

Boletín N° 133

Noviembre 2017

Índice

Normativa

- Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del Sector Público.

Tribunales

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 9 de noviembre de 2017, sobre cuestión prejudicial relativa a la determinación de la base de cálculo de la prestación por desempleo (contratos a tiempo parcial de tipo vertical).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de fecha 21 de septiembre de 2017, sobre si la extinción del contrato por faltas de asistencia por enfermedad es discriminatoria.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de fecha 27 de septiembre, sobre la impugnación del convenio colectivo por falta de legitimación de la parte social.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de fecha 3 octubre de 2017, sobre indemnización de daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo y el efecto de cosa juzgada de la sentencia penal.
- Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de fecha 25 de octubre de 2017, sobre nueva cuestión prejudicial relativa a la doctrina Diego Porras.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 6 de julio de 2017, sobre despido por publicar mensajes en redes sociales en empresas de tendencia o ideológicas.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de fecha 3 de octubre de 2017, sobre indemnización por daños morales por no permitir la efectiva conciliación de la vida personal, familiar y laboral

Normativa

Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público

El pasado 19 de octubre, el Pleno del Congreso validó la nueva Ley de Contratos del Sector Público, rechazando todas las enmiendas planteadas por el Senado.

A continuación destacamos las **principales novedades** que incorpora la norma desde la perspectiva laboral:

Imposición de aplicar las condiciones del convenio colectivo sectorial a las empresas que liciten

Se han introducido una serie de disposiciones que fuerzan a aplicar el convenio sectorial (bien las condiciones salariales, bien todas las condiciones) a las compañías que quieran licitar, aun cuando tengan convenio colectivo de empresa.

La prioridad de las empresas que apliquen los convenios de sector se pone de manifiesto en aspectos tan relevantes como la inclusión en los pliegos de la necesidad de que la empresa cumpla las condiciones salariales de los trabajadores conforme al convenio sectorial de aplicación (art.122), la revisión en las ofertas anormalmente bajas de los posibles incumplimientos por el empresario del convenio colectivo de sector (art.149), el establecimiento, para la ejecución del contrato, de penalidades en caso de que se incurra en el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales o territoriales aplicables e incluso atribuir a este punto el carácter de obligación contractual esencial, que podrá dar lugar a la resolución del contrato o a la comisión de una infracción grave, (art.202).

Algún sector de la doctrina ha considerado que por esta vía se está dejando sin efecto la prioridad aplicativa del convenio de empresa frente al convenio colectivo del sector, lo que claramente beneficia a aquellas empresas sin convenio propio sujetas al convenio sectorial. En este sentido, el cambio normativo plantea importantes interrogantes: ¿Cómo es posible que tener un convenio de empresa, cumpliendo la legislación vigente, te haga de peor derecho en la contratación pública?, ¿Cómo siendo el ordenamiento jurídico uno y único, una ley de derecho público puede obligar a las empresas a incumplir otra ley de naturaleza laboral o excluirlas de la licitación por cumplirla?, ¿Cabe impugnar las licitaciones por incumplir la legalidad?

Subrogación en los contratos de trabajo

Se prevé en el art. 130 que el pliego de cláusulas administrativas particulares debe contemplar la obligación del contratista de responder de las obligaciones salariales y de Seguridad Social de los trabajadores que vayan a pasar por subrogación al siguiente contratista, sin que en ningún caso este último asuma los incumplimientos. Esta previsión es de gran relevancia para propiciar que las empresas se animen a licitar sin preocuparse de asumir deudas de sus predecesoras.

Otra cuestión importante es la previsión que establece que, en el caso de que una Administración Pública asuma la reversión de un servicio, deberá subrogarse –si así lo establece una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general- a la subrogación del personal de la contratista saliente. Esta previsión también plantea un interrogante de calado, ¿Cómo es posible conciliar esta exigencia con los requisitos de igualdad, mérito y capacidad que obligan a las Administraciones Públicas en la incorporación de mano de obra?

