

AUDIENCIA NACIONAL - SALA DE LO SOCIAL

N.I.G.: 28079 24 4 2012 0000337 M 00810

AUTOS Nº : DEMANDA , 0000322 /2012

Sobre : CONFLICTO COLECTIVO

Auto 16/2013

A U T O

EXCMO. SR.

PRESIDENTE:

RICARDO BODAS MARTÍN

ILMOS. SRES.

MAGISTRADOS:

MANUEL POVES ROJAS

MARÍA CAROLINA SAN MARTÍN MAZZUCCONI

En MADRID, a uno de Marzo de dos mil trece.

Dada cuenta, examinadas las actuaciones, habiendo sido Ponente el Ilmo.Sr. Magistrado Ponente MARÍA CAROLINA SAN MARTÍN MAZZUCCONI procede dictar resolución con arreglo a los

siguientes

HECHOS

PRIMERO.- CETARSA es una sociedad mercantil constituida en virtud del Real Decreto 573/1987, de 10 de abril, sometida al

derecho privado, estando su accionariado repartido entre la entidad pública SEPI que cuenta con un 79,18% de participación, y UREX (sociedad participada por el Grupo multinacional Imperial Tobacco), con el 20,82% restante.

SEGUNDO.- La empresa cuenta con centros de trabajo en Cáceres

(Talayuela, Naval Moral de la Mata, Jaraiz y Jarandilla de la

Vega), Granada (Fuente Vaqueros) y en Madrid; en los que prestan servicios 446 trabajadores, de los que 86 son fijos y

360 están vinculados mediante contrato de trabajo fijo discontinuo.

TERCERO.- La empresa cuenta con convenio colectivo propio, el

X Convenio Colectivo de la Compañía Española de Tabaco en Rama, SA (2011-2014) (BOE de 30 de enero de 2012).

Su art. 37, relativo a las pagas extraordinarias, es del siguiente tenor:

"El pago de las dos pagas extras será el 20 de junio y el 15 de diciembre.

Al personal que hubiera ingresado en la Empresa, se hubiera reincorporado o cesara durante el transcurso del año, se le abonará la paga extra correspondiente, prorrateando su importe entre los días correspondientes al periodo de abono y multiplicándolo por los días trabajados durante ese período.

El periodo de devengo de la paga extra de junio, es del 1 de enero al 30 de junio y el período de devengo de la paga extra de diciembre, es del 1 de Julio al 31 de diciembre".

El art. 41 regula el "plus de asistencia y puntualidad", de la

siguiente forma:

“Se abonará a los trabajadores un Plus de Asistencia y Puntualidad, cuyo importe será de 3,65 euros.

El Plus se devengará día a día por asistencia efectiva y puntual al trabajo. Cuando las faltas de asistencia efectiva o de puntualidad sean tres o más al mes, el trabajador dejará de percibir la totalidad del Plus correspondiente a ese mes, con independencia de lo establecido en el régimen disciplinario. A efectos de lo previsto en el párrafo anterior y como únicas excepciones al criterio general en él establecido, se acuerda el devengo del Plus de asistencia y puntualidad en los siguientes casos:

A) Ausencia del trabajo por lactancia de un hijo menor de nueve meses o por reducción de la jornada normal por esta misma causa.

B) Para acudir al médico de cabecera de la red pública sanitaria, el trabajador de un centro de la Empresa donde no esté establecido el Servicio Médico con capacidad de recetar, con un máximo de dos horas hasta dos veces en el periodo de un mes.

C) Situación de incapacidad temporal por accidente de trabajo.

D) Vacaciones.

E) Por el tiempo imprescindible, los trabajadores de los Centros donde no esté establecido el Servicio Médico y trabaje en turno de mañana, para acudir a los tratamientos de Inyectables.

En función de los horarios de los Centros de Salud y su distancia a la fábrica, se establecerá el tiempo de acuerdo entre la Dirección del Centro y el Comité de Empresa o Delegados de Personal.

El importe de este Plus será satisfecho al trabajador en la nómina mensual.”

El art. 42 regula el “plus de actividad”:

“Los porteros cuando realicen tareas propias de mensajeros y los operarios cuando se les encomienden los siguientes trabajos:

- Ayudante de Responsable de Almacén.*
- Ayudante de Operador de Batido.*
- Ayudante de Operador de Resecado.*
- Seguimiento y Control de cilindros acondicionadores.*
- Pesaje y Control en recepción-compra de tabaco.*
- Pesaje y Control en almacén de tabaco crudo en procesado.*
- Mantenimiento y conservación de jardines.*
- Carga y transporte mediante volquete automotriz (Dumper).*
- Manejo y Control de producción en prensas automáticas de centros de procesado.*

recibirán un plus de 1,35 euros diarios, pagaderas proporcionalmente al tiempo efectivamente trabajado durante el mes en dicha función. El citado plus no será computable a efectos del cálculo de pagas extraordinarias. Los puestos de operarios recogidos en este Artículo, serán ocupados por

trabajadores fijos discontinuos capacitados para realizar esas tareas.”

El art. 43 regula el “plus de nocturnidad”, y reza como sigue:

“El personal que trabaje entre las 22 y las 6 horas percibirá un plus de nocturnidad consistente en el veinticinco por ciento del salario base de su categoría, proporcional al tiempo trabajado durante el citado horario.”

CUARTO.- Existe constituido un Comité Intercentros en la empresa, con 3 miembros de UGT, 3 miembros de CCOO y 1 de USO.

QUINTO.- En el BOE de 14 de julio de 2012 se publicó el Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, entrando en vigor el día 15 de julio de 2012.

SEXTO. - La empresa comunicó en reunión con el Comité Intercentros del día 28 de septiembre de 2012 que procedería a aplicar lo dispuesto en el Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio. En esa misma fecha procedió a comunicar públicamente a toda la plantilla que, de conformidad con los artículos 2 y 3 del RD-Ley 20/2012, se procedería a suprimir la paga extraordinaria de diciembre de 2012, en los conceptos retributivos que forman parte de dicha paga.

SÉPTIMO.- El conflicto afecta a todos aquellos trabajadores que, vinculados a la empresa a la fecha de supresión de la paga extraordinaria de diciembre de 2012 se les aplique esta medida, con independencia de la modalidad de su contrato de trabajo, incluida la fija discontinua.

OCTAVO.- Algunos trabajadores fijos discontinuos tienen reconocida una retribución anual en 2012 inferior a 11.545,20 €, mientras que otros perciben una retribución superior a dicha cifra.

NOVENO.- El 31-10-12 y el 4-12-12 se celebraron los preceptivos procesos de mediación ante el Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje (SIMA), que terminaron sin acuerdo.

DÉCIMO. - El 29-01-2013 se celebró el acto del juicio.

UNDÉCIMO. - El mismo 29-01-2013 se dictó la providencia siguiente:

“Concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia en el procedimiento de conflicto colectivo 322/2012, la Sala ha acordado por unanimidad y cumpliendo lo dispuesto en el art. 163 CE, en relación con los apartados 2 y 3 del art. 5 de la LOPJ y el art. 35.1 de la LO 2/1979, de 3 de octubre, oír a las partes y al Ministerio Fiscal en el plazo común e improrrogable de diez días, para que aleguen lo que a

su derecho convenga sobre la pertinencia de plantear cuestión de constitucionalidad o sobre el fondo de la misma, ya que tenemos dudas sobre la constitucionalidad del art. 2 del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

La duda de constitucionalidad se concreta en que el citado precepto establece la reducción de retribuciones en las cuantías que correspondiera percibir en el mes de diciembre de 2012 como consecuencia de la supresión de la paga o gratificación extraordinaria. Considerando que, como ha aclarado el Tribunal Supremo, las gratificaciones extraordinarias -reguladas en el art. 31 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, como un derecho de los trabajadores-, constituyen una manifestación del salario diferido y se devengan día a día [SSTS 4-4-08 (RJ 2008\1463), 21-4-10 (RJ 2010\2699), 25-10-10 (RJ 2010\8453), 5-11-10 (RJ 2010\8480), 21-12-10 (RJ 2011\400), 10-3-11 (RJ 2011\3415)], y que la disposición controvertida establece la indicada supresión, sin excepción alguna respecto de la parte que ya se hubiera devengado a la fecha de su entrada en vigor, el 15 de julio de 2012, nos planteamos la posibilidad de que la misma esté vulnerando lo dispuesto en el art. 9.3 CE, según el cual la Constitución garantiza la irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales. En la medida en que la norma suprime el derecho de los trabajadores a percibir cuantías ya devengadas, expresamos nuestras dudas sobre su ajuste constitucional.”

DUODÉCIMO. - El 6-02-2013 tuvo entrada el escrito de alegaciones presentado por USO, que obra en autos y se tiene por reproducido.

