las **empresas de seguridad** para el 2015 (BOE núm. 146 – 19.6.2015).

Publicación del XII Convenio colectivo de trabajo para el sector de empresas organizadoras del **juego de bingo en Cataluña** 2014-2015 (código de convenio núm. 79000205011992) (DOGC núm. 6901 – 29.6.2015).

Publicación del Convenio colectivo estatal de **acción e intervención social** 2015-2017 (BOE núm. 158 – 3.7.2015).

Publicación del IX Convenio colectivo de trabajo del sector del **comercio de Cataluña para subsectores y empresas sin convenio propio** para los años 2015-2016 (código de convenio núm. 79001495011999) (DOGC núm. 6926 – 3.8.2015).

Publicación del acuerdo de prórroga de la ultraactividad hasta el 31 de diciembre de 2016, del Convenio colectivo de trabajo del sector de **oficinas y despachos de Cataluña** 2012-2014 (código de convenio núm. 79000375011994) (DOGC núm. 6929 – 6.8.2015).

Publicación del acuerdo sobre tablas salariales correspondientes al año 2015, del Convenio colectivo de trabajo del sector de **oficinas y despachos de Cataluña** 2012-2014 (código de convenio núm. 79000375011994) (DOGC núm. 6929 – 6.8.2015).

Publicación del Convenio colectivo de **mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos** (BOE núm. 187 – 6.8.2015).

Publicació del Conveni col·lectiu de treball del sector de **confiteria, pastisseria i brioixeria de la província de Girona** per als anys 2015-2016 (codi de conveni núm. 17000045011994) (BOPG núm. 158 – 17.8.2015).

Publicació del Conveni col·lectiu de treball del sector del comerç de materials de la **construcció de la província de Tarragona** per als anys 2015-2017 (codi de conveni núm. 43001475011996) (BOPT núm. 191 – 18.8.2015).



7. Convenis col·lectius i actualitat laboral

Publicació del Conveni col·lectiu de treball del sector del **comerç en general de la província de Girona** per als anys 2014-2015 (codi de conveni núm. 17000035011994) (BOPG núm. 160 – 19.8.2015).

Publicació de l'Acord de revisió salarial per a l'any 2015 del Conveni col·lectiu de treball del sector de la **construcció i obres públiques de la província de Barcelona** (codi de conveni núm. 08001065011994) (BOPB 24.8.2015).

Publicació del Conveni col·lectiu de treball del sector de **xocolates de la província de Barcelona** per als anys 2015 i 2016 (codi de conveni núm. 08100015012014) (BOPB3.9.2015).

Publicació del III Conveni col·lectiu del sector del **lleure educatiu i sociocultural de Catalunya** per als anys 2011 a 2016 (codi de conveni núm. 79002295012003) (DOGC núm. 6910 – 10.7.2015, rectificat per DOGC núm. 6953 – 9.9.2015).

Publicación del Convenio colectivo estatal para las **empresas de seguridad** para el periodo julio 2015-2016 (BOE núm. 224, 18.9.2015).

Publicació del Conveni col·lectiu de treball del sector de **distribuïdors majoristes d'alimentació de la província de Barcelona** per als anys 2014 i 2015 (codi de conveni núm. 08001355011994) (BOPB 2.10.2015).

Publicación del II Convenio colectivo estatal para el sector de **industrias de aguas de bebida envasadas** (BOE núm. 242 – 9.10.2015).

Publicació de la modificació (ratificació dels Acords adoptats el 29 de juliol de 2015 i aprovar expressament l'annex 3 –taula salarial d'hores extres–) del Conveni de treball per a **oficines de farmàcia** per als anys 2014-2017 (BOPB 13.10.2015).

Publicació de la Sentència de l'Audiència Nacional per la què s'anul·len parcialment els articles 1 i 40 del III Conveni col·lectiu estatal d'**activitats esportives i gimnasos** (BOE núm. 246 – 14.10.2015).

Signatura del nou conveni laboral d'**hostaleria** per als anys 2014, 2015 i 2016 (23.10.2015).

Publicació del Conveni col·lectiu del comerç d'**òptica al detall** per als anys 2015 i 2016 (codi de conveni 08005835011994) (BOPB26/10/2015).

7.2. Legislació

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el nuevo texto refundido de la Ley del **Estatuto de los Trabajadores** (BOE núm. 255, 24.10.2015).

Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la **Ley de Empleo** (BOE núm. 255, 24.10.2015).



7. Convenis col·lectius i actualitat laboral

7.3. Actualitat i no tanta actualitat laboral

Publicación de la **Relación de fiestas laborales para el año 2016** (BOE núm. 253, 22.10.2015). En Catalunya, festivos los días 1 y 6 de enero, 25 y 28 de marzo, 16 de mayo, 24 de junio, 15 de agosto, 12 de octubre, 1 de noviembre, y 6, 8 y 26 de diciembre.