Tribunales

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 9 de noviembre de 2017, sobre cuestión prejudicial relativa a la determinación de la base de cálculo de la prestación por desempleo (contratos a tiempo parcial de tipo vertical).

En el presente supuesto, el TJUE resuelve una cuestión prejudicial planteada en el contexto de un litigio entre una ciudadana española y el Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE) por el cual se discute la determinación de la base de cálculo de la duración de su prestación por desempleo.

Concretamente, se trata de una limpiadora que, de manera ininterrumpida desde el 23/12/1999 hasta el 29/07/2013 ha estado trabajando a tiempo parcial de tipo vertical (teniendo dicha consideración aquél en el que la persona que lo realiza concentra sus horas de trabajo en determinados días laborables de la semana).

Por ello, y en virtud de la escala establecida por el art. 210.1) de la LGSS, la trabajadora considera que tiene derecho a una prestación por desempleo de 720 días, mientras que el SPEE, tras reclamación previa, le ha concedido una de 420 días. Para establecer esta duración, el SPEE se basa en que en caso de trabajo a tiempo parcial solo deben tenerse en cuenta los días efectivamente trabajados y no los años de cotización en conjunto, mientras que la demandante defiende que ha cotizado durante la totalidad de los seis años anteriores y que las cotizaciones se calcularon basándose en el salario que se percibe por mes completo y no por horas o días trabajados.

En estas circunstancias, el Juzgado de lo Social 33 de Barcelona suspende el procedimiento al plantearse si la norma nacional consistente en el Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, entra en contradicción con la Directiva 79/7/CEE relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, y ello por cuanto el art. 3.4 del RD excluye del cómputo como días cotizados los días no trabajados, con la consiguiente minoración en la duración de la prestación por desempleo, lo que en virtud de la Directiva podría tener consideración de una discriminación indirecta por razón de sexo, en tanto queda acreditado que la mayoría de los trabajadores a tiempo parcial vertical son mujeres.

Finalmente, el TJUE resuelve que efectivamente la Directiva 79/7 se opone a la mencionada normativa nacional en tanto, si bien resulta formulada de manera neutra, perjudica de hecho a un número mayor de mujeres que de hombres y no está justificada por factores objetivos que respondan a una finalidad legítima, por lo que las mismas resultan indebidamente perjudicadas por tal normativa.

Sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 21 de septiembre de 2017, sobre si la extinción del contrato por faltas de asistencia por enfermedad es discriminatoria.

La Sentencia del Tribunal Supremo, unificando doctrina, casa la Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia que consideró nula la extinción objetiva del contrato de una trabajadora amparada en el artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores, por faltas de asistencia por enfermedad que superaban el 25% de las jornadas hábiles en cuatro meses discontinuos en el período de doce meses.

Específicamente el Tribunal Superior de Justicia de Galicia consideró que el despido era nulo por discriminación al considerar a la actora afectada de “discapacidad” y atribuir a esta causa la decisión extintiva. Ello a la luz de la doctrina emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) en los asuntos *Chacón Navas* y *Ring* sobre el concepto de “discapacidad” de la Directiva 2000/78.

El Tribunal Supremo razona que la doctrina del TJUE no resulta aplicable al supuesto de autos por cuanto las enfermedades sufridas por la actora, de diversas naturalezas y no conexas entre ellas, no permiten considerar a la actora afecta de discapacidad de acuerdo al concepto contemplado en la mencionada Directiva. Razona asimismo que el indicio discriminatorio tampoco se desprende del propio artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores por cuanto el legislador ya excluyó del cómputo de las faltas, las ausencias que obedecían a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave.