DECIMOTERCERO. - El 8-02-2013 tuvo entrada el escrito de alegaciones presentado por FITAG-UGT, que obra en autos y se tiene por reproducido.

DECIMOCUARTO. - El 13-02-2013 tuvo entrada el escrito de alegaciones presentado por la Federación Agroalimentaria de Comisiones Obreras, que obra en autos y se tiene por reproducido.

DECIMOQUINTO. - El 14-02-2013 tuvo entrada el escrito de alegaciones presentado por el ABOGADO DEL ESTADO en nombre y representación de la Compañía Española de Tabaco en Rama (CETARSA), que obra en autos y se tiene por reproducido.

DECIMOSEXTO. - El 15-02-2013 tuvo entrada el escrito de alegaciones presentado por el MINISTERIO FISCAL que obra en autos y se tiene por reproducido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De conformidad con lo dispuesto en los

artículos 9, 5 y 67 de la Ley Orgánica 6/85, de 1 de julio, del Poder Judicial, en relación con lo establecido en los artículos 8.1 y 2, g de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, compete el conocimiento del proceso a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

SEGUNDO. - De conformidad con lo previsto en el artículo 97.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, los hechos declarados probados se han deducido de las pruebas siguientes:

-El primero, el segundo, el cuarto y el séptimo no fueron controvertidos.

-El segundo consta en el BOE citado, y obra además como documento 2 adjunto a la demanda de UGT (descripción 3 de autos).

-El quinto consta en el BOE citado.

-El sexto no fue controvertido, y la comunicación se aporta como documento 3 adjunto a la demanda de UGT, reconocido de contrario (descripción 4 de autos).

-El octavo se deduce del documento núm. 1 del ramo de prueba del Abogado del Estado (descripción 38 de autos). La Sala le da valor porque, si bien los actores no reconocieron

aquellos documentos que constituyeran "cálculos", como lo es,

desde luego, la proyección a tiempo completo del salario a tiempo parcial que obra en dicho documento, el dato que del mismo se tiene en cuenta es estrictamente el salario efectivamente cobrado por los trabajadores fijos discontinuos,

sin operar sobre dicha cuantía cálculo alguno.

-El noveno consta en las actas que obran en autos con las descripciones 5 y 24.

-El décimo consta en la correspondiente acta.

-El undécimo se extrae de la citada providencia.

-El duodécimo, el decimotercero, el decimocuarto, el decimoquinto y el decimosexto remiten a los correspondientes

escritos, que obran en autos.

TERCERO. - En el acto del juicio que se refiere en los hechos,

los demandantes se ratificaron en sus escritos de demanda y defendieron que, a pesar de lo dispuesto en el art. 2 del Real

Decreto-Ley 20/2012, no procedía descontar o detraer de la paga extraordinaria en la empresa CETARSA, de devengo semestral a partir del 1 de julio según dispone el art. 37 del

Convenio de aplicación, la parte proporcional de la misma ya

devengada al momento de la entrada en vigor de dicha norma con

rango de ley, lo que ocurrió el 15 de julio de 2012. Y ello porque, de acuerdo con el art. 9.3 CE, no cabe que la supresión opere de modo retroactivo sino solo a partir del 15

de julio, teniendo en cuenta la doctrina jurisprudencial según

la cual las pagas extras se devengan día a día y son salario diferido.

El Abogado del Estado, por el contrario, se opuso a esta pretensión, afirmando que el legislador lo que quería en el art. 2 del Real Decreto-Ley era suprimir la paga extraordinaria con independencia de su devengo, y por ello la suprimía en la cuantía "que corresponda percibir", según expresa la letra del precepto.

El art. 2 del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, dispone lo siguiente:

"Artículo 2. Paga extraordinaria del mes de diciembre de 2012 del personal del sector público.

1. En el año 2012 el personal del sector público definido en el artículo 22. Uno de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado, verá reducida sus retribuciones en las cuantías que corresponda percibir en el mes de diciembre como consecuencia de la supresión tanto de la paga extraordinaria como de la paga adicional de complemento específico o pagas adicionales equivalentes de dicho mes.

2. Para hacer efectivo lo dispuesto en el apartado anterior, se adoptarán las siguientes medidas:

2.1 El personal funcionario no percibirá en el mes de diciembre las cantidades a que se refiere el artículo 22.Cinco.2 de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012 en concepto de sueldo y trienios. Tampoco se percibirá las cuantías correspondientes al resto de los conceptos retributivos que integran tanto la paga extraordinaria como la paga adicional de complemento específico o pagas adicionales equivalentes del mes de diciembre, pudiendo, en este caso, acordarse por cada Administración competente que dicha reducción se ejecute de forma prorrateada entre las nóminas pendientes de percibir en el presente ejercicio a partir de la entrada en vigor de este Real Decretoley.

2.2 El personal laboral no percibirá las cantidades en concepto de gratificación extraordinaria con ocasión de las fiestas de Navidad o paga extraordinaria o equivalente del mes de diciembre del año 2012. Esta reducción comprenderá la de todos los conceptos retributivos que forman parte de dicha paga de acuerdo con los convenios colectivos que resulten de aplicación.

La aplicación directa de esta medida se realizará en la nómina del mes de diciembre de 2012, sin perjuicio de que pueda alterarse la distribución definitiva de la reducción en los ámbitos correspondientes mediante la negociación colectiva, pudiendo, en este caso, acordarse que dicha reducción se ejecute de forma prorrateada entre las nóminas pendientes de percibir en el presente ejercicio a partir de la entrada en vigor de este Real Decreto-ley.

La reducción retributiva establecida en el apartado 1 de este

artículo será también de aplicación al personal laboral de alta dirección, al personal con contrato mercantil y al no acogido a convenio colectivo que no tenga la consideración de alto cargo.

3. La reducción retributiva contenida en los apartados anteriores será de aplicación, asimismo, al personal de las fundaciones del sector público y de los consorcios participados mayoritariamente por las Administraciones que integran el sector público, así como al del Banco de España y personal directivo y resto de personal de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social y de sus entidades y centros mancomunados.

4. Las cantidades derivadas de la supresión de la paga extraordinaria y de las pagas adicionales de complemento específico o pagas adicionales equivalentes de acuerdo con lo dispuesto en este artículo se destinarán en ejercicios futuros a realizar aportaciones a planes de pensiones o contratos de seguro colectivo que incluyan la cobertura de la contingencia de jubilación, con sujeción a lo establecido en la Ley Orgánica 2/2012, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera y en los términos y con el alcance que se determine en las correspondientes Leyes de presupuestos.

5. En aquellos casos en que no se contemple expresamente en su régimen retributivo la percepción de pagas extraordinarias o se perciban más de dos al año se reducirá una catorceava parte de las retribuciones totales anuales excluidos incentivos al rendimiento. Dicha reducción se prorrateará entre las nóminas pendientes de percibir en el presente ejercicio a partir de la entrada en vigor de este Real Decreto-ley.

6. Lo dispuesto en los apartados anteriores no será de aplicación a aquellos empleados públicos cuyas retribuciones por jornada completa, excluidos incentivos al rendimiento, no alcancen en cómputo anual 1,5 veces el salario mínimo interprofesional establecido en el Real Decreto 1888/2011, de 30 de diciembre.

7. El presente artículo tiene carácter básico dictándose al amparo de lo dispuesto en los artículos 149.1.13.^a y 156.1 de la Constitución.”

Está claro, pues, que esta disposición suprime la percepción de la paga extraordinaria del mes de diciembre del año 2012 para el personal laboral del sector público, puesto que así lo establece expresamente. Y lo hace a partir de su entrada en vigor, lo que ocurre al día siguiente a su publicación oficial, es decir el 15 de julio de 2013. Nada precisa el legislador sobre excepciones por derechos ya devengados, y en este sentido, como ya expusimos, el Abogado del Estado defendió que estamos ante una clara voluntad de no abonar la paga extraordinaria, se hubiera devengado o no.

