

CONTENIDOS

1. [Cambios en los aspectos esenciales de la Reforma Laboral - “Acuerdo de Presupuestos Generales del Estado 2019”.](#)

Isabel Merenciano, socia de BROSETA, directora del área Laboral en Valencia.

2. [A vueltas con el “*dies a quo*” del cómputo de los premisos retribuidos.](#)

Andrea Serra, abogada del área de Derecho Laboral de BROSETA.

3. [Imposibilidad de reclamar individualmente por despido frente al ERE que finaliza con acuerdo.](#)

Enrique García, abogado del área de Derecho Laboral de BROSETA.

4. [¿Puede el convenio colectivo exonerar de responsabilidad solidaria a la empresa entrante en la sucesión de contratas?](#)

Enrique Hervás, abogado del área de Derecho Laboral de BROSETA.

. . .

1. Cambios en los aspectos esenciales de la Reforma Laboral - “Acuerdo de Presupuestos Generales del Estado 2019”

A finales del mes de octubre la prensa se hizo eco de la propuesta del Gobierno a patronal y sindicatos sobre la contrarreforma laboral. Ante este anuncio el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social salió al paso afirmando que no se había hablado de un contrarreforma, pero sí de modificar los aspectos centrales de la misma.

En el Acuerdo de Presupuestos Generales del Estado 2019 suscrito entre Unidos Podemos y PSOE, bajo el subtítulo “Presupuestos para un estado social” y concretamente en materia de empleo se comprometen a impulsar la subida del Salario Mínimo Interprofesional, la recuperación del subsidio para mayores de 52 años, abordar una nueva regulación del sistema asistencial de protección por desempleo, derogar los aspectos más lesivos de la reforma laboral, o la conclusión de los tramitación de iniciativas parlamentarias en marcha.

Si nos detenemos en el examen de las políticas públicas de relaciones laborales, al margen de la subida del SMI a 900 euros /mes para 2019, se prevé recuperar un sistema de relaciones laborales garantista y equilibrado. Ello sobre la premisa que el modelo social modificado por el anterior Gobierno rompió el necesario equilibrio entre empresas y trabajadores y trabajadoras. En este punto los principales acuerdos se centran en derogar, antes de finalizar 2018, los aspectos más lesivos de la reforma laboral de 2012, y que particularmente se centran en materia de negociación colectiva.

Así en materia de negociación colectiva y a través de una aprobación prioritaria y urgente, se prevé ampliar el régimen de no caducidad del convenio colectivo a la finalización de su vigencia, es decir, ultraactividad.

En lo que a modificación sustancial de las condiciones de trabajo se refiere las modificaciones se centrarían en la revisión de las causas y del procedimiento. Mientras que en el ámbito de la contratación temporal las

medidas irán dirigidas a desvincular el contrato para obra o servicio determinando de la realización de trabajo o tareas en el marco de las contratas, subcontratas o concesiones administrativas. El refuerzo en materia de contrato a tiempo parcial de la obligación de constancia expresa del contrato de trabajo.

Otro de los objetivos se centra en la conclusión con urgencia de la tramitación parlamentaria de algunas de las Proposiciones de Ley cuya tramitación se inició en 2017 y todavía se encuentra en marcha. Nos estamos refiriendo a las propuestas de modificación del artículo 42 y 34 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET). La propuesta de modificación del artículo 42.1 del ET fue iniciativa del PSOE en Agosto de 2017, encontrándose actualmente en la Comisión de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, habiéndose planteado un número importante de enmiendas. En lo que respecta al artículo 34 del ET y la obligación de registro diario de jornada se encuentra en plazo de presentación de enmiendas hasta las 13/11/2018, ampliaciones para enmiendas que se están produciendo desde 16/11/2017.

Muchos de estos aspectos no son nuevos y debemos ponerlos en relación con el contenido del IV Acuerdo AENC 2018-2020 , de fecha 5 de julio de 2018, contemplándose en el mismo que durante su vigencia se inste a que de manera progresiva en los convenios se establezca un salario mínimo de 14.000 euros anuales, así como el impulso en la renovación y actualización de los convenios, articulando reglas sobre vigencia, ultra actividad y procedimiento negociador, manifestando la necesidad que durante la negociación los convenios conserven su vigencia.

