

N & A newsletter

Noviembre 2017

CONTENIDO

Noticias

El Tribunal Supremo entiende conforme derecho la sanción de la trabajadora de un supermercado por hechos cometidos fuera del lugar y tiempo de trabajo

La nueva Ley de Contratos del Sector Público y su incidencia en la subrogación empresarial.

TEMA DEL MES

De vuelta con las pensiones

Narciso Riera Estrada
Abogado

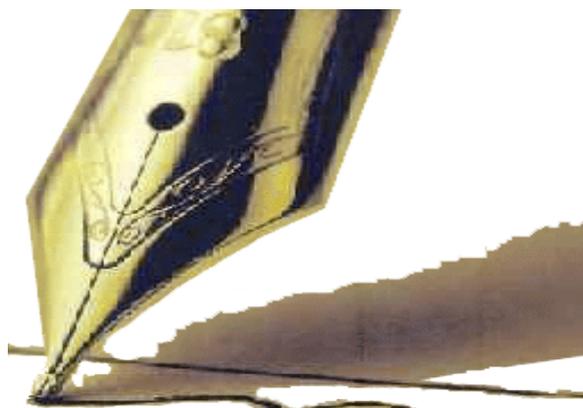
C. JURISPRUDENCIA

El Tribunal Supremo establece la obligación de la Administración de subrogar a los trabajadores en caso de que se produzca la reversión del servicio con recuperación de los activos materiales necesarios para su desarrollo.

Inés M^a Espinosa Rodrigo
Abogada

SENTENCIA DEL MES

Sentencia del TJUE, de 9 de noviembre de 2017, ¿Conforme a la normativa comunitaria, en qué período deben disfrutarse las 24 horas ininterrumpidas de descanso semanal?



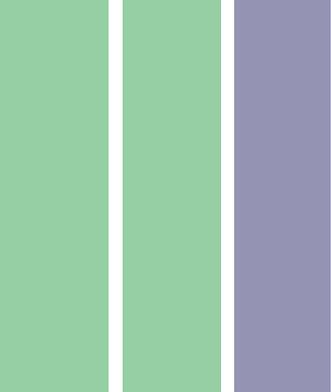
EL TRIBUNAL SUPREMO ENTIENDE CONFORME A DERECHO LA SANCIÓN DE LA TRABAJADORA DE UN SUPERMERCADO POR HECHOS COMETIDOS FUERA DEL LUGAR Y TIEMPO DE TRABAJO



Históricamente, uno de los puntos más delicados de la aplicación del régimen disciplinario por parte del empresario a hechos ocurridos fuera del centro de trabajo y la jornada laboral. Hasta ahora, el Alto Tribunal había sido contundente al afirmar que, más allá de las infracciones que por su propia naturaleza deben ocurrir fuera de la esfera de la prestación laboral –lugar y tiempo- no podía sancionarse a los trabajadores por sus

conductas externas, quedando enmarcadas las mismas dentro de su esfera privada y personal. No obstante, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2017 cambia la tendencia mantenida hasta ahora, habilitando la aplicación del régimen sancionador a este tipo de conductas, siempre que se dé un elemento imprescindible: que el hecho ilícito mantenga una vinculación directa con la relación laboral.

El supuesto analizado en la sentencia se refiere a una trabajadora que prestaba servicios para una conocida cadena de supermercados, que fue despedida por haber robado productos de escaso valor económico fuera del horario de trabajo y en un centro de la misma empresa distinto a aquél donde prestaba sus servicios. El despido, tanto en instancia como en suplicación fue declarado nulo –la trabajadora se encontraba en reducción



de jornada por guarda legal-, y posteriormente recurrido en casación. En primer lugar, la Sala deja claro que lo único que va a entrar a valorar es si la empresa, en este caso, puede sancionar a la trabajadora por la apropiación de bienes de su propiedad en otro establecimiento distinto al que tiene su puesto de trabajo, sin analizar la concreta calificación de los hechos, así como su adecuación a la doctrina gradualista en la aplicación del régimen disciplinario. El deber de actuar conforme a las reglas de la buena fe impone a los trabajadores como uno de los deberes laborales básicos a los que deben ajustar su actuación es uno de los pilares sobre los que descansa la prestación laboral y de ahí que el legislador la configure como incumplimiento contractual que puede ser objeto de sanción disciplinaria por el empresario. No cabe duda que el trabajador debe cumplir escrupulosamente con ese deber en el lugar y horario de trabajo. Ahora bien, es igualmente indudable que esa obligación se mantiene, pero se relaja y flexibiliza, cuando no se encuentra en el lugar y horario de trabajo,