Coincidimos con la Abogacía del Estado en que el legislador es plenamente consciente de la posibilidad de que haya comenzado a devengarse la paga extraordinaria cuya percepción suprime, puesto que indica expresamente que la medida afecta a cuantías "que corresponda percibir", en tiempo verbal no condicional, admitiendo así que el derecho ya se ha generado, no obstante lo cual cierra la puerta a su abono. Y, en cualquier caso, es absolutamente contundente cuando, sin matiz alguno, expresa que el personal laboral no percibirá las cantidades en concepto de paga extraordinaria de diciembre de 2012. Desde esta perspectiva, que es la literalmente ofrecida por el legislador, no es posible interpretar el art. 2 del Real Decreto-Ley considerando que cabe abonar aquella parte de la paga extraordinaria de diciembre que ya se hubiera devengado a la fecha de entrada en vigor de la norma con rango de ley. Semejante lectura se aparta de la dicción legal, que es meridianamente clara y rotunda. La aplicación de la norma al caso concreto daría lugar, a nuestro juicio, a declarar que en absoluto cabe abonar cuantía alguna en concepto de paga extraordinaria de diciembre, por mucho que ya se hubiera devengado la parte proporcional a catorce días (desde el 1 de julio al 14). Pero, atendiendo a la consolidada jurisprudencia según la cual las pagas extraordinarias son salario diferido que se devenga día a día, ello parecía confrontarnos con lo dispuesto en el art. 9.3 CE, que garantiza la irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales y la seguridad jurídica, puesto que se estaría suprimiendo el derecho ya generado a percibir la parte proporcional de la paga extraordinaria devengada antes de la entrada en vigor de la norma con rango de ley. Por tanto, planteándose la posibilidad de que el art. 2 del Real Decreto-Ley 20/2012, cuando establece la supresión de la paga extraordinaria de diciembre de 2012 para el personal laboral del sector público, fuera contrario al art. 9.3 CE, el escenario pasó a ser el descrito en el art. 163 CE. Este precepto establece una obligación para los órganos judiciales, de modo que ***"Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de Ley, aplicable al caso, de***

cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la Ley, que en ningún caso serán suspensivos”.

Dicha obligación constitucional se reitera en el art. 5.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y en la misma dirección el art. 35.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, determina que ***“cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión de constitucionalidad con sujeción a lo dispuesto en dicha ley”.***

El art. 5.3 de la citada Ley Orgánica del Poder Judicial matiza el mandato del art. 163 CE, al establecer que procederá el planteamiento de la cuestión de constitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional. En este caso, mantenemos que la ya referida claridad del art. 2 del Real Decreto-Ley 20/2012, impide sortear la cuestión por vía interpretativa, puesto que la “acomodación” de la misma al ordenamiento constitucional exigiría, a nuestro juicio, ignorar la intención y dicción del legislador y redibujar el contenido normativo, estableciendo excepciones que en modo alguno están contempladas; tarea de depuración que sólo correspondería, en su caso, al Tribunal al que nos dirigimos. Por tanto, no compartimos la posición defendida por CCOO en sus alegaciones, que mantiene la actual posibilidad de aplicar la supresión de la paga extraordinaria tan solo respecto de la cuantía devengada a partir del 15 de julio de 2012, y en cambio coincidimos con lo defendido por USO, UGT y el Abogado del Estado a este respecto. En efecto, la doctrina constitucional ha señalado en numerosas ocasiones que la cuestión de constitucionalidad no es un medio concedido a los órganos judiciales para la depuración abstracta del ordenamiento jurídico, sino que representa un instrumento procesal puesto a disposición de aquéllos para conciliar la doble obligación de su sometimiento a la ley y a la Constitución, subrayándose que esta configuración explica el carácter de control concreto de constitucionalidad de las leyes que la cuestión promovida por Jueces y Tribunales tiene

en nuestro ordenamiento y da sentido tanto a los requisitos que los arts. 163 CE y 35 LOTC imponen para la admisión de las

cuestiones de constitucionalidad como a la rigurosa e indispensable verificación que el Tribunal Constitucional ha

de realizar respecto al adecuado cumplimiento de tales requisitos (por todos, ATC 203/1998, de 29 de septiembre).

De este modo el Tribunal Constitucional, estudiando los requisitos exigibles para que se actualice la obligación judicial de plantear cuestión de constitucionalidad, en sentencia 58/2004 ha subrayado, apoyándose en su sentencia 173/2002, de 9 de octubre, que **"los órganos jurisdiccionales**

no pueden fiscalizar las normas postconstitucionales con rango de ley (STC 73/2000, de 14 de marzo, FJ 16), dado que el

constituyente ha querido sustraer al juez ordinario la

posibilidad de inaplicar una ley ante un eventual juicio de incompatibilidad con la Constitución (STC 17/1981, de 1 de

junio, FJ 1). La depuración del ordenamiento legal, vigente la

Constitución, corresponde de forma exclusiva al Tribunal Constitucional, que tiene la competencia y la jurisdicción

para declarar, con eficacia erga omnes, la

inconstitucionalidad de las leyes, tanto más cuanto en un

sistema democrático la Ley es expresión de la voluntad popular

-como se declara en el Preámbulo de nuestra Constitución- y es

principio básico del sistema democrático y parlamentario hoy

vigente en España (por todas, SSTC 73/2000, de 14 de marzo, FJ

4; 104/2000, de 13 de abril, FJ 8; y 120/2000, de 10 de mayo,

FJ 3)", señalando a continuación que "forma parte, sin duda,

de las garantías consustanciales a todo proceso judicial en

nuestro Ordenamiento el que la disposición de ley que, según

el juzgador, resulta aplicable en aquél no pueda dejar de

serlo, por causa de su posible invalidez, sino a través de la

promoción de una cuestión de inconstitucionalidad mediante

resolución motivada (Art. 163 CE) y con la audiencia previa

que prescribe el Art. 35 LOTC", de modo que el hecho de

"ignorar estas reglas, constitucionales y legales, supone, en

definitiva, no sólo menoscabar la posición ordinamental de la

ley en nuestro Derecho y soslayar su singular régimen de

control, sino privar también al justiciable de las garantías

procedimentales (como el de la previa audiencia, a que nos

acabamos de referir), sin cuyo respeto y cumplimiento la ley

aplicable al caso no puede dejar de ser, en ningún supuesto,

inaplicada o preterida".

Así pues, el requisito constitutivo para que el órgano

judicial esté obligado a plantear cuestión de

constitucionalidad, es que la norma cuyo ajuste

constitucional

se cuestione sea determinante para el resultado del

litigio,

siendo este un criterio reiterado y pacífico en la doctrina

constitucional (por todas, STC 213/2009). Esta exigencia se

subraya en ATC 24-04-2001, donde se vino a sostener que **"el**

constituyente ha colocado la vía del enjuiciamiento de la constitucionalidad que ahora nos ocupa en estrecha relación con un proceso en el que la aplicación de la norma cuestionada sea necesaria, hasta el punto de que de su validez dependa el fallo que ha de recaer (AATC 945/1985, 107/1986, 723/1986, 50/1989 y 438/1990)" (ATC 57/1999, de 9 de marzo, FJ 2, y, en el mismo sentido, ATC 293/2000, de 12 de diciembre, FJ 2). Como ya razonamos, en este caso, dado que una de las pretensiones formuladas en las demandas es, justamente, que se mantenga incólume la percepción de la parte ya devengada de la paga extraordinaria de diciembre de 2012 a pesar de lo dispuesto en el art. 2 del Real Decreto-Ley 20/2012, estamos claramente ante un precepto cuya validez resulta determinante para el resultado del litigio, y que no admite una interpretación que lo acomode al texto constitucional.

CUARTO. - En la providencia dictada por esta Sala el 29-01-2013, reproducida en el hecho undécimo, dimos audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal, de conformidad con lo dispuesto en el art. 35.2 de la LO 2/1979, de 3 de octubre, al plantearnos dudas sobre el art. 2 del Real Decreto-Ley 20/2012, en lo relativo a la supresión de la paga extraordinaria del mes de diciembre de 2012 para el personal laboral del sector público, incluyendo lo ya devengado, lo que podría vulnerar el art. 9.3 CE. El Ministerio Fiscal informó favorablemente a la concurrencia de los requisitos exigidos para el planteamiento de la presente cuestión, sin entrar en su fondo. Los sindicatos demandantes defendieron la inconstitucionalidad de la norma controvertida -con el matiz introducido por CCOO respecto de una posible interpretación del art. 2 del Real Decreto-Ley tan solo pro futuro-, y el Abogado del Estado su pleno ajuste constitucional. Tras estudiar los citados escritos, la Sala considera que la duda subsiste, en los términos que se exponen a continuación de modo detallado.

