

### *Actualidad Jurisprudencial Septiembre 2019*

#### **SUMARIO**

##### **1.- SUCESIÓN DE EMPRESA**

*Reversión del servicio de comedor de las escuelas infantiles municipales.*

##### **2.- NEGOCIACIÓN COLECTIVA**

*Normativa aplicable a trabajadores contratados por entidades municipales con sujeción a subvenciones públicas.*

##### **3.- SANCIONES**

*Sanción a un empleado con imágenes obtenidas a través del teléfono móvil de otro empleado.*

##### **4.- EXTINCIÓN DEL CONTRATO**

*Indemnización por finalización de contrato de interinidad*

##### **5. DOBLE ESCALA SALARIAL**

*Supresión del complemento de antigüedad y establecimiento de complemento “ad personam”*

##### **6.- PLAN DE IGUALDAD**

*Obligación de negociar, y en su caso acordar, los Planes de Igualdad en la empresa.*

\* Este Boletín se edita periódicamente por la Fundación para las Relaciones Laborales del Gobierno de Cantabria, a través del estudio y análisis previo de aquellas sentencias del orden social recientemente publicadas y/o que se consideran de relevancia jurídica o interés profesional.

## **SUCESIÓN DE EMPRESA**

### **1.-Reversión del servicio de comedor de las escuelas infantiles municipales**

#### **STS . 26-3-19, EDJ 563430**

Un Ayuntamiento venía prestando el servicio de comedor de escuelas infantiles subcontratando sucesivas empresas. En un determinado momento decide realizar el servicio con sus propios medios, en las mismas instalaciones y con los mismos materiales que fueron utilizando las anteriores contratistas. Dichas instalaciones y medios son propiedad del Ayuntamiento. La nueva prestación de servicios se realiza sin subrogación de los contratos de los trabajadores. La cuestión que se decide en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar si existe o no transmisión de empresa para deducir la responsabilidad ante los trabajadores de la última contratista que han visto extinguidos sus contratos de trabajo.

La sentencia recurrida razona que no estamos ante una sucesión convencional, ya que, si bien los convenios colectivos referidos a la hostelería que serían aplicables, recogen la subrogación empresarial, no son de aplicación al Ayuntamiento demandado, puesto que no están dentro de su ámbito funcional. Tampoco puede producirse la subrogación empresarial por la vía legal del art. 44ET porque no se ha llevado a cabo ninguna transmisión o cambio de titularidad, centro de trabajo o unidad productiva, sino que los elementos propios del comedor eran titularidad del Ayuntamiento. Finalmente, tampoco opera la sucesión de plantillas, todo ello en atención a la aplicación del 301.4 de la Ley de Contratos del Sector Público y la asunción por parte del Ayuntamiento de la actividad con su propio personal.

La Sentencia analiza la jurisprudencia tanto nacional como europea, en relación con la reversión de servicios públicos, analizando varios supuestos en los que una Administración Pública decide hacerse cargo de un servicio, previamente descentralizado para prestarlo de forma directa con su propia plantilla y con sus propios materiales. El dato de que las infraestructuras o los medios materiales pertenezcan a la administración que descentraliza y las entrega a una empresa contratista para que lleve a cabo la actividad o servicios no impide que pueda apreciarse una sucesión empresarial. En el supuesto que nos ocupa, resulta evidente que se ha producido un cambio en la titularidad de la utilización de los

medios de producción afectos al servicio contratado y la entrega de los elementos patrimoniales que revela la transmisión de un conjunto de instalaciones y medios que conforman una determinada actividad económica que mantiene su identidad una vez que el Ayuntamiento reasume el servicio, lo que hace patente la existencia de la sucesión de empresa con todas sus consecuencias con respecto a los trabajadores. Por todo ello se estima el recurso de casación planteado por la mercantil contratista, condenando al Ayuntamiento al ejercicio de la opción respecto a los trabajadores cuyas relaciones laborales habían sido extinguidas.

## **NEGOCIACION COLECTIVA**

**1.-. Normativa aplicable a trabajadores contratados por entidades municipales sujetos a subvenciones públicas.**

**STS . 1956/2019. Fecha 06/05/2019.**

Se trata de determinar cuál debe ser la fuente reguladora de las condiciones de trabajo, singularmente del salario, de un trabajador dedicado a las labores de construcción que ha sido contratado temporalmente por un Ayuntamiento que carece de convenio propio.