Asimismo el IV Acuerdo apuntaba la necesidad de que aquellos acuerdos alcanzados en el bipartito se reenviarán al ámbito del tripartito con el Gobierno, con expresa referencia a una nueva regulación del artículo 42 del ET que garantizase las condiciones laborales en los procesos de descentralización productiva.

Así como ya anunciara Moncloa tras la presentación del IV Acuerdo por los interlocutores sociales, se han creado 5 mesas de diálogo social para la reforma del marco de relaciones laborales y negociación colectiva, donde se abordarán las bases de un nuevo Estatuto de los Trabajadores, contemplándose que estas mesas traten tanto la eliminación de la prevalencia de los convenios de empresa por encima de los del sector, o la reforma del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores para garantizar las condiciones laborales en los procesos de descentralización productiva.

Por último y relacionado con posibles novedades legislativas futuras, señalar que el Presidente del Gobierno adelantó ayer la aprobación de una serie de medidas para mejorar el mercado laboral (especialmente para atajar la precariedad y dualidad actual) relativas fundamentalmente a la simplificación de los contratos laborales en tres (indefinidos, temporal y formación), la reducción sustancial de las bonificaciones a la contratación (salvo las destinadas a colectivos desfavorecidos), la posibilidad de recuperar la jubilación forzosa por convenios colectivos, así como el establecimiento del registro obligatorio de los horarios de trabajo para evitar abusos y facilitar la resolución de discrepancias.

• • •

2. A vueltas con el “*dies a quo*” del cómputo de los permisos retribuidos

Cuatro sentencias consecutivas de la Audiencia Nacional (AN) (SSAN 13/06/2018, 20/06/2018 (2) y 28/06/2018) y la reciente cuestión prejudicial planteada al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) han vuelto a poner sobre la mesa el debate del “*dies a quo*” del cómputo de los permisos laborales retribuidos regulados en los apartados a) y b) del artículo 37.3 ET (concretamente los permisos por matrimonio, nacimiento de hijo y fallecimiento, accidente o enfermedad grave, hospitalización o intervención quirúrgica de familiar), en relación con lo previsto a tal efecto en el convenio colectivo de aplicación.

El conflicto parecía haberse zanjado tras el giro interpretativo de la STS 13 de febrero de 2018, en la que el Tribunal Supremo (TS) optaba por una interpretación lógico-sistemática – y no literal – de lo establecido en el convenio colectivo objeto del litigio (Sector de Contact Center). Esta doctrina suscitó un gran interés por ser absolutamente disruptiva con el criterio seguido por la AN, que había sostenido hasta el momento una interpretación literal del texto convencional, de modo que mantenía que el primer día del cómputo del permiso coincidía con el hecho causante, y no con el primer día laborable siguiente, y ello en base al argumento de que *“las normas establecidas en los convenios colectivos derivan de la voluntad negociadora, y dichas normas se deben respetar”*.

En su resolución de 13 de febrero de 2018, el TS criticó duramente esta interpretación de la AN, entendiendo que en los casos en los que el hecho causante del permiso en cuestión suceda en día no laborable para el trabajador, el cómputo se debe iniciar el primer día laborable siguiente, al considerar que *“el permiso se otorga para ausentarse en día laborable, pues en festivo no hace falta, porque no se trabaja, cosa distinta a la del cómputo de los días de permiso una vez iniciado”*.

En este contexto, las matizaciones efectuadas en los recientes pronunciamientos de la AN suponen ir un paso más allá a la hora de determinar el primer día de cómputo del disfrute del permiso. Así, la AN establece una diferencia entre los *“permisos largos”* como el de matrimonio, que da derecho a 15 días naturales de permiso, frente a los *“permisos cortos”*, concretamente por nacimiento de hijo y fallecimiento, accidente o enfermedad grave, hospitalización o intervención quirúrgica de familiar, que dan derecho a 2 días de permiso (4 si se requiere desplazamiento), al otorgar gran relevancia jurídica a la distinción legal y convencional entre *“días naturales”* y simplemente *“días”*, reconocidos a los permisos largos y cortos respectivamente.

