



Avenida de Burgos, 17 3º
28036 Madrid
Tel.+34 91 561 51 01
Fax.+34 91 561 50 66
www.riverogustafson.com

NEWSLETTER FEBRERO 2017

Esta Newsletter contiene:

LABORAL:

- El Tribunal Supremo y su postura respecto a la indemnización por extinción de contratos temporalesPág. 2
- Primera Sentencia que declara nulo por discriminatorio el despido en situación de bajaPág. 3
- Salario mínimo interprofesional para el 2017, revalorización de las pensiones y ampliación del permiso de paternidadPág. 4

PROCESAL:

- RD-LEY 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas sueloPág. 6

MERCANTIL:

- Derecho de separación por falta de reparto de dividendos Pág. 10

LABORAL

EL TRIBUNAL SUPREMO Y SU POSTURA RESPECTO A LA INDEMNIZACIÓN POR EXTINCIÓN DE CONTRATOS TEMPORALES

El Tribunal Supremo, en su sentencia nº 927/2016, parece que opta por no establecer una postura firme en la primera oportunidad que tenía de pronunciarse en relación a las polémicas resoluciones sobre la indemnización por extinción de contratos temporales que en el mes de septiembre adoptaba el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

En este caso, el recurso de casación en unificación de doctrina interpuesto por el Ayuntamiento de Cunit contra la sentencia dictada por el TSJ de Cataluña de 27 de noviembre de 2014, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo establece que *“no es este el momento de pronunciarnos sobre los efectos que sobre esta materia haya de producir la reciente STJUE de 14 de septiembre de 2016 (Asunto De Diego Porrás), ya que quien recurre es la parte demandada y, por consiguiente, no se suscita aquí la cuestión del importe de la indemnización”* y, por ello, proyecta su doctrina sobre las consecuencias del cese de los trabajadores indefinidos no fijos del sector público contenida en su sentencia de 24 de junio de 2014 (rec.217/2013).

El supuesto de hecho es casi idéntico a algunos de los resueltos de forma reciente por los Tribunales Superiores de Justicia, que sí se han pronunciado de forma clara, aunque no igualitaria sobre esta cuestión: se trata de un trabajador del Ayuntamiento que ha ido prestando sus servicios a través de una concatenación de contratos temporales, el último de ellos, de interinidad. Tras la cobertura definitiva de la plaza, la administración local comunica al trabajador la extinción de su contrato.

En su sentencia, el Tribunal Supremo recuerda que la finalización de estos contratos por la cobertura reglamentaria de la plaza no constituye despido, sino cese acaecido por darse la causa válidamente consignada en el contrato, tal y como establece el art. 49.1.b) del ET. Ahora bien, las irregularidades en la contratación llevan a la calificación de esta relación como indefinida no fija y su extinción trae como consecuencia la aplicación del apartado c del mismo precepto, completado por la D.T. 13ª del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Esta solución sería, de acuerdo con el pronunciamiento del Supremo, acorde con la doctrina del TJUE (STJUE de 11 de diciembre de 2014, Asunto León Medialdea vs.

Ayuntamiento de Huétor Vega, C-86/149), pues sólo sería contraria a la Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio, sobre el trabajo de duración determinada, una normativa nacional que no incluyera medida efectiva alguna para sancionar los abusos de la contratación temporal por la Administración Pública y, en el caso español, la solución indemnizatoria viene dada por los citados arts. 49.1.c) y Disposición Transitoria 13ª Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

En esta ocasión, el Supremo ha considerado que no es oportuno pronunciarse sobre el alcance del Asunto De Diego Porras. No obstante, aborda la cuestión del derecho a la indemnización de los trabajadores indefinidos no fijos del sector público, reconociendo la existencia del derecho a su percepción como si de un fijo se tratase.

Sin duda, habrá más resoluciones a lo largo de 2017 sobre esta cuestión controvertida. El 16 de noviembre se produjeron dos más, esta vez del TSJ de Andalucía, sede de Málaga. En una de ellas (Rec. 1750/2016) se reconoce una indemnización de 20 días a una trabajadora del Ayuntamiento de Marbella que vio extinguido su contrato eventual, mientras en la otra (Rec. 1539/2016), se deniega dicha indemnización en un supuesto muy similar en el que, sin embargo, la empleadora tenía carácter privado, lo que determina, a juicio de la Sala de lo Social de este TSJ, la ineficacia directa horizontal, entre particulares, de las Directivas europeas.