QUINTO. - Partimos de la conocida doctrina del Tribunal Constitucional sobre el fundamento y alcance de la prohibición de retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, prevista en el art. 9.3 CE. De modo reiterado se ha precisado (por todas, en STC 112/2006, de 5-4-06), *"que la interdicción*

absoluta de cualquier tipo de retroactividad conduciría a situaciones congeladoras del ordenamiento contrarias al art. 9.2 CE (por todas, SSTC 6/1983, de 4 de febrero [RTC 1983, 6] , F. 3, y 126/1987, de 16 de julio [RTC 1987, 126] , F. 11) y que dicha regla de irretroactividad no supone la imposibilidad de dotar de efectos retroactivos a las Leyes que colisionen con derechos subjetivos de cualquier tipo, sino que se refiere a las limitaciones introducidas en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas o en la esfera general de protección de la persona (por todas, STC 42/1986, de 10 de abril [RTC 1986, 42] , F. 3). Por otra parte, lo que se prohíbe es la retroactividad, entendida como incidencia de la nueva Ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la retroactividad, sino al de la protección que tales derechos, en el supuesto de que experimenten alguna vulneración, hayan de recibir (por todas, SSTC 42/1986, de 10 de abril, F. 3, y 97/1990, de 24 de mayo [RTC 1990, 97] , F. 4). El precepto constitucional, de este modo, no permitiría vigencias retroactivas que produzcan resultados restrictivos o limitaciones de los derechos que se habían obtenido en base a una legislación anterior (STC 97/1990, de 24 de mayo, F. 5), aunque, sin embargo, la eficacia y protección del derecho individual –nazca de una relación pública o de una privada– dependerá de su naturaleza y de su asunción más o menos plena por el sujeto, de su ingreso en el patrimonio del individuo, de manera que la irretroactividad sólo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, futuros, condicionados y expectativas [por todas, SSTC 99/1987, de 11 de junio (RTC 1987, 99) , F. 6 b), o 178/1989, de 2 de noviembre (RTC 1989, 178) , F. 9], de lo que se deduce que sólo puede afirmarse que una norma es retroactiva, a los efectos del art. 9.3 CE, cuando incide sobre «relaciones consagradas» y afecta a «situaciones agotadas» [por todas, STC 99/1987, de 11 de junio (RTC 1987, 99) , F. 6 b)].

Resulta relevante, igualmente, para el caso que nos ocupa, recordar que hemos establecido (por todas, SSTC 126/1987, de 16 de julio [RTC 1987, 126] , F. 11, y 182/1997, de 28 de octubre [RTC 1997, 182] , F. 11) una distinción entre aquellas disposiciones legales que con posterioridad pretenden anudar efectos a situaciones de hecho producidas o desarrolladas con anterioridad a la propia Ley, y ya consumadas, que hemos denominado de retroactividad auténtica, y las que pretenden incidir sobre situaciones o relaciones jurídicas actuales aún no concluidas, que hemos llamado de retroactividad impropia. En el primer supuesto –retroactividad auténtica– la prohibición de retroactividad operaría

plenamente y sólo exigencias cualificadas del bien común podrían imponerse excepcionalmente a tal principio. En el segundo –retroactividad impropia– la licitud o ilicitud de la disposición resultaría de una ponderación de bienes llevada a cabo caso por caso teniendo en cuenta, de una parte, la seguridad jurídica y, de otra, los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento jurídico, así como las circunstancias concretas que concurren en el caso”.

Somos, pues, plenamente conscientes del espíritu restrictivo

que impregna la interpretación del art. 9.3 CE, que queda perfectamente plasmado en la STC de 20-4-09 (RTC 2009/89), según la cual *“el principio de irretroactividad de las Leyes consagrado en el art. 9.3 de la Constitución, concierne sólo a las sancionadoras no favorables y a las restrictivas de derechos individuales, en el sentido que hemos dado a esta expresión (SSTC 27/1981, de 20 de julio [RTC 1981, 27] , F. 10; 6/1983, de 4 de febrero [RTC 1983, 6] , F. 2; 150/1990, de 4 de octubre [RTC 1990, 150] , F. 8; 173/1996, de 31 de octubre [RTC 1996, 173] , F. 3), a saber, que la “restricción de derechos individuales” ha de equipararse a la idea de sanción, por lo cual, el límite de dicho artículo hay que considerarlo como referido a las limitaciones introducidas en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas (del título I de la Constitución) o en la esfera general de protección de la persona (STC 42/1986, de 10 de abril [RTC 1986, 42] , F. 3). Ello hace inviable la invocación de esta norma para afirmar el respeto debido a unas situaciones jurídicas que, si hubieran de identificarse como pretensiones tuteladas por la norma en cuestión, no tendría otros titulares que los entes públicos (en idénticos términos, STC 99/1986, de 11 de julio [RTC 1986, 99] , F. 11)».*

Con este marco, lo primero que ha de despejarse es si estamos

ante un derecho individual en el sentido apuntado por el Tribunal Constitucional desde esa consideración restrictiva,

lo que entendemos que merece una respuesta positiva.

Los derechos retributivos pertenecen a esa esfera general de

protección de la persona, en concreto consagrados en el art.

35 CE cuando dispone que *“1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo. 2. La Ley regulará un Estatuto de los Trabajadores”.*

El texto constitucional está reconociendo el derecho a la

remuneración suficiente, lo que en principio se correspondería tan solo con la cuantía del Salario Mínimo Interprofesional, tal como defiende el Abogado del Estado en sus alegaciones. Sin embargo, el art. 35.1 CE también alude al derecho al trabajo, siendo una de las notas esenciales de este último su carácter remunerado (art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores). Si no hay servicios retribuidos no hay trabajo en sentido técnico jurídico, y dicha retribución viene recogida en el art. 26.1 del Estatuto de los Trabajadores como

“la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los períodos de descanso computables como de trabajo”. Igualmente, el art. 35.1 CE reconoce el derecho a la promoción a través del trabajo, que nos vuelve a llevar al Estatuto de los Trabajadores, en cuyo art. 25 se regula la “Promoción económica”, según la cual ***“1. El trabajador, en función del trabajo desarrollado, podrá tener derecho a una promoción económica en los términos fijados en convenio colectivo o contrato individual. 2. Lo dispuesto en el número anterior se entiende sin perjuicio de los derechos adquiridos o en curso de adquisición en el tramo temporal correspondiente”.*** Finalmente, el art. 35.2 CE encomienda al legislador ordinario la regulación de un Estatuto de los Trabajadores, lo que no solo refuerza de modo decisivo el anclaje constitucional de los arts. 1.1, 25 y 26.1 del citado

Estatuto, sino que lo extiende a toda la sección IV de esta norma ordinaria, relativa a “Salarios y garantías salariales”,

en cuyo art. 31 sobre “gratificaciones extraordinarias”, se reconoce que ***“El trabajador tiene derecho a dos gratificaciones extraordinarias al año, una de ellas con ocasión de las fiestas de Navidad y la otra en el mes que se fije por convenio colectivo o por acuerdo entre el empresario y los representantes legales de los trabajadores. Igualmente se fijará por convenio colectivo la cuantía de tales gratificaciones. No obstante, podrá acordarse en convenio colectivo que las gratificaciones extraordinarias se prorrateen en las doce mensualidades”.*** -La regulación del salario contenida en el Estatuto de los Trabajadores, incluido

su art. 31, es de aplicación en el caso que nos ocupa, por cuanto el art. 27 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, establece que ***“las retribuciones del personal laboral se determinarán de acuerdo con la legislación laboral, el convenio colectivo que sea***

aplicable y el contrato de trabajo, respetando en todo caso lo establecido en el artículo 21 del presente Estatuto”, precepto este último que vincula las retribuciones a los límites fijados en las Leyes de Presupuestos-.

En coherencia con esta concepción de la retribución como derecho que pertenece a la esfera general de protección de la persona más allá de su estricta cuantía mínima interprofesional, el Tribunal Constitucional ha venido admitiendo con naturalidad su encaje en el supuesto de hecho del art. 9.3 CE, incluso ante normas que, como la ahora analizada, se inspiran en la finalidad de contención del gasto público mediante la reducción retributiva. Así puede verse, por ejemplo, en su Sentencia de 15-12-05 (RTC 2005/330), en la que niega que la regulación de la retribución para el personal de una Administración autonómica vulnere el art. 9.3 CE pero por motivos distintos a su consideración como derechos individuales a los que alude el precepto. Y, con toda claridad, en el Auto 162/2012, de 13-9-12, rechaza que la reducción de retribuciones impuesta legalmente afecte al art. 9.3 CE pero no por no tratarse de derechos individuales protegibles sino por no poseer efectos retroactivos, dado que *“afecta a derechos económicos aún no devengados por corresponder a mensualidades en las que aún no se ha prestado el servicio y, en consecuencia, no se encuentran incorporados al patrimonio de los trabajadores al servicio de la fundación pública demandada en el proceso a quo . No cabe, por tanto, hablar de retroactividad, al tratarse de una regulación pro futuro”*. Es decir que, si la reducción retributiva afectara a derechos ya devengados, podría desplegar efectos sobre ella el principio de interdicción de retroactividad, tal como sugiere el Tribunal en este mismo pronunciamiento: *“Cuestión distinta es que la fundación canaria Sagrada Familia haya podido, acaso, aplicar la norma cuestionada con efectos retroactivos, proyectando la reducción salarial del 5 por 100 no sólo a los salarios devengados por sus trabajadores a partir de enero de 2011, sino también respecto de las retribuciones ya percibidas por aquéllos desde el mes de junio de 2010 al mes de diciembre de 2010 (ambos inclusive), reduciendo en las nóminas del año 2011 tanto el importe de la rebaja salarial del 5 por 100 en las retribuciones correspondientes a este año, como el correspondiente al periodo de junio a diciembre de 2010. Pero tal actuación de la fundación pública en modo alguno justifica el reproche de inconstitucionalidad que el órgano judicial promotor de la cuestión dirige al legislador autonómico. La*

tacha de inconstitucionalidad que el órgano judicial aprecia en su Auto de planteamiento de la cuestión (infracción del principio de irretroactividad proclamado por el art. 9.3 CE) sería imputable, en su caso, a la interpretación que la fundación pública demandada en el proceso a quo haya hecho de lo dispuesto en el art. 33.2 de Ley 11/2010, pero no a este precepto, que carece de efectos retroactivos”.