sino que está en la esfera privada de su vida personal. No obstante lo anterior, ello no quiere decir que durante el período en donde no se encuentra prestando sus servicios, el empleado disponga de libertad absoluta para realizar actuaciones que vayan en perjuicio de la empresa, y que de haberse producido en horario de trabajo serían objeto de sanción. Basta reparar en la facultad que tiene el empresario de sancionar determinadas actuaciones del trabajador fuera de su horario y lugar de trabajo –cuando está de IT o cuando incurre en competencia desleal-, y que dichas conductas tienen un elemento en común, como es que todas ellas están de alguna forma vinculadas a la relación laboral, en cuanto redundan, directa o indirectamente, en perjuicio de la empresa. Por ello, entiende el Tribunal Supremo que el hecho de que un trabajador pueda incurrir en alguna actuación ilegal fuera de su jornada y lugar de trabajo debe quedar al margen de la potestad disciplinaria del empresario, cuando dicha actuación no tenga la menor vinculación con la actividad laboral y no cause perjuicio de ningún tipo a la empresa.

Circunstancia que no se da en el supuesto de la sentencia, dado que la trabajadora se apropió de bienes de la empresa en un supermercado de la misma, causando con ello no solo un perjuicio económico directo a la empresa, sino además comprometiendo la situación personal de los trabajadores que prestan servicios en el establecimiento en que estaba hurtando productos, al ponerlos en el compromiso de verse obligados a enfrentarse a una compañera de su misma empresa. Además, la trabajadora empleó conocimientos adquiridos por su condición de trabajadora para la ejecución de los hechos, lo cual refuerza todavía más la vinculación del incumplimiento con la relación laboral.

LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO Y SU INCIDENCIA EN LA SUBROGACIÓN EMPRESARIAL

El pasado día 8 de noviembre se publicó en el BOE la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

Su publicación reviste especial importancia dadas las modificaciones introducidas respecto a la versión anterior de la Ley de Contratos del Sector Público, especialmente en lo relativo en materia de subrogación empresarial –artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores. A continuación analizamos las merítadas modificaciones: En primer lugar, el artículo 98.1, en su primer párrafo, mantiene la misma redacción que el antiguo artículo 85, pero incluyendo dos párrafos más: “En los casos de fusión de empresas en los que participe la sociedad contratista, continuará el contrato vigente con la entidad absorbente o con la resultante de la fusión,

que quedará subrogada en todos los derechos y obligaciones dimanantes del mismo. Igualmente, en los supuestos de escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de actividad de las mismas, continuará el contrato con la entidad a la que se atribuya el contrato, que quedará subrogada en los derechos y obligaciones dimanantes del mismo, siempre que reúna las condiciones de capacidad, ausencia de prohibición de contratar, y la solvencia exigida al acordarse al adjudicación o que las diversas sociedades beneficiarias de las mencionadas operaciones y, en caso de subsistir, la sociedad de la que provengan el patrimonio, empresas o ramas segregadas, se responsabilicen solidariamente con aquellas de la ejecución del contrato. Si no pudiese producirse la subrogación por no reunir la entidad a la que se atribuya el contrato las condiciones de solvencia necesarias se resolverá el contrato, considerándose a todos los efectos como

un supuesto de resolución por culpa del adjudicatario”. En estos supuestos, los conflictos que puedan plantearse probablemente serán en relación a los casos de “escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de actividad de las mismas”. Especialmente, porque la subrogación únicamente podrá producirse si a la continuidad del contrato se le añade la transmisión de los elementos objetivos y, para el caso de las actividades desmaterializadas, se ha asumido una parte esencial de la plantilla del anterior contratista.

En segundo lugar, el art. 130 de la Ley se refiere a la información sobre las condiciones de subrogación en el contrato de trabajo. Este precepto viene a sustituir al antiguo artículo 120 de la Ley de Contratos del Sector Público, indicando lo siguiente: “1. Cuando una norma legal un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de

subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se

facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo. A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de este. Como parte de esta información en todo caso se deberán aportar los listados del personal objeto de subro-

gación, indicándose: el convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación. La Administración comunicará al nuevo empresario la información que le hubiere sido facilitada por el anterior contratista”. La modificación más importante es que la nueva redacción viene a confirmar la negativa mantenida por la jurisdicción contencioso-administrativa de conceder a los pliegos de condiciones la posibilidad de imponer la subrogación cuando no concurren los requisitos (subjetivos y objetivos) descritos en el art. 44 ET, o bien, no lo imponga un convenio colectivo. Así pues, a partir de la entrada en vigor de la Ley 9/2017, dichos los pliegos de condiciones no tendrán esta capacidad, obligando a la jurisdicción social a “corregir” su doctrina, si sucediendo lo mismo para los conflictos anteriores a la entrada en vigor de la Ley. También se han introducido en el artículo 130.3 importantes cambios en relación a la recuperación de servicios por parte de la Administración. Su tenor