Es por ello que en el presente asunto la Sala acuerda que, dado que los padecimientos aducidos por la trabajadora aun pudiendo ser crónicos no son graves, ya que dicha gravedad no ha sido afirmada en ninguna de las instancias del procedimiento, ni tampoco que exista una discapacidad, no se puede desprender que exista una finalidad discriminatoria en el mentado despido objetivo.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de fecha 27 de septiembre, sobre la impugnación del convenio colectivo por falta de legitimación de la parte social.

El Alto Tribunal conoce del recurso de casación interpuesto por dos organizaciones sindicales del sector del metal, por el que alegan, tal y como hicieron en la instancia, que el convenio de empresa no fue negociado y pactado entre la empresa y una representación sindical, sino por la representación unitaria de los trabajadores, lo que implicaría la incorrecta constitución de la parte social en la comisión negociadora y, por ende, la nulidad del Convenio impugnado.

La Sala desestima tal motivo del recurso por entender que no se aprecia en el supuesto enjuiciado ningún elemento que permita apreciar infracción del artículo 87 ET. En este sentido, se afirma en la resolución que la expresión “representación legal de los trabajadores” no debe interpretarse exclusivamente como una referencia a la representación unitaria de los mismos, sino que en tal concepto legal cabe entender tanto a los representantes electos de la plantilla como a los sindicales, e incluso a aquellos designados *ad hoc* para una negociación en particular.

Por ello, la Sala no aprecia vicio de nulidad del Convenio ya que la negociación del mismo se llevó a cabo entre la empresa y los representantes de las organizaciones sindicales más representativas, sin que el hecho de que en los concretos negociadores concurriese también la condición de miembros del comité de empresa desvirtúe la legitimación para negociar, por cuanto a su vez intervenían en las negociaciones como miembros de un sindicato.

Sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 3 de octubre de 2017, sobre indemnización de daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo y el efecto de cosa juzgada de la sentencia penal

En el presente caso, se cuestiona el alcance del efecto de cosa juzgada que puede producir en el proceso laboral una sentencia penal firme por la que se exonera de responsabilidad penal y civil al administrador

de una sociedad anónima y a ésta del delito contra la seguridad de los trabajadores, a raíz del accidente en que se vio implicado un trabajador a quien dejó secuelas que motivaron que fuese declarado en situación de gran invalidez.

La empresa recurrente fue absuelta de responsabilidad penal y, por ende, civil, en el proceso penal.

La Sala aclara en primer lugar que no existe responsabilidad civil distinta en función del órgano judicial en el que se reclama, ni del contrato civil o laboral del que deriva la responsabilidad, porque la responsabilidad civil por daño o acto ilícito es única. En este sentido, si se juzga sobre la responsabilidad civil en un proceso penal, sin que haya existido una reserva de acción civil posterior, ésta queda juzgada y no puede ser objeto de nueva reclamación, ya que de hacerse, lo que se estaría reclamando coincidiría con lo ya obtenido en el proceso penal, y el art. 24 de la Constitución y 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo impiden.

De acuerdo con lo anterior, el Tribunal Supremo concluye que la sentencia penal produce efecto de cosa juzgada en el proceso social, por cuanto la concreta acción ejercitada en la demanda origen del litigio social en nada difiere de la que solventó como exigencia de la responsabilidad civil aparejada al delito en el proceso penal, siendo los mismos demandantes y demandados, e idéntica la reparación perseguida con arreglo a unos mismos hechos.

Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de fecha 25 de octubre de 2017, sobre nueva cuestión prejudicial relativa a la doctrina Diego Porras.

El impacto de la STJUE de 14 de septiembre de 2016 sobre el caso de Diego Porras ha suscitado múltiples dudas en los litigios planteados con posterioridad en nuestra jurisdicción. En el caso original que dio lugar a la primera cuestión prejudicial, el TSJ de Madrid, tras elevar cuestión prejudicial al TJUE, condenó a la empresa a pagar una indemnización equivalente a 20 días de salario por año trabajado por extinción del contrato de interinidad.