En definitiva, pues, consideramos que se cumple el presupuesto básico del art. 9.3 CE, que es que nos encontremos ante derechos individuales amparables por el principio de interdicción de retroactividad.

SEXTO. - Seguidamente debe analizarse si el art. 2 del Real

Decreto-Ley 20/2012, al establecer la supresión de la paga extraordinaria de diciembre de 2012 para el personal laboral

del sector público, opera la retroactividad prohibida por el art. 9.3 CE.

Hemos visto que *“la retroactividad prohibida por el art. 9.3 es aquella que incide sobre los efectos jurídicos ya*

producidos al amparo de una norma anteriormente vigente, pero

no sobre los efectos «pro futuro» de una nueva norma (SSTC 27/1981 [RTC 1981\27], 108/1986 [RTC 1986\108] y 227/1988

[RTC 1988\227], entre otras)-“ (STC 17/1999, de 22-2-99), debiendo distinguirse de los efectos que la nueva norma pueda

tener sobre derechos no consolidados, no asumidos e integrados

en el patrimonio del sujeto, por tratarse de derechos pendientes, futuros, condicionados o bien meras expectativas

de derecho (SSTC 99/1987, de 11 de junio (RTC 1987, 99) , F.

6 b), 178/1989, de 2 de noviembre (RTC 1989, 178) , F. 9].

Sólo puede afirmarse que *“una norma es retroactiva, a los efectos del art. 9.3 CE, cuando incide sobre ‘relaciones*

consagradas’ y afecta a ‘situaciones agotadas” [SSTC 99/1987,

de 11 de junio, F. 6 b), 227/1988, de 29 de noviembre; 27/1981, de 20 de julio, F. 10; 182/1997, de 28 de octubre, F.

11.d); 234/2001, de 13 de diciembre, F. 8; 100/2012, de 8 de mayo, F. 10].

Lo que hemos de preguntarnos entonces es si el derecho a la paga extraordinaria de diciembre de 2012 estaba ya consolidado, asumido e integrado en el patrimonio de los trabajadores cuando entró en vigor el Real Decreto-Ley 20/2012, o, por el contrario, se trataba nada más que de una

expectativa de derecho, o un derecho futuro o condicionado. La regulación legal de las pagas extraordinarias no ofrece una

respuesta a este interrogante, puesto que, en lo que aquí

interesa, se limita a fijar el momento de su percepción. Es el

Tribunal Supremo el que, a través de su jurisprudencia, configura la paga extra como de devengo diario y cobro aplazado.

Así, en la STS 4-4-08 (rec. unif. doctr. núm. 575/2007), se mantiene que las pagas extraordinarias ***“son de devengo diario y forman parte del salario, conforme a lo establecido en el artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores”***. En las SSTS 21-4-10 (rec. unif. doctr. núm. 479/2009), 25-10-10 (rec. unif.

doctr. núm. 1052/2010), 4-11-10 (rec. unif. doctr. 3380/2009),

5-11-10 (rec. unif. doctr. núm. 3210/2009), y 21-12-10 (rec.

unif. doctr. núm. 1057/2010), se indica que ***“Las gratificaciones extraordinarias constituyen una manifestación del llamado salario diferido, se devengan día a día, aunque su vencimiento tiene lugar en determinados meses del año, y su importe debe equipararse al salario regularmente percibido por el trabajador, salvo que por norma convencional de carácter prioritario se establezcan exclusiones, o bien, importes***

específicos”. Por su parte, la STS 10-3-11 (rec. unif. doctr.

núm. 1950/2010), sostiene que ***“la parte proporcional de las***

pagas extraordinarias devengadas y no cobradas tienen la cualidad jurídica de salario diferido (...). La liquidación de la parte proporcional de las pagas extras procede de manera inmediata en el momento de la terminación del contrato de trabajo, sean cuales fueren las circunstancias del período de tramitación de un eventual posterior proceso de despido. (...)

El título jurídico del derecho a la percepción, sea íntegra sea parcial, de las pagas o gratificaciones extraordinarias es el trabajo desarrollado durante la vida del contrato de trabajo.”

El Abogado del Estado, en sus brillantes alegaciones, discute

que quepa tomar como parámetro de la inconstitucionalidad del

Real Decreto-Ley 20/2012 una determinada interpretación jurisprudencial de un precepto legal, y sostiene que en el art. 2 de dicha norma ***“late una concepción normativa del devengo puntual en el momento del pago de las gratificaciones***

extraordinarias, distinta de la que resulta de la jurisprudencia sobre la materia”.

Ciertamente la Sala se ha planteado si la posible inconstitucionalidad del art. 2 del Real Decreto-Ley 20/2012

puede operar tomando como referencia un criterio jurisprudencial, y llegó a la conclusión de que la configuración normativa del derecho a las pagas extraordinarias, se ve acompañada y complementada por su configuración jurisprudencial, hasta el punto de que no cabe

abstraer el art. 31 del Estatuto de los Trabajadores de la

interpretación que sobre el mismo ha consolidado el Tribunal Supremo. Y ello por lo siguiente:

En primer lugar, no estamos ante un pronunciamiento aislado de un Tribunal menor, sino ante estricta jurisprudencia, respecto de la que el art. 1.6 del Código Civil establece que **“complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la Ley, la costumbre y los principios generales del derecho”**. No se trata, pues, de una norma fuente del Derecho, pero sí de un elemento que complementa inescindiblemente el ordenamiento jurídico, siendo su valor como tal tan intenso que el Código Civil lo contempla dentro de su Capítulo I del Título Preliminar, que regula las Fuentes del Derecho, y no en su Capítulo II, dedicado a la Aplicación de las Normas Jurídicas. En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional atribuye a la jurisprudencia **“valor normativo complementario”** [SSTC de 28 de noviembre de 1994 (RTC 1994/318); de 24 de enero de 1995 (RTC 1995/17); de 6 de febrero de 1995 (RTC 1995/31)].

Tampoco conviene olvidar que la jurisprudencia a la que nos referimos en este caso concreto, se vierte, además, en el marco de recursos de casación para la unificación de doctrina.

Sobre estos, el Tribunal Constitucional ha mantenido de modo reiterado que **“el texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral introduce esa modalidad casacional para la unificación de doctrina, cuya finalidad sólo resulta inteligible si se define qué sea esa doctrina. Este sustantivo adjetivado como «ilegal» aparece en la Ley de Enjuiciamiento Civil en 1881 como elemento adicional para configurar la infracción de Ley, una de las causas de la casación, desapareciendo un siglo después, aun cuando permanezca con otro nombre, infracción de la jurisprudencia (art. 1692.5 LECiv, redactado por la Ley 34/1984). La doctrina legal fue recogida luego tanto explícita como implícitamente en lo contencioso-administrativo, como se dijo más arriba, y en lo social, eliminándose en ambas la adjetivación. La doctrina, se apellide legal o no, es, en definitiva, la jurisprudencia que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho, con un valor normativo complementario (art. 1.6 CC). El recurso para su unificación devuelve a la casación su prístino significado, como salvaguardia de la pureza de la Ley más que en interés de los litigantes, sirviendo al principio de igualdad en su aplicación y a la seguridad jurídica, al tiempo que dota de contenido real a la supremacía de su autor, configurada constitucionalmente (art. 123 CE)”**. [SSTC de 28 de

noviembre de 1994 (RTC 1994/318); de 24 de enero de 1995 (RTC 1995/17); de 6 de febrero de 1995 (RTC 1995/31)]. En definitiva, el criterio del Tribunal Supremo sobre el devengo diario de la paga extraordinaria se alza con valor normativo complementario, salvaguardando la pureza de la Ley, de modo que forma una unidad con la misma como parámetro de la inconstitucionalidad del art. 2 del Real Decreto-Ley 20/2012.