En virtud de lo anterior, la AN considera que, en los *“permisos largos”*, por corresponder a días naturales, el día inicial del cómputo coincide con el del hecho causante, y no el primer día laborable, mientras que en los *“permisos cortos”*, el cómputo se iniciará en el primer día hábil siguiente a aquel en que se produzca el hecho causante.

De este modo, consideremos un supuesto en el que un trabajador – con jornada de lunes a viernes –, contrae matrimonio un sábado (no laborable). De mantenerse la postura adoptada por el TS, el cómputo del plazo se iniciaría el siguiente día laborable – en este caso, el lunes –. Mientras que, de seguir la interpretación de la AN, el cómputo se iniciaría el mismo día del evento – el sábado –, lo que implica que, paralelamente, y de ahí su importancia a efectos prácticos, existirán discrepancias en cuanto a la fecha de reincorporación efectiva del trabajador tras el disfrute del permiso. En efecto, la concurrencia de ambas posturas presupone distintos escenarios posibles y genera en definitiva muchos interrogantes en los actores sociales.

Es por ello que la AN ha estimado conveniente elevar esta cuestión al TJUE, mediante Auto de fecha 3 de septiembre de 2018, en el que se plantea al Tribunal europeo *“la posibilidad de negar a los trabajadores el derecho a disfrutar de los permisos retribuidos cuando el estado de necesidad coincide con los descansos semanales y vacaciones anuales, ya que dedican estos tiempos de descansos, cuya finalidad es otra, a atender situaciones de necesidad para las que están previstos los permisos retribuidos”*.

En definitiva, la cuestión prejudicial planteada por la AN, no hace sino poner de relieve la entidad jurídica de este conflicto interpretativo, toda vez que se trata de un tema de evidente trascendencia en la organización de la actividad diaria de las empresas, por afectar, entre otros aspectos, a la efectiva ordenación del tiempo de trabajo, así como a los correspondientes costes laborales asociados a los permisos retribuidos. Con todo ello, deberemos esperar al pronunciamiento del Tribunal europeo para ver resuelta definitivamente esta cuestión interpretativa.

3. Imposibilidad de reclamar individualmente por despido frente al ERE que finaliza con acuerdo

El Pleno de la Sala de lo Social del TS (STS 2 de julio de 2018, núm. 699/2018) ha concluido que, en los supuestos en que el período de consultas para la negociación de un Expediente de Regulación de Empleo, finalice con acuerdo, los trabajadores no podrán reclamar individualmente por despido frente a las CAUSAS justificativas invocadas por la empresa.

La Sentencia tiene su relevancia, no solo por su fundamentación jurídica, sino por lo ajustado del resultado: de los 11 magistrados que conforman el Pleno, emiten voto particular 5 de ellos, lo cual demuestra que la controversia jurídica ha sido –y será- intensa.

Cuando una empresa inicia el período de consultas en seno de un ERE, la ley, expresamente, obliga a las partes a negociar de buena fe con el fin de alcanzar un acuerdo. Sin embargo, no prevé que el citado acuerdo imposibilite la posterior impugnación individual del despido.

Paradójicamente, cuando el Estatuto de los Trabajadores se refiere a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, las cuales también llevan a aparejadas un proceso de negociación previo con la representación de los trabajadores, sí prevé el carácter vinculante del acuerdo alcanzado, estableciendo lo siguiente: *“cuando el período de consultas finalice con acuerdo, se presumirá que concurren las causas justificativas a que alude el apartado 1 y solo podrá ser impugnado ante la jurisdicción competente por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión”*.

El Pleno, en su Sentencia, se pregunta si tiene sentido mantener la imposibilidad de reclamar individualmente en los procedimientos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo colectivo, finalizados con acuerdo y, sin embargo, posibilitar que, en los procedimientos de despido colectivo, a pesar de que exista acuerdo que ponga fin al período de consultas, los trabajadores, a título individual, reclamen frente a la extinción de sus contratos.

Pues bien, por una mayoría de 6 magistrados frente a 5, la conclusión que alcanza el Pleno es la de imposibilitar a los trabajadores la reclamación individual frente a su despido siempre que el ERE haya finalizado con acuerdo, y ello con base y fundamento en lo siguiente:

1. La voluntad del legislador es la de reservar el procedimiento individual para las cuestiones relativas a la aplicación de las reglas de permanencia y no para la discusión de la concurrencia o justificación de las causas del ERE.
2. Las evidentes similitudes entre los procedimientos de modificación sustancial y despido colectivo
3. El efecto vinculante de todo acuerdo suscrito con la representación de los trabajadores.
4. *“Va contra el más elemental sentido común [SIC] que se admita la posibilidad de cuestionar en pleitos individuales la concurrencia y justificación de las causas del despido colectivo que fueron aceptadas por la representación de los trabajadores”*.