Pensió de jubilación. En octubre de 2015 la pensió media de jubilación alcanzó los 1.026,66 €/mes, En cuanto a la pensió media del Sistema (que incluye las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, viudedad, orfandad y a favor de familiares), en la actualidad es de 890,88 €. El conjunto del Sistema público cuenta hoy con 9.335.224 pensiones y más de la mitad de estas prestaciones, 5.666.728, son por Jubilación; 2.355.555 corresponden a Viudedad; 933.976 a Incapacidad Permanente; 339.811 a Orfandad y 39.154 a Favor de Familiares.

Afiliación de extranjeros a la Seguridad Social. La afiliación media a la Seguridad Social de ciudadanos de origen extranjero se sitúa en 1.645.874 en septiembre de 2015. Del total de extranjeros que cotizan en el sistema de la Seguridad Social, los grupos más numerosos proceden de Rumania (291.601), Marruecos (190.821), China (93.696), Italia (77.241) y Ecuador (70.804). Les siguen los que provienen de Bolivia (56.849), Colombia (54.690), Reino Unido (55.759) y Bulgaria (52.751).

Modelo de recibo individual de salarios (nómina). Hasta mayo de 2015, en los recibos de salarios de los trabajadores únicamente constaban la base de cotización y el tipo de retención correspondientes a la aportación del trabajador por Seguridad Social e IRPF respectivamente, pero no la determinación de la aportación del empresario. Con la entrada en vigor de la Orden Ministerial ESS/2098/2014, de 6 de noviembre (BOE núm. 273, de 11.11.2014) se modificó el anexo de la Orden de 27 de diciembre de 1994 para que constaran dichos datos.

Indemnización por fin de contrato temporal (no despido). La indemnización que corresponde en estos casos, con la excepción de los contratos de interinidad y los formativos, es de 12 días de salario por cada año de servicio para los contratos firmados a partir del 01/01/2015. En los contratos firmados hasta el 31/12/2011, 8 días por año; en los contratos firmados a partir del 1/1/2012, 9 días por año; en los contratos firmados a partir del 1/1/2013, 10 días por año y en los contratos firmados a partir del 1/1/2014, 11 días por año. 



8. No estem d'acord



Imagen: Flickr/Olga Berrios

Función pública y jurisdicción contencioso. Un matrimonio mal avenido.

¿Por qué contemporizar con una jurisdicción creada para tutelar a la Administración, para reducir el ámbito de la queja, de la reclamación, negar la equidad y cuestionar la justicia?

La razón por la cual el legislador legisla a favor de este procedimiento repleto de poderes exorbitantes a favor de la Administración es clara. El interés de la Administración prevalece sobre el del ciudadano y más sobre su personal funcionario. La confusión entre Administración e interés general es una excelente relación calidad/precio. Este criterio se convierte en una ultima ratio interpretativa que acompaña al principio favor actis, a la pesada carga de la prueba que se impone al funcionario, a la prevalencia de un expediente administrativo cada vez más incompleto e interesado.

No resulta soportable una jurisdicción contenciosa que impone al justiciable un elevado peaje en tiempo, especialmente cuando el competente en primera instancia resulta ser el Tribunal Superior. Que pone innumerables trabas en la acumulación de procedimientos, excesivamente bondadoso y bienintencionado en la admisión de cuestiones de inadmisión (favorecedoras de la actuación administrativa), y por el contrario rígido en la facilidad, celeridad y agilidad en la prueba; farragoso y lento en la ejecución, etc.

No tiene justificación un procedimiento mal denominado «abreviado» del que se beneficia el personal funcionario sin mayores modalidades procesales. Que no distingue entre la impugnación de una reclamación de cantidad, de un tema de vacaciones o conciliación de la vida familiar. Y qué decir de la impugnación realizada a través del sindicato cuando acaece un interés colectivo del personal representado, todo son dificultades y rigidez en la forma de acceder y pedir. Y la posible solución, remitiendo a las medidas cautelares es un argumento de una pobreza extrema.

Un procedimiento que se ha ido llenando de pesadas cargas sobre las espaldas de los funcionarios. Obligación de ir asistido por un letrado, por un procurador en los recursos (antes podía acudir motu proprio el funcionario). Y las **costas**, uno de los mayores tratos de **desigualdad** con el personal laboral de la propia Administración.