El trabajador fue contratado por un Ayuntamiento dentro del “programa de empleo joven 2014” aprobado por Decreto Ley 6/2014, d e29 de abril, de la Junta de Andalucía, y bajo la modalidad de contrato eventual por circunstancias de la producción, para la realización de trabajos de construcción.

Finalizado el contrato, sin que el ayuntamiento le abonara la indemnización por finalización de contrato ni las pagas extras, demanda el trabajador, solicitando además el derecho a percibir los salarios del convenio colectivo sectorial provincial de la construcción y el abono de las diferencias salariales derivadas.

Tanto la sentencia de la instancia como de suplicación entienden que no resulta de aplicación el convenio colectivo de la construcción puesto que el Ayuntamiento carece de convenio colectivo propio y el actor fue contratado con arreglo a un programa destinado a un determinado colectivo (jóvenes sin experiencia de edad comprendida entre 19 y 29 años), sujeto a subvenciones públicas, debiendo por ello estar a las condiciones de retribución establecidas en el mismo, sin que por ello se vulnere el derecho de igualdad del

actor, pues no puede pretenderse la aplicación del convenio provincial sectorial de la construcción a una relación laboral que se regula por un sistema privilegiado de acceso al empleo en una administración pública, en la que tal acceso debe basarse en los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

Recorre en casación el trabajador alegando que la contratación temporal vinculada a una subvención pública no justifica la inaplicación del convenio sectorial; e invoca de contraste la sentencia de la Sala de lo Social de TSJ de Cantabria, de 27 de enero de 2017, que, en este caso, desestimó el recurso de suplicación interpuesto por el Ayuntamiento de Piélagos, entendiendo que el convenio colectivo del Ayuntamiento no puede excluir al personal laboral temporal, por el hecho de no percibir su salario con cargo al capítulo de los presupuestos de dicha entidad local, ya que de ser así se estaría sometiendo a un nivel de empleo más precario y vulnerable a aquellos trabajadores que contrata de forma temporal con justificación en un alegado interés social, o en una subvención con cargo a presupuestos ajenos a la entidad.

Sin embargo, el TS no aprecia contradicción porque en la sentencia de contraste el Ayuntamiento afectado sí tenía convenio colectivo propio, y lo que se discutía era la aplicación o no a un trabajador concreto de ese Ayuntamiento del propio convenio colectivo de la entidad empleadora, concluyendo la Sala en ese caso que al persistir la condición de empleador del Ayuntamiento respecto del trabajador y teniendo aquél un convenio propio que contempla la categoría contratada, no se justifica la diferencia retributiva por el hecho de que el ente perciba subvención determinada legal y reglamentariamente.

Entiende el TS en el supuesto analizado, que una administración pública (que no tiene convenio colectivo u otro específicamente aplicable) no puede quedar afectada por lo dispuesto en un convenio sectorial del que no ha formado parte ni está representada por las asociaciones empresariales firmantes del mismo. Las Administraciones Públicas no pueden estar sujetas a normas convenidas por organizaciones patronales necesariamente guiadas por intereses particulares o sectoriales que muy difícilmente podrán coincidir con aquellos intereses públicos y generales que, como ocurre en este caso concreto, los Ayuntamientos están llamados a desempeñar, y por ello defiende que las asociaciones empresariales carecen de la representatividad necesaria para extender los efectos de una negociación colectiva a tales entidades.

Por tanto, el TS, en este caso, modifica la doctrina anterior, y respecto a la aplicabilidad de los convenios sectoriales en el ámbito de las administraciones públicas, rechaza tal aplicación cuando en el convenio sectorial no ha tenido participación el ente público afectado, alegando que las administraciones públicas no concurren en el mercado en el espacio sectorial en el que lo hacen las empresas afectadas por el convenio colectivo, sino que, generalmente, realizan actividades de naturaleza similar, normalmente de carácter instrumental, al servicio del interés público.

Asimismo, refleja la sentencia que los Ayuntamientos realizan actividades de muy diversa naturaleza y que aisladamente consideradas se corresponderían con las de muy diferentes convenios colectivos sectoriales, y que no cabe duda que la formalización por los Ayuntamientos de un convenio colectivo propio es la herramienta jurídica más adecuada para dar solución a esta problemática, en tanto que permite regular unitariamente las relaciones laborales de todos sus empleados y de todas las diferentes actividades que pudiere desarrollar en la prestación del servicio público. E igualmente, entiende que la ausencia del convenio colectivo podría ser solucionada mediante el recurso a los mecanismos previstos en el art 92ET, bien mediante la adhesión a otro convenio, bien mediante la extensión de otro convenio colectivo en vigor.