literal indica que “en caso de que una Administración Pública decida prestar directamente un servicio que hasta la fecha venía siendo prestado por un operador económico vendrá obligada a la subrogación del personal que lo prestaba si así lo establece una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general. El efecto subrogatorio del personal en casos que impliquen una “recuperación” de los elementos objetivos es ineludible a la luz de la Directiva 2001/23, de la doctrina del TJUE y del art. 44 ET. No obstante, mayores dudas puede suscitar la referencia a la sucesión ex convenio o acuerdo de eficacia general, especialmente, si la Administración queda fuera de su ámbito de aplicación (al respecto, la jurisprudencia - entre otras, STS 26/7/2012 (RJ 9976) - y el TJUE - caso CLECE - han negado que las cláusulas subrogatorias le sean aplicables si queda fuera de su ámbito de aplicación). En este sentido, aunque podría interpretarse que en estos casos de reversión la Administración queda obligada a la subrogación aunque quede fuera del ámbito de aplicación del convenio o acuerdo de eficacia general, parece

que lo más razonable es entender que la expresión “si así lo establece (...) un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general” debe complementarse con la siguiente expresión “que les sea aplicable”. No obstante, también es cierto que la omisión de esta “coletilla” podría acarrear que se interpretara de forma totalmente contraria. Por otra parte, este contrasta con el contenido de la DA 26ª de la Ley de Presupuestos Generales del Estado del 2017, pues, en la medida que el efecto subrogatorio de la Directiva 2001/23 no puede eludirse, ha dejado a los trabajadores afectados por una reversión en el limbo jurídico al impedir su calificación como indefinidos no fijos). Lo cierto es que, aunque era una solución imperfecta, al menos, era la única disponible para estos casos.

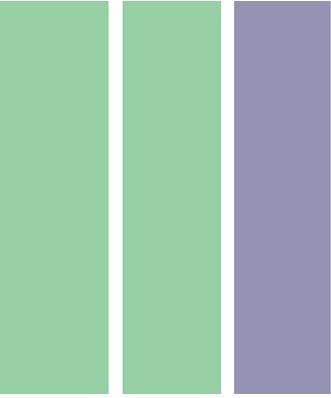
En todo caso, habrá que estar a la expectativa de cómo interpretan esta DA 26ª los Tribunales y si mantienen su calificación como indefinidos no fijos, o bien, optan por la tesis propuesta por la doctrina administrativista de la condición de personal subrogado (creándose una nueva figura - y añadiendo más complejidad

a la existente). Y, en este último caso, habrá que concretar los efectos que conlleva. Si a efectos extintivos, finalmente, se acaba equiparando a lo que en la actualidad ya se prevé jurisprudencialmente para los indefinidos no fijos. Otra de las novedades introducidas por la Ley, la encontramos en el apartado 6 del artículo 130: “Asimismo, y sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de lo establecido en el artículo 44 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, el pliego de cláusulas administrativas particulares siempre contemplará la obligación del contratista de responder de los salarios impagados a los trabajadores afectados por subrogación, así como de las cotizaciones a la Seguridad social devengadas, aún en el supuesto de que se resuelva el contrato y aquellos sean subrogados por el nuevo contratista, sin que en ningún caso dicha obligación corresponda a este último. En este caso, la Administración, una vez acreditada la falta de pago de los citados salarios, procederá a la retención de las cantidades debidas al contratista para garantizar el pago de los citados salarios,

y a la no devolución de la garantía definitiva en tanto no se acredite el abono de éstos”. La redacción de este apartado también resulta algo confusa porque, a pesar de que inicialmente se remite a lo previsto en el art. 44 ET, a continuación, prevé una regla que exceptiona la responsabilidad solidaria entre cedente y cesionario, al eximir a este último del pago de las deudas pendientes. No obstante, al margen de esta previsión legislativa, en aquellos casos en los que se produzca un traspaso ex Directiva 2001/23 esta exención de responsabilidad del cesionario no parece que pueda ser viable. Especialmente porque el art. 3.1 establece: “Los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha del traspaso, serán transferidos al cesionario como consecuencia de tal traspaso”. El único supuesto al que puede estar refiriéndose este apartado es a las subrogaciones ex convenio o acuerdo colectivo de eficacia general que exijan una subrogación de plantilla y que el cesionario no asuma a un número de trabajadores que pueda ser calificado como una parte esencial de la plantilla del contratista saliente.

