

75
ANIVERSARIO
1940 / 2015



ANTRÀS
ABOGADOS ASOCIADOS

Desde 1940



NOVIEMBRE 2016

NEWSLETTER



Sucesión de empresa y reversión de la actividad previamente descentralizada.

En los últimos años, como consecuencia de factores diversos, se ha producido una tendencia, especialmente apreciable en el ámbito del sector público, a la reversión de los servicios que, previamente se habían descentralizado, para ser dispensados, de nuevo, con personal propio. Esta opción organizativa, absolutamente legal y amparada por la libertad de empresa, puede tener, sin embargo, importantes consecuencias en el ámbito jurídico laboral que no es posible desconocer. Una repercusión laboral que viene de la mano de los efectos jurídico laborales que el ordenamiento jurídico vincula a los fenómenos de transmisión de empresas.

Como es sabido, la transmisión de empresas, o, en terminología legal, el cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma, puede implicar, entre otros efectos, la obligación de que el nuevo titular, el nuevo empresario, con independencia del título jurídico que determine ese cambio de titularidad, quede subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, asumiendo las relaciones laborales que estaban vigentes en la empresa, centro o unidad adquirida. La aplicación de esa garantía subrogatoria —que tiene como objeto, según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, “impedir que los trabajadores afectados se vean en una situación menos favorable por la mera causa de la transmisión” (entre otras, STJUE de 6 de septiembre de 2011, asunto Scattolon, C-108/10)— requiere, sin embargo, que la transmisión “afecte a una entidad económica

que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria”. Si no se transmite esa entidad económica entendida como un conjunto organizado de elementos susceptible de explotación unitaria no habrá transmisión y, por ende, el nuevo empresario no habrá de subrogarse en los derechos y obligaciones de los trabajadores que estuviesen empleados en la unidad productiva transmitida.

La transmisión también puede operar cuando se produce la reversión de una actividad que, previamente realizada por la empresa adquirente, fue descentralizada, bien a través de una contrata o de una concesión, para pasar a volver a realizarse por la propia empresa. Pero para que ello ocurra tiene que darse el elemento transmisivo que hemos reseñado, una situación que la jurisprudencia considera que se produce cuando:

- la operación va acompañada de una cesión, entre ambos empresarios, de elementos significativos del activo material o inmaterial.
- o en determinados sectores, en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, aún sin existir cesión de elementos significativos de activo material o inmaterial, si el nuevo empresario continúa con la actividad y además se hace cargo de una parte esencial —en términos de número y de competencias— del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea.



Es precisamente, la ausencia de transmisión de los medios materiales ni de los recursos humanos precisos para la realización de tal actividad los elementos determinantes para que el Tribunal Supremo en recientes sentencias, de 9 de febrero del 2016 y de 12 de julio del 2016, considere que no se produce sucesión empresarial en dos supuestos en los que, tras la extinción de una contrata, la entidad que había descentralizado esa actividad continua realizándola pero ahora con los trabajadores de su plantilla y empleando a tal fin sus propios útiles, herramientas y demás recursos materiales.

Hay que advertir que la solución podría haber sido distinta, aún no existiendo asunción de plantilla ni de medios, si el convenio aplicable a la entidad que vuelve a asumir la actividad le hubiera impuesto la obligación de subrogarse. En los supuestos en los que la subrogación viene impuesta por el convenio colectivo será éste el que determine su extensión, alcance y operatividad. Lo cual nos fuerza a estar muy atentos también al régimen convencional que nos resulte de aplicación.

Trabajadores fijos discontinuos. Sobre el eventual computo del tiempo en que no se han prestado servicios a efectos de antigüedad y sobre la obligación de llamamiento durante la situación de IT.

El contrato fijo discontinuo, regulado en el art. 16 del ET, es un tipo de contrato indefinido que se acuerda para realizar trabajos que tengan el carácter de fijos, estables, pero discontinuos en el tiempo. Se trata de trabajadores cuya prestación de servicios no se realiza, por ello, de forma continuada en el tiempo sino en periodos que se repiten cíclicamente. Son ejemplos de contratos fijos-discontinuos: los servicios que se desarrollan con la temporada escolar, en la recogida de la fruta o trabajos de verano relacionados con el turismo.

En fechas recientes el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de dictar dos sentencias en relación a dos importantes aspectos de su régimen jurídico. En la primera de las sentencias a las que queremos hacer referencia, la STS de 20 de septiembre de 2016, en un conflicto suscitado entre la Agencia Tributaria y una trabajadora que prestaba servicios durante la campaña del IRPF, el Tribunal se enfrenta a la cuestión de cómo debe computarse el tiempo trabajado, si teniendo en cuenta exclusivamente los meses en los que efectivamente se ha prestado servicios durante la correspondiente campaña anual, o

todo el año completo, con inclusión de aquellas mensualidades en las que no se han desempeñado las funciones laborales.