Una decisión que no es unánime. Como indicábamos, la Sentencia del Pleno cuenta con un voto particular de suma importancia, firmado por cinco de los once magistrados, que cuestiona, con poderosos argumentos, la decisión tomada.

Las voces discrepantes recuerdan que la limitación del proceso de impugnación del despido individual que, *de facto*, incorpora la Sentencia del Pleno, carece de previsión expresa; y que tal ausencia de previsión no ha sido, ni mucho menos, un descuido del legislador, sino una deliberada decisión habida cuenta de la importancia del control causal por parte de los órganos judiciales.

Es evidente que la decisión mayoritaria tiene como fin evitar un aluvión de demandas individuales en los

procedimientos de despidos colectivos que finalicen con acuerdo en el marco del período negociador; razonamiento que también comparten, en pos de la economía procesal, los magistrados discrepantes; ahora bien, sin llevarlo hasta sus últimas consecuencias, pues suponer que el acuerdo alcanzado en el período de consultas posee el mismo valor que una sentencia judicial, limita, en la práctica, el derecho a la tutela judicial efectiva.

Dada la importancia, no solo de la sentencia sino del voto particular emitido y, particularmente, de los poderosos argumentos jurídicos esgrimidos en uno y otro sentido, la controversia jurídica en este punto dista mucho de considerarse resuelta. Estaremos atentos a los pronunciamientos de los distintos Tribunales Superiores de Justicia y, sobre todo, al Tribunal Supremo la próxima vez que tenga ocasión de pronunciarse.

• • •

4. ¿Puede el convenio colectivo exonerar de responsabilidad solidaria a la empresa entrante en la sucesión de contratas?

El pasado 27 de septiembre, el Tribunal Supremo ha dictado una importante sentencia en materia de *subrogación convencional* [responsabilidad por deudas en sucesión de contratas intensivas de mano de obra], en la que aplicando la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea (TSJUE) contenida en el **asunto SOMOZA**, corrige su criterio mantenido hasta ahora para alinearse con jurisprudencia comunitaria.

La referida sentencia europea, dictada el pasado mes de julio por el TSJUE, daba respuesta positiva a una de las cuestiones prejudiciales planteadas por el TSJ de Galicia en aplicación de la **Directiva europea 2001/23/CE**, sobre *mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad*.

El caso enjuiciado por el TSJ gallego, analizaba de la prestación de servicios de un vigilante de seguridad en un museo estatal, que fue contratado inicialmente por una contrata de vigilancia y subrogado posteriormente por la nueva adjudicataria del servicio de vigilancia.

Recordemos que el Tribunal Supremo había dictado varias sentencias - las primeras en 2016- que en su día generaron polémica, en las que analizando convenios colectivos que establecían la obligación de subrogación de plantilla (Convenio de Seguridad y Convenio de Limpieza), exoneraba finalmente a la empresa entrante de las deudas contraídas por la saliente, por cuanto el convenio obligaba únicamente a ésta al pago de las retribuciones anteriores a la subrogación.

De este modo el Tribunal Supremo venía considerado que la subrogación en estos casos se producía en virtud del convenio colectivo y no por sucesión de plantillas y por tanto, la misma no se comprendía en el ámbito de la Directiva 2001/23 ni del artículo 44 ET.

Ante dicha circunstancia, el TSJ de Galicia formuló al TSJUE dos cuestiones prejudiciales, contestando éste de manera positiva a la primera de ellas, esto es, si resultaba de aplicación la Directiva 2001/23 al caso en el que una empresa cesa en la adjudicación de los servicios, descansando la actividad fundamental en mano de obra (seguridad) y la nueva adjudicataria se hace cargo de una parte esencial de la plantilla en virtud de lo dispuesto en el convenio colectivo de aplicación.