Fuera de este caso, la exención de responsabilidad prevista en la Directiva sería ineludible. Por último, debemos referirnos al párrafo segundo del artículo 308.2 de la Ley 9/2017, el cual mantiene una redacción similar a la anterior previsión del artículo 301.4: “A la extinción de los contratos de servicios, no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal de la entidad contratante. A tal fin, los empleados o responsables de la Administración deben abstenerse de realizar actos que impliquen el ejercicio de facultades que, como parte de la relación jurídico laboral, le corresponden a la empresa contratista”. El contenido de la Directiva 2001/23 y del art. 44 ET ponen en duda la validez de esta disposición si la extinción del contrato de servicios implica una reversión, especialmente, si se produce una recuperación de los elementos objetivos (y, obviamente, si se acabara entendiendo que la Administración también queda sujeta a las cláusulas subrogatorias ex convenio o acuerdo colectivo de eficacia general pese a quedar fuera de su ámbito de aplicación).

De modo que el término “consolidación” ex art. 308.2.2, al menos en los casos de reversión, “no puede” referirse a la no asunción de la plantilla de la saliente. Por otra parte, si no se interpretara así, este párrafo sería difícilmente compatible con el contenido del apartado 3º del art. 130 anteriormente descrito, pues, como se ha apuntado, explícitamente exige a la Administración a asumir a los trabajadores en caso de reversión. De modo que parece que la no consolidación que proclama el precepto estaría refiriéndose únicamente a la no adquisición de la condición de empleado público con plaza en propiedad. Y estaría corroborando esta interpretación el contenido de la DT 4ª del EBEP. Lo que, en una valoración de conjunto, de nuevo (a la luz de la DA 26ª LPGE’17), volvería a poner encima de la mesa la controversia sobre la naturaleza jurídica de la relación de éstos trabajadores.



TEMA DEL MES

DE VUELTA CON LAS PENSIONES

El reciente informe publicado este pasado mes de octubre, por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), vuelve de nuevo a situar en el centro del debate social de nuestro país a los pensionistas españoles, así como a los potenciales pensionistas de los próximos treinta años, basándose para ello, en una extrapolación de los datos demográficos analizados hasta llegar a dicho periodo. La conclusión del mismo, es una importante reflexión sobre el improbable sostenimiento del actual sistema de pensiones, así como sobre la progresiva pérdida de poder adquisitivo que se prevé para dichas pensiones con el actual modelo.

La realidad demográfica de nuestro país convierte en irrefutables estos datos. De los 35 países más desarrollados del mundo que conforman la OCDE, España, conjuntamente con Japón, compartirán liderazgo en el envejecimiento de su población. Según dicho

estudio, en un futuro cercano, el que nos depara el año 2050, existirá en nuestro país un ratio de 76 ciudadanos ajenos al mercado laboral, (mayores de 65 años y menores de 16), por cada 100 ciudadanos en edad de trabajar entre los 20 y 64 años.

En un breve espacio de tiempo, en los próximos 35 años, transitaremos del actual 30% de jubilados y pensionista con respecto al total de la población activa, (9.539.3644 en el año 2017, según datos del Instituto Nacional de Estadísticas -INE-), a un 76% de ciudadanos, bien jubilados o bien menores de 16 años, que por consiguiente, no formarán parte de la población ocupada en nuestro país.

Como se puede desprender de estos datos, el actual sistema de pensiones, resultará ineficiente para hacer frente a esta realidad. Máxime cuando a ello le debemos sumar la actual minoración del fondo de reserva de la Seguridad Social, del que en menos de 5

años (periodo 2012-2017), han desaparecido, a consecuencia de las continuas aportaciones extraordinarias al sistema, los cerca de 100.000 millones de euros de superávit que llegó a alcanzar en la etapa de mayor expansión de ingresos por cotizaciones.

El inexorable cambio de “falla demográfica” que se está operando en nuestro país y el envejecimiento de su población, convierten el modelo óptimo de pirámide de edad para cualquier sociedad avanzada, (representado mediante la típica forma gráfica del “abeto de navidad”), en un preocupante modelo gráfico en forma de “peonza”, caracterizado por una base cada vez más reducida y una parte superior cada vez más ampulosa.

Esta realidad social, obliga a una urgente revisión del sistema de pensiones. Un reciente informe del mes de octubre emitido por “el Departamento de Relaciones Laborales” de la Confederación Empresarial Española (CEOE), profundi-

zaba en este análisis y en la necesidad de hacer frente a una revisión del modelo que, sin lugar a dudas, no puede seguir basándose en el incremento continuo de los costes que soportan las empresas en materia de cotizaciones a la Seguridad Social, ni en la permanente incorporación de nuevos conceptos cotizables de las percepciones que estas abonan por sus trabajadores, como ha ocurrido en este año 2017.

La actual repercusión económica, que supone el sistema de cotizaciones en materia de Seguridad Social para las empresas, con un coste superior al 31% de aportación directa sobre la base reguladora de cada trabajador en la gran mayoría de los casos, se convierte en un lastre importantísimo para las empresas, en detrimento de la reutilización de estos recursos económicos, si se liberasen excedentes en los mismos, en unas mejoras de las percepciones salariales de sus trabajadores, vinculadas a incentivos en los incrementos de productividad y, por ende, en una mejora del poder adquisitivo de estos últimos.