PRIMERA SENTENCIA QUE DECLARA NULO POR DISCRIMINATORIO EL DESPIDO EN SITUACIÓN DE BAJA

El caso que motiva esta decisión es el de un ayudante de cocina, que, tras sufrir un accidente laboral se dislocó el codo y, aún en situación de incapacidad temporal, recibió una comunicación escrita de despido disciplinario, alegándose como motivos que no había alcanzado las expectativas establecidas por la empresa ni el rendimiento que ésta consideraba adecuado.

El trabajador presentó demanda ante el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona, solicitando se declarara nulo el despido por vulneración de derechos fundamentales, además del pago de una indemnización de 6.251.-€ por daños morales y de 2.841,566.-€ por daños materiales, o, en su defecto que el despido fuera declarado improcedente.

Alegó en la demanda la vulneración del derecho fundamental a la integridad física, al que añadió posteriormente un segundo motivo: la causa o motivo real de su despido fue su situación de incapacidad derivada del accidente, por lo que debería ser considerado

discriminatorio, citando expresamente la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de abril de 2013 (Ring).

Para el magistrado parece claro que la sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de diciembre de 2016 obliga necesariamente a modificar la doctrina tanto del Tribunal Supremo como de los Tribunales Superiores de Justicia en el sentido de que la *“perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo del actor no se considere rentable para la empresa,”* deberá ceder, necesariamente, ante la prohibición de discriminación por discapacidad –directa e indirecta- establecida en la Directiva, como mínimo cuando tal *“incapacidad”* pueda devenir *“duradera”*.

Su Señoría llega a la convicción de que la *“causa real”* del despido no fue el mero hecho del accidente laboral, ni la inicial situación de incapacidad temporal en si misma, sino la percepción empresarial, casi dos meses después del accidente y después de la comunicación del demandante, que tal incapacidad temporal se tornaba en *“duradera”*, sin *“una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo”*. Y es por ello que el despido impugnado debe calificarse de directamente discriminatorio por causa de discapacidad.

Constituye una discriminación, directa, por razón de discapacidad; o, alternativamente, indirecta, dado que, a la postre y dada la larga duración de su incapacidad, su despido ha supuesto una barrera al impedir su recuperación y, con ella, *“la participación plena y efectiva del interesado en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores”*.

SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL PARA EL 2017, REVALORIZACIÓN DE LAS PENSIONES Y AMPLIACIÓN DEL PERMISO DE PATERNIDAD

- (i) El salario mínimo interprofesional para 2017 ha quedado establecido en 23,59.- €/día o 707,70.-€/mes, según si el salario esté fijado por días o por meses. Por otro lado, también se han aprobado y publicado la revalorización de las pensiones públicas para el 2017.

No obstante lo anterior, dado el carácter excepcional de este incremento del 8%, el SMI de 2016 continuará siendo de aplicación durante 2017 a los convenios colectivos vigentes a la fecha de entrada en vigor de la norma que utilicen el SMI como referencia para determinar la cuantía o el incremento del salario base o de complementos salariales. Cuando la vigencia de dichos convenios exceda de 2017,

salvo acuerdo en contrario, la cuantía del SMI se entenderá referida, para los años siguientes, a la fijada para 2016 incrementada según el objetivo de inflación del Banco Central Europeo. Todo ello sin perjuicio de que deban actualizarse los salarios establecidos en convenio colectivo inferiores en su conjunto y en cómputo anual a las cuantías del SMI vigente en cada momento.

- (ii) Tras la subida del 0,25% que experimentarán las pensiones el próximo 1 de enero, **la pensión mínima** de jubilación de una persona con 65 o más años y cónyuge a cargo pasará de 784,9 euros al mes por catorce pagas a 786,86 euros mensuales. Los que no tengan cónyuge cobrarán un mínimo de 637,7 euros, frente a los 636,1 euros de este año, mientras que los que tienen cónyuge pero no a cargo percibirán 605 euros mensuales (ahora son 603,5 euros).

Las pensiones mínimas de jubilación para los menores de 65 años con cónyuge a cargo subirán desde 735,7 euros al mes por catorce pagas hasta 737,5 euros, y las de los menores de 65 años sin cónyuge ascenderán a 596,5 euros, frente a los 595 euros mensuales de este año.