Al respecto, el TSJUE consideró que una actividad de vigilancia en un museo, puede considerarse una actividad que descansa fundamentalmente en mano de obra y por consiguiente, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera dicha actividad, puede – a falta de otros factores de producción, constituir una entidad económica. Por ello, si el nuevo adjudicatario se hace cargo de una parte esencial de la plantilla, la entidad se mantiene y ello con independencia, que la asunción venga determinada en la

norma convencional. Y a este supuesto, le resulta de aplicación la Directiva europea.

Tras dicho pronunciamiento, es ahora, cuando el Supremo resuelve por primera vez un asunto similar, en la que si bien allí se discutía sobre el Convenio de Seguridad (y ahora, se hace sobre el Convenio de Limpieza) resultan plenamente aplicables las premisas establecidas por la jurisprudencia comunitaria. En este caso, el Tribunal Supremo desestima el recurso formulado por Clece (empleador entrante) que fue condenada solidariamente al pago de deudas generadas por empresa saliente, revisando de este modo su última doctrina, para alinearse finalmente con los criterios de la justicia europea.

Por tanto, la conclusión es evidente. Los convenios colectivos en sectores intensivos de mano de obra, pueden o no prever la subrogación de personal, pero si lo hacen y se transmite una parte importante de la plantilla, resultará de aplicación la Directiva europea y por ende, el artículo 44 del ET, no siendo posible exonerar por pacto convencional a la empresa entrante de las deudas de la saliente.

Sin embargo, esta conclusión que pudiera resultar evidente a la vista de la doctrina comentada, no está exenta de dificultades y problemas interpretativos futuros. En este sentido, siempre hemos aceptado como válidos, los requisitos y procedimientos que los convenios colectivos establecían respecto a las condiciones propias de subrogación en actividades intensivas de mano de obra (exigencia de una antigüedad mínima, requisitos documentales, etc.) que si bien en ocasiones ordenan la transmisión de personal y evitan posibles abusos, pueden suponer en cierta medida, limitaciones no contempladas en el artículo 44 ET.

Dicho ello y a la vista de las consideraciones efectuadas en Somoza y Clece, los mencionados requisitos, podrían resultar del todo cuestionables en virtud del principio de jerarquía normativa. De este modo, si aceptamos que la subrogación convencional en estos sectores [donde la empresa entrante debe asumir una parte importante de la plantilla de la saliente], se convierte en una verdadera “sucesión de plantillas”, resultará de aplicación tanto la Directiva, como el 44 ET.

Estas circunstancias (ahora protectoras de los derechos de los trabajadores en procesos de transmisión) van a generar un evidente incremento de litigiosidad así como un aumento de la conflictividad por parte de los agentes sociales en la renegociación de cláusulas de subrogación convencionales en los referidos sectores.

Por otro lado, podrían plantearse nulidades, totales o parciales de las mencionadas cláusulas subrogatorias (contenidas en numerosos convenios), dificultando con ello los procesos de transmisión o incluso negando la subrogación en caso de obtenerse un pronunciamiento que declare nula la totalidad de cláusula convencional por entenderse que la no consideración de los requisitos pactados, vicia el contenido global del pacto convencional.

• • •

Si desea más información sobre estos temas o cualquier otro asunto relacionado, puede ponerse en contacto con el equipo de profesionales del área de Derecho Laboral de BROSETA.

Área de Derecho Laboral de BROSETA



José Manuel Copa
Socio
Director Área Laboral
jmcopa@broseta.com



Isabel Merenciano
Socia
Director Área Laboral
en Valencia
imerenciano@broseta.com



David López
Socio
Área Laboral
dlopez@broseta.com



Enrique Hervás
Abogado
Área Laboral
ehervas@broseta.com



Madrid. Goya, 29. 28001. T. +34 914 323 144

Valencia. Pascual y Genís, 5. 46002. T. +34 963 921 006

Lisboa. Av. António Augusto Aguiar, 15. 1050-012. T. +351 300 509 035

Zúrich. Schützengasse 4, 8001. T. +41 44 520 81 03

Firma miembro de la **Red Legal Iberoamericana**



Aviso legal. Esta publicación tiene carácter meramente informativo. La misma no pretende crear ni implica una relación abogado / cliente.
© BROSETA 2018. Todos los derechos reservados.