Máxime cuando a pesar de todo ese esfuerzo económico realizado por las empresas, no deja de agudizarse el desequilibrio financiero en el sistema

público de pensiones y la grieta se hace cada vez mayor, por lo que no cabe duda de que toca un cambio en el modelo actual.

Ante esta realidad, aquellas empresas que por su actividad productiva requieren de un importante volumen de mano de obra intensiva para la realización de su actividad diaria, ven claramente lastrada su cuenta de explotación y resultados anual ante el coste directo en cotizaciones a la Seguridad Social que deben soportar por trabajador, como consecuencia de su modelo de negocio, en detrimento de aquellos otros negocios y actividades mercantiles emergentes (como por ejemplo las empresas de Tecnología de la Información y Comunicación, -TIC-, que ya representaron en el año 2016, el 5% del PIB de nuestro país), que no requieren de un número tan importante de trabajadores para la implantación de sus actividades, por lo que sus costes directos, con respecto a sus facturaciones, no se ven lastrados, por este concepto.

Aprovechando esta realidad social que nos describen ambos informes y a la que nos lleva nuestro futuro modelo demográfico, tal vez habría llegado el momento de afrontar la respuesta que se debe trasladar

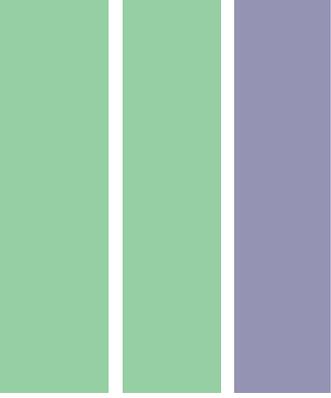
ante estos datos irrefutables:

1) La hucha de las pensiones, entendida como aquellos excedentes generados en el pasado, para hacer frente a las tensiones de liquidez, se agota inexorablemente, (pérdida de casi 100.000 millones de euros, en menos de 5 años).

2) Urgente necesidad de minorizar la sobrecotización, soportada por las empresas en algunos de los conceptos que conforman las cuotas a la Seguridad Social y que deben ser reducidos en una cuantía importante: por ejemplo, en las contingencias profesionales, tal y como plantea la propia CEOE.

3) La realidad del actual mercado de trabajo, con una excesiva precariedad consecuencia de una durísima y lenta salida de la recesión económica padecida por este país, y que ha llevado a una gradual pérdida de poder adquisitivo de los salarios y, por ende, de las aportaciones al sistema de cotizaciones a la Seguridad Social.

4) La vuelta a signos de inflación positiva, como la generada en el año 2016, (1,5%) lo que ha significado por primera vez, la pérdida de poder adquisitivo de las pensiones. La desvinculación del incremento de las pensiones de los IPC de cada uno de los años, como se



acordó aplicar a partir del año 2012, va a significar de presente y futuro, una progresiva pérdida del poder adquisitivo de las pensiones.

(Pensión media en el año 2017, según datos del INE, 923,23.-€).

- La constatación de que los potenciales consumidores de la actividad productiva generada en nuestro país, así como los activadores del consumo interno, en un corto periodo de tiempo y de forma mayoritaria, pasarán a ser los pensionistas.

Como podemos observar, la contundencia de datos aportados, obliga a instar, tanto al Gobierno como a los Agentes Sociales, a que asuman la urgente necesidad de situar el debate de las pensiones públicas en el centro de sus obligaciones.

Se debe afrontar con serenidad y naturalidad, la cruda realidad que en los próximos años va a tener que afrontar nuestro país. El envejecimiento demográfico es una realidad, que paradójicamente nos puede llevar al tantas veces añorado pleno empleo, pero que sin embargo, va a resultar del todo insuficiente para paliar la realidad socio-demográfica futura.

Y a la vez, debemos apostar

por la oportunidad que puede significar para las empresas, que de una vez por todas, se acabe aceptando el hecho de que las pensiones no pueden ser financiadas exclusivamente por las cuotas de las cotizaciones a la Seguridad Social de empresas y trabajadores, como ha venido sucediendo hasta la fecha, por lo que debemos incidir en buscar nuevas fórmulas que pasen por redistribuir y conjugar el coste de las mismas, entre nuevas variables, entre otras, una parte de imputación fiscal (impuestos directos y/o indirectos) para poder hacer frente al sostenimiento del sistema.

De forma complementaria y paralela, se debe rebajar la presión que, en materia de cotización empresarial a la Seguridad Social, llevan sufriendo históricamente las empresas con el actual modelo y que se ha visto incrementado en este año 2017, en casi un 3% de promedio, fruto de las últimas decisiones políticas en materia de cotizaciones.

