



EDITORIAL

En este boletín os ofrecemos la habitual reseña legislativa, así como dos nuevos comentarios jurisprudenciales. El primero, de Carolina Gala, se refiere a la responsabilidad de una empresa sucesora en materia de recargo de prestaciones, y el segundo, de Jorge Pérez, trata sobre las retribuciones en período vacacional.

LÉGISLACIÓN

LEY 39/2015, DE 1 DE OCTUBRE, DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS ([acceso al texto](#))

De esta norma, que entrará en vigor el próximo 2 de octubre, os destacamos los siguientes aspectos referidos al personal al servicio de las administraciones públicas:

El art. 14.2.e) dispone que estarán obligados a relacionarse a través de medios electrónicos con las administraciones públicas para la realización de cualquier trámite de un procedimiento administrativo, entre otros sujetos, sus empleados para los trámites y actuaciones que realicen con ellas por razón de su condición de empleado público, en la forma en que se determine reglamentariamente por cada administración. Por otra parte, desaparece la reclamación previa al ejercicio de acciones laborales, según se explica en la Exposición de Motivos, debido a la escasa utilidad práctica que ha demostrado.

Conviene recordar que, en virtud de su DF 5ª, en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la Ley (es decir, como máximo el 2 de octubre de 2017) deberán adecuarse a la misma las normas reguladoras estatales, autonómicas y locales de los distintos procedimientos normativos que sean incompatibles con lo en ella previsto.

LEY 40/2015, DE 1 DE OCTUBRE, DE RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO ([acceso al texto](#))

Esta ley, que también entrará en vigor el próximo 2 de octubre, dispone como nueva causa de abstención de autoridades y personal al servicio de las administraciones públicas, el vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable con cualquiera de los interesados, con los administradores de entidades o sociedades interesadas y también con los asesores, representantes legales o mandatarios que intervengan en el procedimiento. Así pues, ésta se añade a la causa de abstención ya vigente en el [art. 28 de la Ley 30/1992](#), relativa al parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado o de afinidad dentro del segundo.

REAL DECRETO 299/2016, DE 22 DE JULIO, SOBRE PROTECCIÓN DE LA SALUD Y LA SEGURIDAD DE LOS TRABAJADORES CONTRA LOS RIESGOS RELACIONADOS CON LA EXPOSICIÓN A CAMPOS ELECTROMAGNÉTICOS ([acceso al texto](#))

Esta norma estatal regula los riesgos laborales relacionados con la exposición a campos electromagnéticos, adoptada a raíz de la *Directiva 2013/35/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 sobre las disposiciones mínimas*

de salud y seguridad relativas a la exposición de los trabajadores a los riesgos derivados de agentes físicos (campos electromagnéticos). La norma establece unas disposiciones mínimas que tienen como objeto la protección de los trabajadores contra los riesgos para su salud y su seguridad que deriven o puedan derivarse de la exposición a dichos campos.

CRITERIO TÉCNICO 98/2016 SOBRE ACTUACIONES DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL EN MATERIA DE CUOTA DE RESERVA DE PUESTOS DE TRABAJO PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD ([acceso al texto](#))

Se emite este criterio para concretar el modo de determinar la cuota de reserva para personas con discapacidad, referido a todo tipo de empresas (incluidas las empresas públicas), pero no a la Administración, que cuenta con normativa específica. En el ámbito local se considera empresa pública a cualquiera en la que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen.

ORDEN ESS/1452/2016, DE 10 DE JUNIO, POR LA QUE SE REGULA EL MODELO DE DILIGENCIA DE ACTUACIÓN DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL ([acceso al texto](#))

Esta Orden regula el modelo de diligencia en las actuaciones de la Inspección y Seguridad Social en las visitas a centros de trabajo o comparencias, después de las últimas modificaciones efectuadas por la *Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización*, y la *Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social*.