Por supuesto que esto no implica en absoluto negar al legislador la potestad de corregir esta interpretación jurisprudencial si así lo estima oportuno. Por ejemplo, si considera que en el sector público el devengo de las pagas extraordinarias del personal laboral no es diario, como mantiene el Tribunal Supremo, sino que coincide puntualmente con el momento de su abono, claro que puede disponerlo en este sentido. Con independencia de la valoración jurídica que pudiera merecer esta opción legislativa, lo que sería evidente es que, una vez conscientemente adoptada por el legislador, ya no habría elementos para sustentar la duda de constitucionalidad que aquí planteamos. Sin embargo, nada en la norma da idea de que con el art. 2 del Real Decreto-Ley 20/2012 se pretenda revocar o corregir la consolidada doctrina jurisprudencial sobre las pagas extraordinarias, no siendo en absoluto suficiente a estos efectos, por elementales razones de seguridad jurídica, el que así se deduzca simplemente por la fecha de entrada en vigor de la norma con rango de ley. En el caso que nos ocupa, si la norma hubiera entrado en vigor tan solo catorce días antes, o hubiera suprimido la paga extra de diciembre de 2013, nadie plantearía que en ella "late una concepción normativa del devengo puntual en el momento del pago de las gratificaciones extraordinarias". El supremo principio constitucional de la interdicción de retroactividad previsto en el art. 9.3 CE, no puede quedar neutralizado en virtud de una presunta voluntad tácita del legislador, ni siquiera insinuada, sino meramente adivinada por la Abogacía del Estado.

En conclusión, estamos ante un derecho que se genera día a día, incorporándose como tal al acervo patrimonial de los trabajadores. En el caso examinado, al ser la paga extra de diciembre de 2012 de devengo semestral a partir del 1 de

julio, por disponerlo así el Convenio colectivo de aplicación, a la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-Ley 20/2012 ya se había devengado y generado el derecho a la parte proporcional a catorce días de trabajo, que, sin embargo y sin matices, el art. 2 de la norma con rango de ley directamente suprime, operando una retroactividad auténtica o de grado máximo.

SÉPTIMO.- Identificada la retroactividad que despliega el art.

2 del Real Decreto-Ley 20/2012, el siguiente paso es analizar

si, aún siendo de grado máximo, carece realmente de justificación habilitante, puesto que, como ya se expuso, el

Tribunal Constitucional viene admitiendo que en el caso de la

retroactividad auténtica -la que anuda efectos a situaciones

de hecho producidas o desarrolladas con anterioridad a la propia Ley, y ya consumadas-, ***“la prohibición de***

retroactividad operaría plenamente y sólo exigencias

cualificadas del bien común podrían imponerse excepcionalmente

a tal principio” (por todas, STC de 19 de noviembre de 1992, RTC 1992/197).

La Abogacía del Estado conecta el bien común y el interés general con la exigencia de fuertes ajustes presupuestarios provocados por la situación de crisis que asola a nuestro país. La necesidad de reducir el déficit público, que inspira

al Real Decreto-Ley 20/2012, constituiría ese objetivo de procurar el bien común y proteger el interés general, que permitiría exceptuar la interdicción de retroactividad contenida en el art. 9.3 CE.

La Sala comparte sin matices la preocupación por la situación

crítica que vive el país. Nadie se atrevería a poner en duda

que, si el gasto público es insostenible, deben buscarse fórmulas eficientes para su control. Las alegaciones del Abogado del Estado destacan la difícil situación plasmada en

el preámbulo del Real Decreto-Ley 20/2012, en los últimos Informes del Banco de España, en el Libro Amarillo de Presentación de los Presupuestos Generales del Estado de 2012,

en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2012, en

las comparecencias del Ministro de Hacienda y Administraciones

Públicas, y en Autos recientes del propio Tribunal Constitucional. Sin duda vivimos una situación altamente inquietante y de dimensiones extraordinarias, que

probablemente justifique medidas restrictivas de derechos como aquellas a las que venimos asistiendo en los últimos tiempos, pero que no abre la puerta, sin más, a que esas restricciones operen de modo retroactivo.

A nuestro juicio, la excepción introducida a la literal prohibición de retroactividad que consagra el art. 9.3 CE ha de ser interpretada de modo absolutamente restrictivo. En primer lugar, porque se trata, justamente, de una excepción, que como tal no puede albergar una concepción amplia de los supuestos que comprende. En segundo lugar, porque es una excepción configurada por el Tribunal Constitucional como expresamente restrictiva, lo que añade un plus reduccionista en este sentido. En efecto, se alude a “exigencias cualificadas” del bien común, de modo que de ningún modo cabe entenderla extensible a toda medida de interés general. Y el Tribunal no solo lo dice sino que así también lo aplica, ponderando seria y cuidadosamente la mella que la retroactividad supone sobre la seguridad jurídica de los ciudadanos. Así, admite que, aunque ***“no cabe considerar, pues, con carácter general, subsumidas las normas fiscales en aquellas a las que se refiere expresamente el citado art. 9.3 C.E.”***, sin embargo, ello ***“no supone de ninguna manera mantener, siempre y en cualquier circunstancia, su legitimidad constitucional, que puede ser cuestionada cuando su eficacia retroactiva entre en colisión con otros principios consagrados en la Constitución (STC 126/1987, fundamento jurídico 9.º), señaladamente, por lo que aquí interesa, el de seguridad jurídica, recogido en el mismo precepto constitucional. La seguridad jurídica, según constante doctrina de este Tribunal, es «suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad, sin perjuicio del valor que por sí mismo tiene aquel principio» (SSTC 27/1981, 99/1987, 227/1988 y 150/1990). Y aun cuando resulta claro, como se advertía en el fundamento jurídico 8.º de la STC 150/1990, que no puede erigirse en valor absoluto, pues ello daría lugar a la congelación o petrificación del ordenamiento jurídico existente (SSTC 6/1983, 99/1987 y 126/1987), consecuencia contraria a la concepción que fluye del propio art. 9.2 C.E, ni debe entenderse tampoco como un derecho de los ciudadanos al mantenimiento de un determinado régimen fiscal (SSTC 27/1981 y 6/1983), «sí protege, en cambio, la confianza de los ciudadanos, que ajustan su conducta económica a la legislación vigente, frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles, ya que la retroactividad posible de las normas tributarias no puede trascender la interdicción***

de la arbitrariedad» (SSTC 150/1990 y 197/1992). (...) Una modificación retroactiva y de tal magnitud de una cuota tributaria ya satisfecha sólo podría reputarse conforme con la Constitución si existieran claras exigencias de interés general que justificaran que el principio de seguridad jurídica, que, insistimos, no es un valor absoluto, debiera ceder ante otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos que, conforme se desprende de cuanto llevamos expuesto, no se aprecian en este caso.”

Nótese que, admitiendo con carácter general la posible retroactividad de las normas tributarias porque no restringen derechos individuales, sin embargo el Tribunal pasa el interés general y el bien común por el fino tamiz de la seguridad jurídica. Si tenemos en cuenta que en nuestro caso la regla general debe ser la irretroactividad de la norma, puesto que sí restringe derechos individuales, parece lógico que el tamiz de la seguridad jurídica se vuelva mucho más fino aún. A nuestro entender, la reducción del déficit público puede justificar muchas cosas, pero no reúne la nota de cualificación absolutamente excepcional que sería necesaria para sacrificar el principio constitucional de seguridad jurídica que sustenta la irretroactividad, en aras del bien común. Es justamente el interés general lo que se ataca cuando se niega, a quienes ya han prestado sus servicios, el derecho a percibir el salario correspondiente. Piénsese que ni siquiera ante un contrato de trabajo que se declarara nulo, cabría negar al trabajador la remuneración pertinente por el trabajo ya prestado (art. 9.2 del Estatuto de los Trabajadores). El bien común que justifica el sacrificio de la irretroactividad -sustentada, como decimos, en la seguridad jurídica-, ha de tender a identificarse con los grandes valores que cohesionan a la sociedad, puesto que debe confrontarse con valores de igual talla. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha conectado el bien común con los derechos fundamentales de los ciudadanos (STC de 12 de diciembre de 2007, RTC 2007/247), y ha negado su concurrencia ante *“una actuación legislativa que no era razonablemente previsible para los agentes destinatarios de la norma, dañando la confianza con la que desarrolló su actividad económica”,* sin que la hipotética finalidad de evitar el enriquecimiento injusto pueda considerarse una especial circunstancia *“de interés general que resulte prevalente a las exigencias derivadas de los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad”* (STC de 18 de mayo de 2009,

RTC 2009/116). Tampoco ha apreciado que estuviera justificada en el interés general la retroactividad de una modificación del régimen de encuadramiento en la Seguridad Social de un colectivo de trabajadores, por mucho que ello contribuyera a la claridad y sencillez del sistema, a la facilidad de su gestión y a la continuidad del aseguramiento (STC de 20 de abril de 2009, RTC 2009/89). Volviendo los ojos a las Instituciones comunitarias, a cuyas exigencias de reducción del déficit se supone que España responde con este tipo de normas, encontramos que el Parlamento Europeo tiene también una concepción elevada de lo que representa el interés general. Así, la Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2011, sobre el futuro de los servicios sociales de interés general (2009/2222(INI)) (2013/C 33 E/07), alude a los servicios prestados **“con miras a**

mejorar la calidad de vida de todos; que desempeñan una función preventiva y de cohesión e inclusión sociales y contribuyen a los derechos fundamentales proclamados en la Carta Europea de los Derechos Fundamentales y en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”.