Por su parte, **la pensión mínima de viudedad** con cargas familiares se situará desde el 1 de enero en 737,5 euros mensuales por catorce pagas, en contraste con los 735,7 euros de ahora. La cuantía mínima de la pensión de viudedad para titulares con 65 años o con una discapacidad en grado igual o superior al 65% será de 637,7 euros al mes (ahora 636,1 euros mensuales), mientras que las pensiones mínimas de viudedad para personas con entre 60 y 64 años será de 596,5 euros al mes. Para los titulares de pensiones de viudedad con menos de 60 años el importe mínimo alcanzará en 2017 los 482,8 euros al mes (antes 481,6 euros).

Asimismo, **la pensión mínima de gran invalidez** con cónyuge a cargo pasará de 1.177,4 euros mensuales por catorce pagas a 1.180,34 euros mensuales, mientras que la de gran invalidez sin cónyuge subirá hasta los 956,6 euros desde los 954,2 euros mensuales de este año.

La pensión mínima de incapacidad permanente absoluta ascenderá desde el próximo 1 de enero a 786,86 euros mensuales por catorce pagas, frente a los 784,9 euros actuales, en tanto que las pensiones de orfandad y en favor de familiares tendrán un importe mínimo de 194,8 euros mensuales, en contraste con los 194,3 euros de ahora. Por su lado, la cuantía de **la pensión máxima** pasará desde 2.567 euros mensuales a 2.573,4 euros al mes.

- (iii) Por último, la **ampliación del permiso de paternidad a cuatro semanas ininterrumpidas** ha entrado en vigor con fecha 1 de enero de 2017.

PROCESAL

RD-LEY 1/2017, DE 20 DE ENERO, DE MEDIDAS URGENTES DE PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES EN MATERIA DE CLÁUSULAS SUELO

Como resultado de la sentencia del TSJUE anteriormente comentada, se ha promulgado el RD-Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, por el que se establece un procedimiento extrajudicial con carácter previo al judicial para la devolución de las cantidades abonadas en concepto de intereses en virtud a una cláusula suelo.

La entrada en vigor del referido R-D ley 1/2017 se produjo el día de su publicación en el «BOE», esto fue, el 21 de enero de 2017.

▪ **Ámbito de aplicación:**

Como bien establece su articulado (artículo 2), el ámbito de aplicación este Real Decreto-Ley ha sido promulgado sólo para los contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria que tengan cláusulas suelo suscritos con consumidores, aclarando igualmente los conceptos de consumidor y cláusula suelo:

*2) Se entenderá por consumidor cualquier persona física que reúna los requisitos previstos en el **artículo 3 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores** y Usuarios y otras leyes complementarias aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. Existen supuestos en los que los tribunales han considerado consumidor a estos efectos a Pymes si al firmar la hipoteca estaban actuando sin ánimo de lucro y en un ámbito ajeno a su actividad comercial.*

3) Se entiende por cláusula suelo cualquier estipulación incluida en un contrato de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria a tipo variable, o para el tramo variable de otro tipo de préstamo, que limite a la baja la variabilidad del tipo de interés del contrato.

▪ **Características del procedimiento extrajudicial aprobado:**

Se trata de una medida adicional a las establecidas en el ordenamiento jurídico, con el fin de facilitar una solución ágil para los consumidores a través de un acuerdo con la entidad bancaria.

Es un procedimiento de carácter voluntario y gratuito para el consumidor salvo los gastos notariales y de registros que se deriven al tener formalizar nueva escritura pública y la inscripción registral de la misma en caso de acuerdo con la entidad bancaria. Se establece un plazo máximo de tres meses para que el consumidor y la entidad lleguen a un acuerdo, el cual empieza a contar desde la fecha de presentación de la reclamación por parte del consumidor. Durante el tiempo en que se sustancie esta la reclamación, las partes no podrán ejercitar contra la otra ninguna acción judicial en base al mismo objeto.

Asimismo, este Real- Decreto obliga a los bancos a articular este procedimiento que permita la rápida resolución de las reclamaciones presentadas por los consumidores, y para ello, las entidades de crédito deberán establecer un departamento o servicio especial para atender las reclamaciones de cláusulas suelo.

▪ **Desarrollo del procedimiento extrajudicial:**

El consumidor es quien presenta esta reclamación ante su entidad bancaria, quedando el banco obligado a atender y resolver las reclamaciones presentadas en el citado plazo de tres meses desde su presentación, debiendo informar a sus clientes de que las devoluciones acordadas pueden generar obligaciones tributarias.