Al respecto debe indicarse:

- que el Tribunal Supremo, recuerda que no estamos ante trabajadores temporales, cuyo vínculo se hubiere roto y su prestación de servicios estuviere interrumpida por la extinción del contrato, sino que, en el caso de los trabajadores indefinidos de carácter discontinuo, el nexo contractual con la parte empleadora está vigente desde su inicio, con independencia de la distribución de los tiempos de prestación de servicios en atención a los llamamientos que haga la empresa.
- No obstante, y a pesar de ello, el Tribunal considera que debe efectuarse una valoración casuística en la que se tenga en consideración, principalmente, la redacción del derecho cuya aplicabilidad se esté discutiendo. Negando la posibilidad de efectuar una aplicación mimética entre la antigüedad



del fijo discontinuo con la totalidad del tiempo de vinculación contractual ni limitar necesariamente esa antigüedad al tiempo de prestación de servicios efectivo.

- Se impone, de esta forma, 1) una actuación casuística en la que se atienda principalmente a la redacción del presupuesto de hecho del derecho cuya aplicabilidad se valore y 2) que en la redacción de las cláusulas que utilicen el parámetro de la antigüedad (pluses salariales, promoción profesional, mejoras voluntarias...) debamos de tener en consideración esta contingencia y su eventual incidencia respecto a este tipo de trabajadores.

De nuevo con fundamento en la existencia de un solo vínculo contractual, que no se extingue

ni se suspende en los periodos en los que no hay prestación de servicios, la STS de 14 de julio de 2016 va a considerar que en aquellos supuestos en los que el trabajador fijo discontinuo se encuentra en situación de incapacidad temporal “ello no exime de la obligación de llamamiento a la empresa quien de realizarlo, deberá proceder a dar de alta al trabajador sin perjuicio de cursar seguidamente la baja por Incapacidad Temporal, pudiendo de esta manera proceder a contratar interinamente a otra persona para que desempeñe el puesto de trabajo del enfermo si por conveniente lo tuviere a través del oportuno contrato de interinidad”.

Debe recordarse que si llegado el momento de del llamamiento, la empresa no se ha puesto en contacto con el trabajador para que se reincorpore a prestar servicios, se entenderá que la empresa le ha despedido.

La utilización de la grabación de videocámaras como medio de prueba lícito en un despido disciplinario.

El Tribunal Supremo, en la sentencia de 7 de julio de 2016, admite la licitud de un despido basado exclusivamente en la grabación efectuada a través de una videocámara. El Tribunal recogiendo la postura permisiva que el Tribunal Constitucional sostuvo en el asunto Bershka, sentencia 39/2016 de 8 de abril, frente a la más restrictiva del asunto Universidad de Sevilla, sentencia 29/2013, admite la licitud del despido por cuanto la concurrencia de una serie de circunstancias le impiden considerar que se haya vulnerado los derechos fundamentales del trabajador. Las circunstancias relevantes que el Tribunal valora son:

- *la existencia de una razón que justificaba la grabación: la existencia de un alto nivel de pérdidas de origen desconocido.*
- *el conocimiento por parte de los trabajadores de la existencia de videocámaras y la existencia de carteles indicativos.*
- *el carácter no reservado del espacio grabado: el almacén de la empresa*
- *la proporcionalidad de la medida: “al contrario de lo que sucedería con otras medidas tales como llevar a cabo controles aleatorios que acarrearían molestias innecesarias a trabajadores sin responsabilidad alguna en los hechos que dieron lugar a la adopción de la medida”.*



La prioridad aplicativa del convenio de empresa ‘ex’ art. 84.2 ET no beneficia a convenios de ámbito inferior a la empresa.

La reciente sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2016 declara que la prioridad aplicativa que el art. 84.2 del ET reconoce, en la regulación de determinadas materias, a los convenios de empresa respecto a los de ámbito superior “no es extensible a los convenios de ámbito inferior” y que constituyendo una excepción a la regla general de no concurrencia de convenios, regla que impide que estando vigente un convenio se pueda aplicar otro de ámbito distinto “como tal excepción ha de ser interpretada en los propios términos utilizados por el legislador”.

Esta interpretación restrictiva del art. 84.2 del ET supone la imposibilidad de que los convenios de ámbito de centro de trabajo puedan efectuar una regulación que se anteponga a la prevista en los convenios de sector en las importantes materias previstas en el aquel precepto (cuantía del salario base y de los complementos salariales, abono o compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos; horario y distribución del tiempo de trabajo; el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones; adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores y de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por esta ley a los convenios de empresa; medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal).

Aunque conviene no olvidar que la adaptación del marco regulador convencional al ámbito empresarial tiene, en el procedimiento de inaplicación convencional regulado en el art. 82.3 del ET, otro importante mecanismo de actuación. La prioridad reconocida en el art. 84.2 del ET presenta algunos beneficios que no tiene la inaplicación. Así, en primer lugar, no es precisa la concurrencia de causa alguna y, en segundo lugar, supone la consolidación de la unidad de negociación y por ello una mayor estabilidad y control de la regulación aplicable en la empresa.