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos apunta a un interés general cualificado cuando mantiene que **“si, en principio, no se impide al poder legislativo el reglamentar en materia civil mediante nuevas disposiciones con efecto retroactivo, sobre derechos que se derivan de las leyes en vigor, el principio de la preeminencia del derecho y la noción de proceso justo consagrados por el artículo 6 se oponen, salvo por motivos imperiosos de interés general, a la injerencia del poder legislativo en la administración de la justicia con el fin de influir en el desenlace judicial del litigio (Sentencias anteriormente citadas Refinerías griegas Stran y Stratis Andreadis pg. 82, ap. 49 y Papageorgiou, pg. 2288, ap. 37, National Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society y Yorkshire Building Society pg. 2363, ap. 112)”. En su opinión, “el riesgo financiero denunciado por el Gobierno (apartado 53 supra), y expresamente señalado por el Consejo Constitucional para motivar su decisión (apartado 26 supra), no podría permitir, en sí mismo, que el legislador sustituya, tanto a las partes del convenio colectivo, como a los Jueces, para solucionar el litigio”** (STEDH de 28 de octubre de 1999, Caso Zielinski y Pradal & Gonzalez y otros contra Francia). Especialmente clarificadora es la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6-10-05 (Caso Draon contra Francia), que conoce de un caso en que el Gobierno introduce

una regulación que opera retroactivamente respecto de un criterio jurisprudencial, fundándola en *“unos motivos de interés general que competen a tres ámbitos: el ético, y concretamente la necesidad de pronunciarse sobre una elección fundamental de la sociedad, la equidad y la buena organización del sistema sanitario”*. El Tribunal manifiesta que *“no tiene motivos para dudar de que la voluntad del legislador francés de poner término a una jurisprudencia que desaprobaba y modificar el estado de derecho en materia de responsabilidad médica, incluso haciendo aplicables las nuevas normas a las situaciones en curso, sirviese a una «causa de utilidad pública»*. Otra cuestión es la de si este fin de interés general tenía un peso suficiente en el marco de la apreciación de la proporcionalidad de la injerencia”. En este sentido, razona que *“Una medida de injerencia en el derecho al respeto de los bienes debe velar por el justo equilibrio entre las exigencias del interés general de la comunidad y los imperativos de la protección de los derechos fundamentales del individuo (ver, entre otras, Sentencia Sporrang y Lönnroth contra Suecia de 23 septiembre 1982 [TEDH 1982, 5] , serie A núm. 52, pg. 26, ap. 69). El deseo de asegurar dicho equilibrio se refleja en la estructura de todo el artículo 1, por lo tanto, también en la segunda frase que debe leerse a la luz del principio consagrado por la primera. En concreto, para toda medida de privación de propiedad debe existir una proporción razonable entre los medios empleados y el fin perseguido (Sentencia Pressos Compañía Naviera, SA y otros [TEDH 1995, 45] , previamente citada, ap. 38).* Con el fin de determinar si la medida enjuiciada respeta el equilibrio justo deseado y, concretamente, si no supone para los demandantes una carga desproporcionada, deben tomarse en consideración las modalidades de indemnización previstas por la legislación interna. A este respecto, el Tribunal ya ha dictaminado que sin el pago de una suma que tenga una relación razonable con el valor del bien, una privación de propiedad constituye normalmente un ataque excesivo, y la ausencia total de indemnización sólo se justifica en el ámbito del artículo 1 en circunstancias excepcionales (Sentencias Los santos monasterios contra Grecia de 9 diciembre 1994 [TEDH 1994, 49] , serie A núm. 301-A, pg. 35, ap. 71, Ex rey de Grecia y otros contra Grecia [TEDH 2000, 166] [GS], núm. 25701/1994, ap. 89, TEDH 2000-XII, y Jahn y otros contra Alemania [TEDH 2004, 5] [GS], núms. 46720/1999, 72203/2001 y 72552/2001, ap. 94, TEDH 2005-...).

El Tribunal recuerda que el Consejo de Estado había reconocido, mediante su Sentencia Quarez de 14 febrero 1997, que el Estado y las personas de derecho público tales como la AP-HP, establecimiento público sanitario que asegura el servicio público hospitalario, estaban sujetos al derecho común de la responsabilidad por error. Señala que esta

jurisprudencia, aunque relativamente reciente, era estable y los tribunales administrativos la aplicaban constantemente. Siendo la jurisprudencia Quarez anterior al descubrimiento de la minusvalía de R. y sobre todo al recurso ante los tribunales internos de los demandantes, éstos podían legítimamente confiar en beneficiarse de la misma. Al anular los efectos de esta jurisprudencia, además de los de la Sentencia Perruche del Tribunal de Casación, para las instancias en curso, la Ley en litigio ha aplicado un nuevo régimen de responsabilidad a unos hechos lamentables anteriores a su entrada en vigor y que ha dado lugar a unas instancias que hasta hoy siguen pendientes, produciendo así un efecto retroactivo. Sin duda, la aplicabilidad a las instancias en curso no constituye en sí misma una ruptura del equilibrio justo deseado, ya que en principio no se impide al legislador intervenir, en materia civil, para modificar el estado de derecho mediante una Ley de aplicación inmediata (ver, «mutatis mutandis» [Sentencia Zielinski y Pradal & González y otros contra Francia \[TEDH 1999, 51 \] \[GS\]](#), núms. 24846/1994 y 34165/1996 a 34173/1996, ap. 57, TEDH 1999-VII). Pero, en este caso, el artículo 1º de la Ley de 4 de marzo de 2002 pura y simplemente suprimió, con efecto retroactivo, una parte esencial de los créditos de indemnización, de sumas muy elevadas, que los padres de niños cuya minusvalía no había sido descubierta antes del nacimiento debido a un error, como sucedió a los demandantes, habrían podido hacer valer contra el establecimiento hospitalario responsable. El legislador francés privó así a los demandantes de un «valor patrimonial» preexistente y que formaba parte de sus «bienes», a saber un crédito de indemnización establecido del que podían legítimamente esperar que se determinase su cuantía conforme a la jurisprudencia fijada por los más altos tribunales internos.

El Tribunal no sigue el argumento del Gobierno según el cual se respetó el principio de proporcionalidad, ya que se había previsto a favor de los demandantes una indemnización adecuada, y en consecuencia, una contrapartida satisfactoria. En efecto, no considera que lo que han podido percibir los demandantes en aplicación de la Ley de 4 de marzo de 2002, única forma de compensación de las cargas particulares derivadas de la discapacidad de su hijo, pudiera o pueda constituir el pago del crédito perdido. Los demandantes gozan sin duda de las prestaciones previstas por el dispositivo en vigor, pero su cuantía es netamente inferior a la resultante del régimen de responsabilidad anterior y claramente insuficiente, como admiten el Gobierno y el propio legislador, ya que estas prestaciones se completaron recientemente con nuevas disposiciones previstas al efecto por la Ley de 11 de febrero de 2005. Además, las sumas a pagar a los demandantes en virtud de este texto, al igual que la fecha de entrada en

vigor del mismo, no han sido definitivamente fijados (apartados 56 a 58 supra). Esta situación sigue hoy causando una gran incertidumbre a los demandantes y, en todo caso, no les permite ser indemnizados suficientemente del perjuicio ya sufrido desde el nacimiento de su hijo.

Así tanto el carácter muy limitado de la compensación actual en virtud de la solidaridad nacional como la incertidumbre reinante sobre cuál resultará de la aplicación de la Ley de 2005, no pueden hacer que se considere que este aspecto importante del perjuicio ha sido indemnizado de forma razonablemente proporcionada desde la promulgación de la Ley de 4 de marzo de 2002.

(...)