Este cambio de modelo, debe garantizar que parte de esta liberalización de costes empresariales, se pueda destinar a posibles mejoras salariales vinculadas inexorablemente a incrementos productivos, (sin que ello en ningún caso deba

suponer un mayor coste empresarial), mejoras que permitan un incremento del poder adquisitivo de los salarios y una más necesaria que nunca, reactivación del consumo interno.

En definitiva, se trata de reconvertir este previsible problema, en una gran oportunidad, la de trabajar en la consecución de un sistema público de pensiones que garantice a sus potenciales beneficiarios, “los pensionistas”, un poder adquisitivo acorde con sus necesidades sociales, como un ejercicio elemental de justicia social, que a la par pueda revertir en un mayor incremento del consumo interno, tan necesitado para la viabilidad de nuestras empresas.

Narciso Riera Estrada
Abogado

COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA

EL TRIBUNAL SUPREMO ESTABLECE LA OBLIGACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE SUBROGAR A LOS TRABAJADORES EN CASO DE QUE SE PRODUZCA LA REVERSIÓN DEL SERVICIO CON RECUPERACIÓN DE LOS ACTIVOS MATERIALES NECESARIOS PARA SU DESARROLLO.

En la cuestión de la reversión del servicio público a la administración con recuperación de los elementos materiales necesarios para la prestación del servicio, los Tribunales, hasta ahora, habían venido rechazando de forma sistemática la obligación de la administración de subrogar a los trabajadores. En este sentido se pronunciaron las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2016 (rec. 349/2015), de 9 de diciembre de 2016 (rec. 1674/2015) y las de 26 de enero de 2017 (rec. 3847/2015 y 2982/2015) respectivamente.

Sin embargo, esta tendencia se ha roto con la sentencia dictada por la Sala IV del Tribunal Supremo el 19 de septiembre de 2017, al resolver el recurso de casación para unificación de doctrina 2612/2016; sentencia que quien suscribe conoce perfectamente al haber al haber llevado personalmente la dirección letrada del procedimiento que ha finalizado con la sentencia del Tribunal Supremo cuyo

comentario ahora nos ocupa.

En este caso, nuestro cliente resultó adjudicatario del servicio de restauración colectiva de los acuartelamientos que el Ejército de Tierra, dependiente del Ministerio de Defensa tenía en Burgos, señalándose en el pliego de prescripciones técnicas que dicho organismo aportaría las instalaciones correspondientes, cocinas industriales, cámaras industriales, comedores, etcétera, así como todos los aparatos, maquinaria, utensilios y menaje necesarios para el desarrollo de la actividad.

El 31 de diciembre de 2015, nuestro cliente dejó de prestar el servicio por cuanto que el Ministerio de Defensa, al día siguiente, comenzaría a realizarlo con su propio personal (personal militar que realizaba los servicios de cocina y limpieza) en las mismas instalaciones y prácticamente en las mismas condiciones en las que las desarrollaba nuestro cliente, razón por la cual el 28 de diciembre de 2015, se comuni-

có a las 21 trabajadoras, que a partir del 1 de enero de 2016, su nuevo empleador pasaría a ser el Ministerio de Defensa, el cual se subrogaría en todos los derechos y obligaciones derivados de su contrato de trabajo en los términos establecidos en el artículo 44 del ET.

Tanto el Juzgado de lo Social 3, como el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Burgos al resolver el recurso de suplicación, declararon la improcedencia del despido, condenando al Ministerio de Defensa a que a su opción, extinguiera la relación laboral de la trabajadora con el abono de la correspondiente indemnización o procediera a su readmisión con el abono de los salarios dejados de percibir, absolviendo a nuestro cliente.

El Ministerio de Defensa, disconforme con dicha decisión, planteó recurso de casación para unificación de doctrina que ha dado lugar a la sentencia cuyo análisis ahora nos ocupa y que concluye que:

1.- El hecho de que una administración recupere la prestación del servicio, anteriormente externalizado, bien con los mismos trabajadores que tenía la empresa que prestaba el servicio, bien con las mismas instalaciones, maquinaria, infraestructura que las que utilizaba la empresa contratista, o bien con ambos elementos determina que, normalmente, estemos ante un supuesto de transmisión de empresa al que le es de aplicación el artículo 44 del ET.

2.- El dato de que las infraestructuras o los medios materiales pertenezcan a la administración que descentraliza y las entrega a la empresa contratista para que lleve a cabo la actividad o el servicio encomendado no impide que se pueda apreciar una sucesión empresarial encuadrable en el ámbito de aplicación de la Directiva Comunitaria 2001/23/CE de 12 de marzo de 2001, para lo cual se hace eco de la doctrina del TJUE en el caso ADIF o Aira Pascual.