Por todo ello, desestima el recurso de casación interpuesto por el trabajador, estableciendo que ante la inexistencia de un convenio colectivo propio en este tipo de entidades públicas que desarrollan varias actividades, nuestro ordenamiento jurídico ofrece otras soluciones que no pasan por la distorsionada aplicación de varios convenios colectivos a una misma empleadora, principalmente que las partes (ayuntamiento y trabajador) pudieron pactar (como así lo hicieron en este caso), lo que tuvieran por conveniente dentro del respecto a la ley y a los mínimos de derecho necesario (art. 3.1.c ET). Y respecto del salario, pactaron el abono de la cantidad prevista como subvencionable por tal concepto en las instrucciones de la Junta de Andalucía, que resultaba ser sensiblemente superior a lo previsto para el Salario Mínimo Interprofesional vigente.

\*Esta sentencia contiene un **Voto Particular** formulado por el magistrado Fernando Salinas Molina, y al que se adhirieron tres magistradas más, entendiendo que la sentencia recurrida por el trabajador debiera haber sido revocada y que la doctrina unificada establecida por esta Sala de casación tendría que haber sido la misma que la ya establecida en Pleno en su STS/IV 07-10-2004 y STS/IV 01-06-2005, en las que, ante la inexistencia de convenio colectivo propio de la corporación municipal y sus trabajadores, la Sala

confirmó la aplicación del convenio colectivo estatal de centros de asistencia de educación infantil, y rechazó la pretensión del ayuntamiento que pretendía *“retribuir con el salario mínimo interprofesional a todos los empleados de la guardería, sean cuales fueren las diferencias existentes entre funciones a desarrollar y preparación, formación o titulación requeridas para el desempeño de cada una de ellas”*.

Entienden este Magistrado en su Voto Particular que *“la solución adoptada en esta sentencia supone un importante retroceso en las condiciones de trabajo del personal laboral que preste sus servicios en los distintos Ayuntamientos y en las diversas actividades que éstos realizan, cuando dicha entidad pública no tenga convenio colectivo propio, remitiéndoles a las condiciones mínimas del ET, incidiendo directamente en la precariedad en el empleo y en la desigualdad respecto a los trabajadores que efectúen la misma actividad para una empresa que no tenga la condición de Ayuntamiento (art 14 CE y 17 ET) , e incluso al no pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución (art 28 ET) si los afectados coinciden con otros trabajadores que a través de contratos o concesiones prestaran servicios para el ayuntamiento realizando análogos trabajos .”*

## Sanciones

### **3.- Sanción a un empleado con imágenes obtenidas por el teléfono móvil de otro empleado**

#### **Agencia Estatal de Protección de Datos, Resolución R/00411/2019**

En este caso un camarero es sancionado disciplinariamente con suspensión de empleo y sueldo por la comisión de varias infracciones recogidas en distintos videos, y en las que se observa al trabajador realizando tareas ajenas a sus obligaciones.

El trabajador presenta reclamación ante la AEPD denunciando que la empresa no le ha informado de la existencia de las cámaras de videovigilancia. Se requiere a la empresa por parte de la AEPD, y explica que las imágenes no fueron obtenidas por las cámaras de video vigilancia, sino por el teléfono móvil de un empleado. La empresa explica que el empleado estaba cansado de suplir la dejación de funciones del trabajador sancionado, y que por ello entregó las imágenes a la empresa.

La AEPD señala que la finalidad de las imágenes obtenidas a través del teléfono móvil, de otro empleado, es el control laboral por parte de la empleadora, y por tanto resulta de aplicación la normativa de protección de datos, que exige que el trabajador tenga conocimiento de la realización de las grabaciones y de la finalidad.