Una vez recibida la reclamación por el banco, en caso de que sea aceptada por el mismo, deberá efectuar un cálculo de la cantidad a devolver y remitirá una comunicación al consumidor desglosando dicho cálculo, donde además de incluir las cantidades indebidamente abonadas se deberá hacer referencia a los intereses que se hayan devengados de esa cantidad.

El consumidor deberá manifestar si está de acuerdo o no con el cálculo. Si lo estuviera, la entidad de crédito acordará con el consumidor la devolución, y en caso contrario, si el consumidor rechazase el cálculo de la cantidad a devolver o la devolución del efectivo e interpusiera posteriormente demanda judicial en la que obtuviese una sentencia más favorable que la oferta recibida de dicha entidad, se impondrá la condena en costas a la entidad financiera.

La norma contempla que la devolución pueda hacerse en efectivo o bien se podrá acordar con el banco la adopción de una medida compensatoria distinta de la devolución del efectivo como podría ser la aminoración el principal del préstamo suscrito.

Por último, se entenderá que el procedimiento extrajudicial ha concluido sin acuerdo:

- a) Si la entidad de crédito rechaza expresamente la solicitud del consumidor, en cuyo caso deberá comunicará las razones en que se motiva su decisión.
- b) Si finaliza el plazo de tres meses sin comunicación alguna por parte de la entidad de crédito al consumidor reclamante (silencio positivo).
- c) Si el consumidor no está de acuerdo con el cálculo de la cantidad a devolver efectuado por la entidad de crédito o rechaza la cantidad ofrecida.

d) Si transcurrido el plazo de tres meses no se ha puesto a disposición del consumidor de modo efectivo la cantidad ofrecida.

▪ **Plazo para formular la reclamación a través de este procedimiento:**

Se establece un plazo máximo para que el consumidor y la entidad lleguen a un acuerdo el cual es de tres (3.-) meses a contar desde la presentación de la reclamación, debiendo tener en cuenta que el citado R-D Ley concede el plazo de un mes a las entidades de crédito para articular el procedimiento con los requisitos establecidos en la norma.

Mientras dure el procedimiento de negociación ni el banco ni el consumidor podrán ejercitar entre sí ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con el objeto de la reclamación.

En el caso de que se interpusiera demanda con anterioridad a la finalización del procedimiento y con el mismo objeto, se producirá la suspensión del procedimiento judicial hasta que se resuelva la reclamación.

Asimismo, se contempla que para los procedimientos judiciales en curso a la entrada en vigor de este Real-Decreto Ley, las partes de común acuerdo se podrán someter al procedimiento establecido en el artículo 3, solicitando la suspensión del proceso, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

▪ **En lo referido a las costas procesales en el caso de acudir a la vía judicial:**

En su articulado, se contempla igualmente unas reglas en los supuestos en los que el consumidor acuda a la vía judicial:

1. Si el consumidor rechazase el cálculo de la cantidad a devolver o declinase, por cualquier motivo, la devolución del efectivo e interpusiera posteriormente demanda judicial en la que obtuviese una sentencia más favorable que la oferta recibida de dicha entidad, se impondrá la condena en costas a esta.
2. Si el consumidor interpusiere una demanda frente a una entidad de crédito sin haber acudido al procedimiento extrajudicial del artículo 3, regirán las siguientes reglas:
 - a) En caso de allanamiento de la entidad de crédito antes de la contestación a la demanda, se considerará que no concurre mala fe procesal, a efectos de lo previsto en el artículo 395.1 segundo párrafo, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
 - b) En el caso de allanamiento parcial de la entidad de crédito antes de la contestación a la demanda, siempre que consigne la cantidad a cuyo abono se comprometa, solo se le podrá imponer la condena en costas si el consumidor

obtuviera una sentencia cuyo resultado económico fuera más favorable que la cantidad consignada.