Dicha resolución es recurrida en casación para unificación de doctrina. El Tribunal Supremo somete una cuestión prejudicial a fin de conocer si, en virtud de lo resuelto en la sentencia Diego Porras, denegar indemnización por finalización del contrato de interinidad sería o no contrario a la cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada que figura en el anexo de la Directiva 1999/70. En este sentido, si se interpreta que el TJUE ha establecido que todos los trabajadores temporales tienen que percibir una indemnización igual a los despidos objetivos (20 días) aun cuando la extinción se produzca por la válida finalización del contrato, nos hallamos ante la afirmación de que el legislador nacional ha de tratar todas las causas extintivas del mismo modo, aun cuando algunas de ellas afecten de modo exclusivo a la contratación temporal.

Principalmente, la problemática radica en que la ley nacional establece una diferencia de trato entre los contratos de duración determinada y, a fin de unificar los distintos pronunciamientos judiciales que en esta materia puedan producirse, suscita las siguientes cuestiones prejudiciales al TJUE: (i) ¿La cláusula 4 del Acuerdo Marco se opone a la normativa nacional en tanto no establece indemnización alguna para la extinción de un contrato de interinidad y, por el contrario, sí la establece cuando la extinción del contrato de trabajo obedece a otras causas legalmente tasadas?; (ii) en caso negativo, ¿se enmarca dentro del ámbito de la cláusula 5 la medida consistente en fijar una indemnización de 12 días por año trabajado, a percibir por el trabajador a la finalización de un contrato temporal aun cuando la

contratación temporal se haya limitado a un único contrato? y (iii) en caso positivo, ¿es contraria a la cláusula 5 del Acuerdo Marco una disposición legal que reconoce a los trabajadores de duración determinada una indemnización de 12 días por año trabajado a la finalización del contrato, pero excluye de la misma a los trabajadores de duración determinada cuando el contrato se celebra por interinidad para sustituir a un trabajador con derecho a reserva de puesto de trabajo?

Quedamos a la espera de respuesta del TJUE a fin de dilucidar las nuevas dudas que ha creado la doctrina Diego Porras.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 6 de julio de 2017, sobre despido por publicar mensajes en redes sociales en empresas de tendencia o ideológicas.

Esta sentencia resuelve el caso de un trabajador que fue despedido de su cargo de responsable máximo de comunicación interna y externa (redes sociales) del partido político Izquierda Unida y Alternativa por difundir en diferentes redes sociales y desde sus cuentas personales, expresiones contra el partido, que el Tribunal califica de lesivas para el derecho al honor, el ideario y la imagen exterior del mismo, declarando por ello procedente el despido disciplinario del recurrente.

El partido político consideró que el trabajador había vulnerado gravemente la lealtad en la gestión del trabajo encomendado, que producía además una ruptura de la confianza política depositada en su labor profesional, puesto que los diferentes mensajes publicados en redes sociales lo fueron por la persona que ejercía el cargo de representante de comunicación de partido.

El Tribunal sostiene, en base a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que quien fue la cara visible del partido político en las redes sociales, asumió en el momento en que decidió suscribir el contrato, que su derecho a la libertad de expresión quedaba limitado o modulado en favor de los derechos fundamentales que también asisten a la empresa, entre los que se encuentra el derecho al honor y a mantener intacto su ideario e imagen exterior. El Tribunal tiene en cuenta que las declaraciones del trabajador iban más allá de la pura crítica, dañando la imagen pública del partido, su ideario y además pudo influir en la opción que pudieran escoger los ciudadanos a la hora de votar el candidato elegido en las primarias.