Por tanto la AEPT entiende que la empleadora es responsable del tratamiento de datos y al no haber informado al trabajador sobre esta utilidad de supervisión laboral vulneró el art.1 del RGPD, imponiendo una sanción de 12.000 euros. Así mismo afirma que el seguimiento diario al trabajador en el centro de trabajo, por parte de otro trabajador, supone una intromisión en su intimidad e imagen

## **EXTINCION DEL CONTRATO**

**4.- La extinción de un contrato de interinidad por vacante que se produce al cubrirse la plaza tras un proceso de selección no lleva aparejada indemnización. Análisis de la Jurisprudencia europea.**

**STS Unif. Doctrina 1474/2018 . Fecha 18/07/2019.**

La cuestión que se plantea en el Recurso consiste en resolver si la trabajadora que ve extinguido su contrato de interinidad por vacante al ser adjudicada la plaza que ocupaba interinamente, debe o no percibir una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, alegándose la sentencia *TJUE 14-09-16, C-596/14* Asunto Diego Porras.

Inicialmente, el Juzgado de lo Social dictó sentencia absolviendo a la empleadora de las pretensiones de la demanda. Recurrida en suplicación, la Sala de lo Social del TSJ estimó en parte el recurso planteado y revocó la sentencia condenando a satisfacer una indemnización a la trabajadora, por entender que, si bien el contrato fue extinguido válidamente y no se trata de un despido en sentido estricto, sí debe alcanzar el tratamiento de una causa objetiva debiendo indemnizarse con veinte días de salario por año de servicio. Dicha sentencia es recurrida por la Administración empleadora, aportando sentencia de contraste (*STSJ Madrid Rec. 498/2017* de 29 de junio). Se alega asimismo en el Recurso que no resulta de aplicación la doctrina contenida en la *STJUE C-596/14* del Asunto Diego Porras, ya que el contrato de interinidad se encuentra sometido por su propia naturaleza a una condición resolutoria que es la cobertura de la plaza por el procedimiento reglamentario. Por dicha razón no resultaría posible equiparar la indemnización derivada de la extinción de un contrato debido a causas objetivas con la de un contrato de interinidad por cobertura de plaza. Esa equiparación es la de la que parte la sentencia de segunda instancia ahora recurrida.

Al respecto, el TS analiza la regulación del contrato de interinidad, así como las causas de

extinción, contenidas en el art. 15 E.T. y que se desarrollan asimismo en el RD 2720/1998, y considera que no nos encontramos ante un despido si no ante una válida extinción de la relación laboral. De acuerdo a la regulación referida no conllevaría por tanto indemnización alguna.

El TS procede a examinar si dicho marco normativo es contrario a lo dispuesto en la Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio 1999. En la Cláusula 4 de dicho acuerdo se establece el principio de no discriminación, prohibiendo que las condiciones laborales de los trabajadores con contrato de duración determinada sean menos favorables que las de un trabajador fijo comparable.

En tal sentido, podemos pensar que los trabajadores con contrato de interinidad por vacante que han visto extinguido su contrato sin indemnización alguna pueden sufrir discriminación respecto a aquellos trabajadores con contrato indefinido a los que se les extingue por causas objetivas, vía art. 53.1 ET y que sí perciben una indemnización de 20 días por año de servicio. La respuesta ha de ser negativa, y ya fue resuelta en la *STJUE C-677/16* Asunto Montero Mateos de 05-06-18, que resolvió cuestión prejudicial del Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid . Así, dicha STJUE matiza que la extinción de un contrato fijo por las causas previstas en el art. 52 E.T. tiene lugar al producirse circunstancias que no estaban previstas en el momento de su celebración (lo que no sucede en aquellos contratos con duración determinada, que conocen la fecha, o al menos el acontecimiento que va a determinar su término). Concluye la resolución que el Derecho español no opera ninguna diferencia de trato entre trabajadores con contrato temporal y trabajadores fijos comparables, existiendo una razón objetiva que justifica la diferencia de trato controvertida.

Habida cuenta de las consideraciones anteriores, debe interpretarse que la cláusula 4 aptdo 1 del citado Acuerdo Marco no se opone a una normativa nacional que establece indemnización a los trabajadores fijos cuyo trabajo se extingue por causas objetivas pero que no prevé indemnización alguna a aquellos trabajadores con contrato de interinidad celebrados hasta la cobertura definitiva del puesto, que ven extinguido el mismo al ser adjudicada la plaza que venían ocupando.