▪ **Tratamiento fiscal de las cantidades percibidas:**

También se prevé un tratamiento fiscal para las cantidades percibidas por los consumidores como resultado de la reclamación, debiendo transcribir literalmente lo establecido por el citado Real – Decreto:

a) *No se integrará en la base imponible de IRPF la devolución en efectivo o a través de otras medidas de compensación, como consecuencia de acuerdos celebrados con entidades financieras, de las cantidades previamente satisfechas a las entidades financieras en concepto de intereses por la aplicación de cláusulas suelo.*

b) *Cuando tales cantidades, en ejercicios anteriores, hubieran formado parte de la base de la deducción por inversión en vivienda habitual o de deducciones establecidas por la Comunidad Autónoma, se perderá el derecho a practicar la deducción en relación con las mismas, debiendo sumar a la cuota líquida estatal y autonómica, devengada en el ejercicio en el que se hubiera celebrado el acuerdo con la entidad financiera, exclusivamente las cantidades indebidamente deducidas en los ejercicios respecto de los que no hubiera prescrito el derecho de la Administración para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación, en los términos previstos en el artículo 59 del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por el Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, sin inclusión de intereses de demora.*

No resultará de aplicación la adición prevista en el párrafo anterior respecto de la parte de las cantidades que se destine directamente por la entidad financiera, tras el acuerdo con el contribuyente afectado, a minorar el principal del préstamo.

c) *Cuando tales cantidades hubieran tenido la consideración de gasto deducible en ejercicios anteriores respecto de los que no hubiera prescrito el derecho de la Administración para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación, se perderá tal consideración, debiendo practicarse autoliquidación complementaria correspondiente a tales ejercicios, sin sanción, ni intereses de demora, ni recargo alguno en el plazo comprendido entre la fecha del acuerdo y la finalización del siguiente plazo de presentación de autoliquidación por este Impuesto.*

d) *Cuando tales cantidades hubieran sido satisfechas por el contribuyente en ejercicios cuyo plazo de presentación de autoliquidación por este Impuesto no hubiera finalizado con anterioridad al acuerdo de devolución de las mismas celebrado con la entidad financiera, así como las cantidades a que se refiere el segundo párrafo de la letra a anterior, no formarán parte de la base de deducción por inversión en vivienda habitual ni tendrán la consideración de gasto deducible.*

Lo dispuesto en el RD ley será igualmente de aplicación cuando la devolución de cantidades hubiera sido consecuencia de la ejecución o cumplimiento de sentencias.

MERCANTIL

FALTA DE REPARTO DE DIVIDENDOS Y CONSECUENTE DERECHO DE SEPARACIÓN DE LOS SOCIOS

En el año 2011 se introdujo una reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital por la que, a través de la incorporación del artículo 348 bis, se preveía el derecho de separación de socios en caso de falta de reparto de los dividendos mínimos. Desde su introducción en el texto de la Ley de Sociedades de Capital, este derecho ha sido muy criticado, lo que provocó su suspensión en varias ocasiones, la última por la Disposición Final 1ª de la Ley 9/2015, suspendiéndose la aplicación hasta el 31 de diciembre de 2016.

El pasado 1 de enero de 2017, el art. 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, volvió a entrar en vigor, regulando nuevamente el derecho de separación de los socios en caso de que la sociedad no reparta dividendos de al menos un tercio de los beneficios obtenidos por la sociedad, evitando por tanto que el derecho del socios a obtener ganancias sociales sea vulnerado en aquellos casos en los que a pesar de existir beneficios se acuerde no repartir dividendos.

En síntesis, el mencionado derecho de separación de los socios, nace en aras de proteger a aquellos socios minoritarios que hayan votado en Junta General a favor de la distribución de al menos un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social. Este derecho de separación, supone que, si se dan los presupuestos para su ejercicio, el socio minoritario podrá salir de la sociedad y recuperar el valor de su inversión o valor razonable conforme a lo previsto en la Ley de Sociedades de Capital.

Los aspectos más significativos y requisitos para su aplicación, de modo resumido, son los siguientes:

- El derecho de separación podrá ejercitarse a partir de la primera Junta General Ordinaria celebrada en el primer semestre de 2017, en la que se apruebe la aplicación de resultado del ejercicio 2016 y se acuerde no repartir dividendos.
- El derecho de reparto de dividendos nace a partir del quinto ejercicio desde la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil, computándose desde el primer año aunque este sea incompleto.
- Debe llevarse a cabo el reparto de la menos un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social, es decir beneficios obtenidos en la actividad normal de la sociedad, quedando excluidos los beneficios extraordinarios o

atípicos, como plusvalías obtenidas por la enajenación de un bien que forme parte del inmovilizado material de la Sociedad.

- En caso de no ser acordado el reparto de dividendos, el plazo para el ejercicio del derecho de separación será un mes a contar desde la fecha en que se hubiera celebrado la Junta General Ordinaria de socios.
- Este derecho solo es aplicable a Sociedades Limitadas y Sociedades Anónimas no cotizadas.