Por último, el Tribunal estima que las consideraciones vinculadas a la ética, la equidad y la buena organización del sistema sanitario mencionadas por el Consejo de Estado en su dictamen contencioso de 6 de diciembre de 2002 e invocadas por el Gobierno, no podían, en este caso, legitimar una retroactividad cuyo efecto ha sido privar a los demandantes, sin indemnización adecuada, de una parte sustancial de sus créditos de indemnización, haciéndoles así soportar una carga especial y exorbitante.

Una vulneración tan radical de los derechos de los interesados rompe el equilibrio justo que debe reinar entre, por un lado, las exigencias del interés general y, por otro, la salvaguardia del derecho al respeto de los bienes.”

En suma, pues, desde esta concepción realmente cualificada del interés general que acaba de exponerse, no consideramos que la pretensión de reducir el gasto público, por muy urgente y necesaria que sea, constituya sin más un “bien común” que abra la puerta a exceptuar los básicos principios constitucionales de irretroactividad y seguridad jurídica; principios constitucionales que sí cabe identificar, en cambio, con el interés general de los ciudadanos. Dado que los salarios y las pagas extraordinarias se han seguido abonando tras diciembre de 2012, queda en entredicho que el interés general sustentado en la crítica situación económica de nuestro país, requiriera una supresión de derechos de carácter retroactivo, violentando el principio constitucional en esta materia.

OCTAVO.— Por último, la Sala se ha planteado la posibilidad de que estemos ante una expropiación legislativa de derechos. Nótese incluso que la noción de interés general como prevalente frente a derechos de particulares se aprecia en la

Ley de Expropiación Forzosa, en cuyo preámbulo se dice que
“la

Ley refleja una concepción de la expropiación, según la cual debe ser el estatuto legal básico de todas las formas de acción administrativa que impliquen una lesión individualizada de los contenidos económicos del derecho del particular por razones de interés general, y como tal se estructura, sin perjuicio del obligado respeto a las peculiares características de cada figura en particular.”

El Tribunal Constitucional “se ha referido ya en más de una ocasión al concepto de expropiación o privación forzosa que se halla implícito en el art. 33.3 CE, declarando en esencia, y por lo que aquí interesa, que debe entenderse por tal la privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos acordada imperativamente por los poderes públicos por causa justificada de utilidad pública o interés social. De ahí que sea necesario, para que se aplique la garantía del art. 33.3 CE, que concurra el dato de la privación singular característica de toda expropiación, es decir, la substracción o ablación de un derecho o interés legítimo impuesto a uno o varios sujetos, siendo distintas de esta privación singular las medidas legales de delimitación o regulación general del contenido del derecho. Es obvio que la delimitación legal del contenido de los derechos patrimoniales o la introducción de nuevas limitaciones no pueden desconocer su contenido esencial, pues en tal caso no cabría hablar de una regulación general del derecho, sino de una privación o supresión del mismo que, aun cuando predicada por la norma de manera generalizada, se traduciría en un despojo de situaciones jurídicas individualizadas, no tolerado por la norma constitucional, salvo que medie la indemnización correspondiente (STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 11)”

(STC de 5 de abril de 2006, RTC 2006/112).

Examinado el art. 2 del Real Decreto-Ley 20/2012, observamos

que tampoco se ajusta a una expropiación legislativa, que pudiera sortear la tacha de inconstitucionalidad.

Recuérdese

que, según la Ley de Expropiación Forzosa, “una vez firme el acuerdo por el que se declara la necesidad de (...) adquisición de derechos expropiables, se procederá a determinar su justo precio” (art. 25), y “una vez determinado el justo precio, se procederá al pago de la cantidad que resultare en el plazo máximo de seis meses” (art. 48.1). Y solo cuando el justo precio se ha hecho efectivo o consignado, se podrá “hacer ejercicio del derecho expropiado” (art. 51), salvo que se siga el procedimiento excepcional de ocupación urgente, en cuyo caso debe realizarse “la oportuna retención de crédito, con cargo al ejercicio en que se prevea la conclusión del expediente expropiatorio y la realización efectiva del pago, por el importe a que ascendería el justiprecio calculado en

virtud de las reglas previstas para su determinación en esta Ley” (art. 52).

El preámbulo del Real Decreto-Ley 20/2012 afirma la supresión durante el año 2012 de la paga extraordinaria del mes de diciembre, indicando seguidamente que *“las cantidades derivadas de esa supresión podrán destinarse en ejercicios futuros a realizar aportaciones a planes de pensiones o contratos de seguro colectivo que incluyan la contingencia de jubilación, siempre que se prevea el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria establecidos en la Ley Orgánica 2/2012, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera y en los términos y con el alcance que se determine en las correspondientes leyes de presupuestos”*. De modo algo más contundente, el art. 2.4 de la

norma precisa que *“Las cantidades derivadas de la supresión de la paga extraordinaria y de las pagas adicionales de complemento específico o pagas adicionales equivalentes de acuerdo con lo dispuesto en este artículo se destinarán en ejercicios futuros a realizar aportaciones a planes de pensiones o contratos de seguro colectivo que incluyan la cobertura de la contingencia de jubilación, con sujeción a lo establecido en la Ley Orgánica 2/2012, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera y en los términos y con el alcance que se determine en las correspondientes leyes de presupuestos”*.

La formulación condicionada de esta hipotética compensación o

devolución futura de cantidades, en modo alguno resulta asimilable al justo precio al que alude la Ley de Expropiación

Forzosa. Ni siquiera está garantizada, y desde luego no es propiamente una devolución, puesto que las cuantías detraídas

se transformarían en aportaciones a planes de pensiones o contratos de seguro -que pueden no existir, sin que se explique cómo se procedería a la devolución en tal caso-, en

los términos y condiciones que establezca el legislador -de los que no se ofrece la más mínima pauta-, sujetas además al

previo cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria que también fija el propio legislador.

Por otra parte, procede traer a colación nuevamente la extractada Sentencia del Tribunal de Estrasburgo de 6 de octubre de 2005 (Caso Draon contra Francia), que hemos visto

que no sólo rechaza la justificación de la injerencia del Gobierno francés en los derechos que forman parte del acervo

patrimonial de los ciudadanos, sino que además niega que exista una compensación o indemnización proporcional cuando la

cuantía es *“netamente inferior”* y *“claramente insuficiente”*, no habiendo sido definitivamente fijadas las sumas, de modo que *“esta situación sigue hoy causando una gran incertidumbre a los demandantes”*. Todo ello le permite concluir que no existe indemnización *“razonablemente proporcionada”*, *“haciéndoles así soportar una carga especial y exorbitante.”*

El carácter meramente hipotético y condicionado de la devolución de las cantidades detraídas a raíz de la supresión de la paga extraordinaria de diciembre de 2012, diluye cualquier brizna de proporcionalidad de la compensación que pudiera alegarse para justificar la injerencia retroactiva, y se aleja del todo del concepto de expropiación legislativa de derechos.

NOVENO.— Así pues, constatado que el art. 2 del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, establece la supresión de la paga extraordinaria de diciembre de 2012 para el personal laboral del sector público, sin introducir excepción alguna respecto de las cuantías ya devengadas al momento de su entrada en vigor (en nuestro caso, desde el 1 de julio de 2012), debemos concluir que ha podido vulnerar el principio de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales, previsto en el art. 9.3 CE. Por tanto, mantenemos las dudas de constitucionalidad de dicho precepto y nos vemos obligados, consecuentemente, a plantear cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, de conformidad con lo dispuesto en el art. 163 CE, en relación con el art. 5.2 LOPJ y el art. 35.1 LOTC, para que decida al respecto.

VISTAS las normas legales citadas y demás de general y concordante aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

La Sala acuerda por unanimidad elevar cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, junto con el testimonio de los autos principales, así como las alegaciones realizadas por las partes y por el Ministerio Fiscal, para que, si se admite a trámite la cuestión y previa tramitación legal procedente, resuelva si la redacción del art. 2 del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, en su aplicación al personal

laboral del sector público, ha vulnerado o no el principio de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales contemplado en el art. 9.3 CE, puesto que entendemos que dicho precepto es aplicable al caso y el fallo depende de su validez, no siendo posible acomodarlo al ordenamiento constitucional por otra vía interpretativa. Notifíquese el presente Auto a las partes, advirtiéndoles que contra el mismo no cabe recurso a tenor de lo dispuesto en el Art.186.4 de la L.R.J.S. Incorpórese el original al libro de Autos, dejando certificación del mismo en el procedimiento de su razón. Así por este Auto, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

DILIGENCIA Seguidamente se cumple lo ordenado, enviando a los afectados por correo certificado con acuse de recibo, un sobre conteniendo la copia del auto, de conformidad con el artículo 56 LPL. Doy fe.