## **DOBLE ESCALA SALARIAL**

### **5.- Supresión del complemento de antigüedad y establecimiento del complemento “ad personam”**

#### **TS unif doctrina 18-3-19, EDJ 567198**

En este caso un trabajador ve extinguida su relación laboral como consecuencia de un despido colectivo. Tras el despido interpone reclamación de cantidad por la cuantía correspondiente a un complemento de antigüedad que había sido suprimido antes de su ingreso en la empresa, pero que continuaban percibiendo una parte de los trabajadores. Por tanto, el trabajador considera que el abono de ese complemento supone un supuesto de doble escala salarial con trabajadores que cobran más por el mismo trabajo, vulnerándose así el principio de igualdad.

La demanda es desestimada en la instancia y posteriormente el TSJ estima el recurso planteado, ya que considera que, aunque con la entrada en vigor del último convenio aplicable ha desaparecido el complemento de antigüedad, siendo sustituido por un complemento “ad personam”, se sigue retribuyendo la antigüedad según la fecha de ingreso en la empresa.

La empresa interpone recurso de casación para la unificación de doctrina, siendo la cuestión planteada si se está o no ante una doble escala salarial.

El TS entiende que el complemento ad personam que sustituyó al complemento de antigüedad se trata de una mejora salarial revalorizable con el paso del tiempo, por lo que constituye una doble escala salarial fundada en el ingreso de la empresa. Así mismo se deniega el complemento a los trabajadores de ingreso a partir de 1995 sin dar justificación alguna, y aunque el convenio establece que el complemento se mantiene para respetar los derechos adquiridos previamente por los trabajadores, el complemento no se conserva de manera estática, sino que se le atribuye un carácter dinámico, sometándose a posteriores actualizaciones e incrementando otros conceptos salariales.

Por otro lado, el TS establece que, aunque el origen del complemento sea la negociación colectiva, no se acredita la finalidad ni la proporcionalidad de la medida adoptada en ningún caso, y a pesar de que el convenio colectivo está facultado para establecer determinadas

diferencias en función de las particulares circunstancias, el principio general a tener en cuenta es el de igualdad entre los trabajadores.

## **PLAN DE IGUALDAD**

### **6.-. Obligación de negociar, y en su caso acordar, los Planes de Igualdad en la empresa.**

**STS 213/2017. Fecha 13/09/2018.**

Antes de analizar en profundidad el presente caso, es importante precisar de forma sucinta cuáles son aquellos casos en los que existe obligatoriedad por parte de la empresa, de realizar un Plan de Igualdad. En este sentido, la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en los apartados 2, 3 y 4 de su artículo 45 establece que -en el momento de dictarse la sentencia- es obligatorio contar con Plan de Igualdad:

- En empresas con una plantilla superior a 250 trabajadores -como la del caso que nos ocupa-.
- Cuando la autoridad laboral hubiera acordado en un procedimiento sancionador la sustitución de las sanciones accesorias por la elaboración y aplicación de dicho Plan.
- Cuando lo establezca el Convenio Colectivo de aplicación.

Por otra parte, es interesante referirse al artículo 45.1 LOI, que recoge que las medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres deberán ser negociadas, y en su caso acordadas, con los representantes legales de los trabajadores.

En el caso que estamos analizando, la empresa, ante la falta de acuerdo con la representación de los trabajadores, decidió aprobar el Plan de Igualdad de forma unilateral. Sin tener en cuenta lo recogido en el Convenio Colectivo de aplicación, que establece que las empresas de más de 250 trabajadores deben contar con un Plan de igualdad por acuerdo entre la dirección y los representantes de los trabajadores. Siendo dicha apreciación determinante a la hora de considerar, sin lugar a equívoco, que la empresa no puede aprobar el Plan de Igualdad de forma unilateral, sino que está obligada a acordarlo con la representación de los trabajadores.

Por lo tanto, se declara la nulidad del Plan, por incumplimiento del Convenio Colectivo, al haberse aprobado sin el mencionado acuerdo.

Por otra parte, entiende el Tribunal Supremo que se produce vulneración del derecho de libertad sindical del sindicato demandante, en la medida en que la empresa ha ralentizado al máximo la negociación, puesto que ha eludido la entrega puntual de la información solicitada por la representación de los trabajadores, para realizar el diagnóstico, hasta el punto de que “ha sido la Inspección de Trabajo el verdadero motor de las acciones de la empresa”.

En este sentido, recoge la sentencia que “no puede entenderse que ha habido negociación de buena fe, cuando quien tiene la obligación de tener un plan de igualdad...adopta una actitud impeditiva del mismo, ralentizando la negociación y retrasando al límite la entrega de documentación”.