Recalca el Tribunal que a estos efectos, es relevante la doble condición que ostenta el demandante. No solo ostentaba un cargo político como responsable de comunicación del partido, sino que ostentaba asimismo, la condición de trabajador, obligándose como tal a los elementales deberes de buena fe contractual. Por tanto, con la publicación de las declaraciones, estaba incumpliendo también las obligaciones derivadas de su contrato de trabajo, concretamente la de ser leal a la empresa encuadrada dentro de la general exigencia de buena fe contractual.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de fecha 3 de octubre de 2017, sobre indemnización por daños morales por no permitir la efectiva conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

El Tribunal Superior de Justicia de Asturias resuelve un caso en el que una trabajadora con jornada reducida por cuidado de hijo menor, se ve obligada a acudir durante 23 días, a un curso de formación

presencial en A Coruña, esto es, fuera de la localidad del centro de trabajo, situado en Oviedo, desatendiendo con ello a su hijo. Apreciando la vulneración del principio de igualdad, la Sentencia acuerda una indemnización por importe de 7.000 € para compensar los daños morales ocasionados a la trabajadora.

La empresa se encontraba en un proceso de reorganización interna, por lo que los trabajadores integrados en la categoría de Responsables de Venta, como es el caso de trabajadora recurrente, pasarían a la nueva Unidad de Reclamaciones Empresas. Por ello, sería necesaria una acción formativa de los trabajadores, ya que, de lo contrario se preveía que su puesto de trabajo quedaría vacío de contenido. La recurrente manifestó, dada su situación familiar, la dificultad que le suponía realizar presencialmente la mencionada formación, ofreciendo alternativas para realizar la formación en su domicilio laboral o a través de videoconferencia. A ello, la empresa replicó manifestando la necesaria asistencia a dicha formación debido a que los conocimientos a adquirir en la misma se presentaban como necesarios para el desarrollo del puesto de trabajo.

Ante dicha situación, la Sala declara que se produce una discriminación por razón de sexo, puesto que la decisión de la empresa afecta a la condición de madre que ostenta la trabajadora, y ello tiene una relación directa con el sexo de la misma. Determina el Tribunal que la trabajadora no se encuentra en las mismas condiciones que el resto de los trabajadores para acceder a la formación, debido a su condición de madre con reducción de la jornada laboral. Por ello, la empresa debió tener en cuenta la igualdad de oportunidades en materia formativa antes de obligar a la trabajadora a acudir a la acción explicada.

Destaca el Tribunal que la formación se reconoce como un derecho de los trabajadores (Art. 23 ET), y como tal no se puede imponer su realización de manera forzosa. Pero, se reconoce la posibilidad de mediante Convenio Colectivo se recoja la posibilidad de imponer a los trabajadores la asistencia obligatoria a los cursos de formación, incluso fuera del domicilio laboral, tal y como ocurre en el presente caso. Sin embargo, el Tribunal concluye que la norma convencional debe ser interpretada en armonía con el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres, de ahí que, imponer la asistencia a la formación a una trabajadora con reducción de jornada por cuidado de un menor supone una discriminación, puesto que sus posibilidades de desplazamiento no son las mismas, dadas sus circunstancias familiares.

Para más información, contacta con:

Marta Alamán

marta.alaman@es.pwc.com

Tel.: +34 915 684 544

Torre PwC

Paseo de la Castellana, 259 B

28046 Madrid

María Vidal

maria.vidal@es.pwc.com

Tel.: +34 932 532 746

Avenida Diagonal, 640

08017 Barcelona

El propósito de PwC es generar confianza en la sociedad y resolver problemas importantes. Somos una red de firmas presente en 157 países con más de 223.000 profesionales comprometidos en ofrecer servicios de calidad en auditoría, asesoramiento fiscal y legal, consultoría y transacciones. Cuéntanos qué te preocupa y descubre cómo podemos ayudarte en www.pwc.es

© Landwell - PricewaterhouseCoopers Tax & Legal Services, S.L. 2017. Todos los derechos reservados. "PwC" se refiere a Landwell - PricewaterhouseCoopers Tax & Legal Services, S.L. , firma miembro de PricewaterhouseCoopers International Limited; cada una de las cuales es una entidad legal separada e independiente.