El procedimiento contencioso en su búsqueda de romper el **acceso real** a la justicia como un derecho de todo ciudadano lo ha reconvertido en un procedimiento a costas vencidas, el que pierde paga. Decir que las Costas son un verdadero obstáculo en la decisión de interponer una acción judicial en defensa de los derechos del justiciable es una gran verdad. Y cuando se trata de materias de personal esto se agrava pues por el ejercicio de derechos de escasa cuantía se puede salir condenado al pago de costas indeterminadas, o sea, aplicar los mínimos del Colegio de Abogados (bastante altos de por sí). El legislador es consciente y ha actuado en consecuencia, no fijando límite legal a las costas a sabiendas de



8. No estem d'acord

que ello dificulta el acceso a la justicia de los justiciables que dependen de su salario, los funcionarios. En ocasiones el criterio de ponderación y equidad se aplica por los propios jueces, en otras no.

Y qué decir del procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales, el cual impone un plazo tan corto para interponer la acción que lo hace prácticamente inviable y risible. Hablamos de 10 o 20 días para interponer la acción. Simplemente el justiciable apenas dispone de tiempo para informarse de la viabilidad de reclamar sus derechos. Y ello sin distinguir entre conductas de tracto único de aquellas que consisten en una conducta continuada, caso del acoso laboral o incluso sindical. Estos plazos se convierten en una burla directa del justiciable. La justificación amparada en la celeridad del procedimiento cae por sí misma, pues se supone que esta celeridad esta pensada en favor del justiciable, el mismo que en la mayoría de casos se queda sin poder acceder a la misma por la precariedad del plazo. Y tampoco pretende acomodar el plazo a la naturaleza del acto administrativo impugnado, excepto el silencio administrativo o vías *de facto*. Eso al margen de que la Administración no informa prácticamente nunca de estos plazos especiales cuando resuelve.

En fin, la pregunta sigue en pie: **¿Por qué seguir contemporizando con esta jurisdicción tan lesiva para el personal funcionario?**

Luis Ezquerra Escudero (Abogado y Responsable del AEF del Gabinet Jurídic)



9. Civil, penal i altres qüestions d'interès

9.1. Civil

El TJUE y las cláusulas suelo

Este 24 de septiembre, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha vuelto a dar un nuevo revés a la legislación española, y en concreto a nuestro Tribunal Supremo.

De sobras es conocida la doctrina del Alto Tribunal en relación a las conocidas como «cláusulas suelo» hipotecarias, o cláusulas limitativas de interés variable hipotecario. Tras la Sentencia de 9 de mayo de 2013, el Tribunal Supremo, haciendo una interpretación más política que jurídica, determina que la devolución de las cantidades abonadas por el cliente a través de la cláusula suelo, debe verse retrotraída solo a partir de la fecha de sentencia(a 9 de mayo de 2013).

Evidentemente, a todas luces, un disparate jurídico, ya que según derecho, una cláusula nula, lo es desde el inicio, no desde una fecha de sentencia, manifestando el Alto Tribunal razones de índole político económica para no autorizar la devolución a las cantidades anteriores a la fecha de la sentencia.

Ahora, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha vuelto a poner en evidencia la legislación española en lo que materia bancaria se refiere, manifestando en un contundente informe que no es posible dicha interpretación y que las entidades bancarias afectadas deberán devolver el importe desde el nacimiento del contrato, es decir, desde la constitución de la cláusula nula.

La nulidad es desde el inicio, como bien se expone en todas las aulas Universitarias de este país.

Lo cierto, es que desde que nació la crisis, los Tribunales están actuando de legisladores ex novo, intentando con las herramientas que les da el derecho paliar aquellas situaciones de desigualdad jurídica entre las partes, en concreto en materia bancaria; entendiéndose, que el principio de pacta sunt servanda (los pactos deben cumplirse) no operan cuando las partes están some-



Imatge: Katarina Dzurekova/Flickr

tidas a desigualdad jurídica, y entendiéndose que hay cláusulas nulas ipso iure, por aplicación de ley.

La Ley de Consumidores y Usuarios, establece que son nulas aquellas cláusulas conocidas como cláusulas abusivas, es decir, aquellas cláusulas no negociadas individualmente y en las que el consumidor no haya podido participar en su redactado. Evidentemente, quien tenga una hipoteca sabe que la cláusula suelo es una de ellas, puesto que el tipo de interés aplicable al préstamo lo elige la entidad bancaria.

En este caso, siguiendo la misma línea que este Gabinete Jurídico ya seguido en relación a otros casos de abuso de derecho de las entidades bancarias, como la problemática de las participaciones preferentes o de la deuda subordinada, en el que hemos conseguido la estimación de las pretensiones de muchos afiliados, y empezamos ya a ver como se restituye el daño producido; nos ponemos a vuestra disposición para iniciar el procedimiento correspondiente para la restitución de las cantidades abonadas indebidamente a las entidades bancarias a través de la aplicación de la cláusula suelo. 

Meritxell Cabezón Arbat (Abogado del Gabinete Jurídico)



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

Edita: Gabinet Jurídic de la UGT de Catalunya

Disseny/maquetació: Juan A. Zamarripa/Secretaria d'Organització de la UGT de Catalunya