3.- Que para el TJUE no hay duda alguna de que la Directiva Comunitaria es aplicable cuando en un supuesto de reversión de contrata la reasunción de la actividad por parte de la administración va acompañada de la transmisión de los elementos

necesarios para desarrollar la actividad, entendidos tales elementos en un sentido amplio, de manera que incluya, los activos materiales, inmateriales, la clientela, la analogía o similitud de la actividad desarrolladas, y el hecho de que los elementos materiales asumidos por el nuevo empresario no pertenecieran a su antecesor, sino que simplemente fueran puestos a su disposición por la entidad contratante, no puede excluir la existencia de una transmisión de empresa en el sentido de la Directiva.

4.- Que nos encontramos en presencia de una actividad externalizada, primero y recuperada, después, como es la de la restauración colectiva, que no se basa única y exclusivamente en la mano de obra, sino al contrario, nos encontramos ante una actividad en la que para prestar el servicio encomendado hacen falta unas instalaciones y unos elementos propios de la actividad sin los cuales sería imposible la realización del servicio.

De la mera lectura de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en el recurso de casación para unificación de doctrina 2612/2017, el 19 de septiembre de 2017, se deduce claramente que el Tribunal Supremo ha

roto con la doctrina jurisprudencial que hasta ahora venía manteniendo en los supuestos de reversión, adecuándola a la doctrina del TJUE, al concluir que en los casos en los que la administración reasuma la actividad con su propio personal y con los medios que previamente había puesto a disposición de la empresa adjudicataria del servicio, por aplicación del artículo 44 del ET y de la Directiva Comunitaria, está obligado a subrogar a los trabajadores que venían prestando dicho servicio, incidiendo además, en que la aplicación de las normas estatales no pueden ir en contra de la doctrina comunitaria.

Finalmente, indicar que atendiendo al cambio de doctrina recogido en dicha sentencia, y a los pronunciamientos que se contienen en la misma, su afectación, excede de los supuestos de reversión de servicios de restauración en las administraciones, pues viene a evidenciar que salvo en aquellos supuestos en los que nos encontremos ante una actividad absolutamente desmaterializada y en la que no se ha producido la subrogación del personal será de aplicación el artículo 44 del ET.

Inés M^a Espinosa Rodrigo
Abogada

SENTENCIAS DEL MES

SENTENCIA DEL TJUE, DE 9 DE NOVIEMBRE DE 2017

¿CONFORME A LA NORMATIVA COMUNITARIA, EN QUÉ PERÍODO DEBEN DISFRUTARSE LAS 24 HORAS ININTERRUMPIDAS DE DESCANSO SEMANAL?

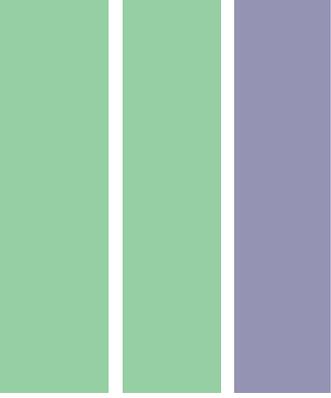
La cuestión a dilucidar en el presente asunto consiste en si el período mínimo de descanso ininterrumpido de 24 horas al que tiene derecho un trabajador debe serle concedido a más tardar el día siguiente a un período de seis días de trabajo consecutivos o no.

El demandante y el Gobierno portugués sostienen, en esencia, que, con arreglo al artículo 5 de la Directiva 2003/8, debe concederse el período de descanso semanal como muy tarde el séptimo día después de seis días de trabajo consecutivo.

En cambio, la empresa, los Gobiernos húngaro, polaco, finlandés y sueco, así como la Comisión, estiman fundamentalmente que esta disposición sólo impone que se conceda un período de descanso de, al menos, treinta y cinco horas por cada período de siete días y que, por lo tanto, el período de descanso semanal puede caer en cualquiera de los siete días de ese período.

Planteamiento que también compartía el Abogado General al afirmar que: “El art. 5 no exige que el período de descanso semanal se conceda necesariamente, como muy tarde, el séptimo día después de seis días de trabajo consecutivo, sino que esta disposición establece que dicho período de descanso debe concederse dentro de cada período de siete días. Lo que implica que puede obligarse a trabajar hasta doce días consecutivos, siempre y cuando se cumplan las demás disposiciones mínimas de la Directiva 2003/88, en particular las que se refieren al descanso diario y a la duración máxima de trabajo semanal”.

Enfoque que, finalmente, también ha asumido el TJUE (sentencia 9 de noviembre 2017, C-306/16). Este distingue entre concesión del descanso y el momento de disfrute del mismo. El art. 5 Directiva 2003/88 establece “los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores disfruten, por cada período de siete días, de un período mínimo de descanso ininterrumpido de 24 horas, a las que se añadirán las 11 horas de descanso diario”. Precepto en el que la expresión por cada período de siete días debe entenderse como concepto autónomo del Derecho de la Unión y debe interpretarse de manera uniforme en el territorio de ésta. No obstante, en la medida que dicho artículo no precisa el momento en que debe disfrutarse ese período mínimo de descanso y confiere, existe una “cierta flexibilidad a la hora de elegir dicho momento.



Siguiendo el planteamiento del Abogado general, el TJUE afirma que “en la mayoría de las versiones lingüísticas del mencionado artículo, se ha establecido que el período mínimo de descanso ininterrumpido debe concederse «por» cada período de siete días. Otras versiones se acercan más a la formulación de la versión francesa, que preceptúa que el descanso semanal deberá concederse «a lo largo de» cada período de siete días”.

Por consiguiente, el art. 5 exige que se conceda a todo trabajador, dentro de un período de siete días, un período mínimo de descanso ininterrumpido de 24 horas, a las que se añadirán las 11 horas de descanso diario establecidas en el artículo 3 de la Directiva 2003/88, aunque sin precisar el momento en que deba concederse ese período mínimo de descanso.

En segundo lugar, el periodo de 7 días al que alude el art. 5 de la Directiva, aunque no reciba esta denominación de forma expresa, puede calificarse como un “periodo de referencia”. Esto es, como un período fijo dentro del cual deben concederse un determinado número de horas de descanso consecutivas, con independencia del momento en que se concedan tales horas de descanso.

Partiendo de la base de que el artículo 16, letra a), de la Directiva 2003/88 preceptúa que los Estados miembros podrán establecer un período de referencia más largo para la aplicación del artículo 5 de dicha Directiva, relativo al descanso semanal, el TJUE entiende que “artículo 5 de la Directiva 2003/88, toda vez que impone a los Estados miembros la adopción de medidas que permitan a todos los trabajadores disfrutar de un período mínimo de descanso ininterrumpido de 24 horas, a las que se añadirán las 11 horas de descanso diario establecidas en el artículo 3 de la Directiva 2003/88, en el transcurso de un período de siete días, aunque sin fijar el momento en el que debe concederse ese período mínimo, confiere a dichos Estados miembros cierto margen de apreciación. Si bien no se opone a una normativa nacional que no garantice a un trabajador la posibilidad de disfrutar de un período mínimo de descanso a más tardar el inmediato día siguiente a los seis días consecutivos de trabajo, también es cierto que tal trabajador tendrá derecho en cualquier caso a la protección prevista en la Directiva 2003/88 en relación con el descanso diario y con la duración máxima del tiempo de trabajo semanal”.

Por todo ello, entiende el TJUE que “el artículo 5, párrafo primero, de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que no exige que el período mínimo de descanso semanal ininterrumpido de 24 horas al que tiene derecho todo trabajador sea concedido a más tardar el día siguiente a un período de seis días de trabajo consecutivos, pero sí que impone que sea concedido dentro de cada período de siete días”.

NAVARRO & ASOCIADOS ESTÁ FORMADA POR MÁS DE 30 PROFESIONALES QUE CUBREN DISTINTAS ÁREAS ECONÓMICAS Y LEGALES DE EMPRESAS DE TODOS LOS SECTORES.

Las oficinas del Bufete Navarro & Asociados están localizadas en:

VALENCIA

Gran Vía Marqués del Turia 13
46005 VALENCIA
Telf. 963 517 119
Fax. 963 528 729
www.bnya.es

MADRID

Castelló, 82, 6º Izda
28006 MADRID
Telf. 915 599 112
Fax. 915 417 084
www.bnya.es

BARCELONA

Balmes 176, Entlo. 1a
08006 BARCELONA
Telf. 931 621 448
Fax. 931 621 446
www.bnya.es

BILBAO

Henao, 11, 1ª Planta
48009 BILBAO
Telf. 944 243 426
Fax. 944 243 552
www.bnya.es

Coordinador de la Newsletter

Daniel Miñana Torres, Navarro&Asociados
info@bnya.es

Dirección de la Newsletter

Bufete Navarro&Asociados Abogados
www.bnya.es



SI NO DESEA RECIBIR LA PRESENTE PUBLICACIÓN MENSUAL, ROGAMOS LO COMUNIQUE A LA SIGUIENTE DIRECCIÓN DE CORREO ELECTRÓNICO: info@bnya.es

ASIMISMO SI EXISTE ALGUIEN EN SU EMPRESA QUE NO LA RECIBE, Y DESEA QUE SE LA ENVIEMOS, PUEDE COMUNICARLO IGUALMENTE A ESA MISMA DIRECCIÓN DE E-MAIL.