SENTENCIAS

RECARGO DE PRESTACIONES: RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA SUCESORA INCLUSO CUANDO NO SE HABÍA RECONOCIDO EN LA FECHA DE LA SUCESIÓN

STS de 25 de febrero de 2016, recurso 846/2014 ([acceso al texto](#))

Comentada por Carolina Gala

Esta trascendente sentencia consolida la doctrina iniciada por el TS en el año 2015 y que implica un cambio radical de tendencia. Se debate si la empresa sucesora debe asumir el pago de un recargo de prestaciones vinculado a una pensión de viudedad derivada de una enfermedad profesional (producida por el amianto). El causante de la pensión había trabajado en los años 70 en una empresa absorbida posteriormente por otra.

El TS, de acuerdo con la doctrina reciente del TJUE y de lo dispuesto en el art. 168.2 LGSS (antiguo art. 127.2 de la LGSS de 1994) concluye que, efectivamente, la empresa sucesora debe abonar el mencionado recargo de prestaciones. Los argumentos son los siguientes:

a) El recargo de prestaciones tiene una naturaleza plural -resarcitoria y preventivo/punitiva-, pero a los efectos de la sucesión en la responsabilidad sobre el mismo, ha de primar la faceta indemnizatoria sobre la sancionadora o preventiva y, en consecuencia, las previsiones del art. 164.2 LGSS han de ceder frente al art. 168.2. Este criterio es del todo coincidente con la doctrina europea.

b) El art. 44.3 ET salva o se remite expresamente a la "legislación de Seguridad Social", donde el art. 168.2 LGSS señala que "en los casos de sucesión... el adquirente responderá solidariamente con el anterior o sus herederos del pago de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión".

Es cierto que el citado art. 168.2 se refiere específicamente a las "prestaciones" y no al "recargo de prestaciones", pero de todas formas la ausencia de precepto específico que regule el caso del recargo en los supuestos de transmisión de empresas, comporta una laguna legal que no puede ser cubierta con una interpretación extensiva o analógica de la intransmisibilidad "inter vivos" del recargo de prestaciones que establece el art. 164.2 LGSS, sino que, por el contrario, debe atenderse a una

aplicación -igualmente analógica o extensiva- del art. 168.2 LGSS, en tanto que esta solución resulta ajustada al principio de primacía del derecho comunitario (STJUE de 5 de marzo de 2015).

Asimismo, cabe reseñar que tanto la legislación como la jurisprudencia atribuyen al recargo tratamiento de prestación en aspectos variados: 1) su regulación en la LGSS se incluye en el marco de la acción protectora; 2) la competencia para imponerlo corresponde al INSS, al que precisamente la LGSS atribuye "la gestión y administración de las prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social"; 3) el procedimiento para imponer el recargo es el previsto para las prestaciones, debe ser objeto de la oportuna capitalización en la TGSS y es susceptible de recaudación en vía ejecutiva; y, 4) el plazo de prescripción es el mismo establecido legalmente para las prestaciones.

Es más, a igual conclusión lleva la terminología empleada por el propio art. 164 LGSS, al disponer que en los supuestos de infracción de medidas de seguridad "las prestaciones económicas... se aumentarán" en un determinado porcentaje; y aunque con tal expresión no se atribuye al recargo la cualidad de genuina prestación (siempre a cargo de la entidad gestora o Mutua), no es menos cierto que como mínimo parece asimilarlo a ella en términos que apoyan que a efectos de transmisión de empresas se le dé el mismo tratamiento -de prestación- que expresamente se le atribuye para los restantes aspectos de su gestión.

c) El art.168 LGSS dispone que "en los casos de sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio, el adquirente responderá solidariamente con el anterior o con sus herederos del pago de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión". Respecto a qué ha de entenderse por la expresión "causadas", ésta no debe interpretarse en un sentido formal y alusivo a las prestaciones-recargo "reconocidas" con anterioridad a la sucesión, sino al material de "generadas", habida cuenta de que esta conclusión no sólo es la que abona la propia terminología empleada, sino que es la interpretación más razonable cuando de su aplicación al recargo se trata, por cuanto habría de aplicarse a las enfermedades profesionales, y algunas de ellas son tan insidiosas y de manifestación tan tardía como la asbestosis o la silicosis, por lo que con cualquier otra interpretación se produciría una desprotección para el perjudicado que resultaría difícilmente justificable en términos de política legislativa. De manera que el art. 168.2 LGSS no sólo comprende los recargos de prestaciones que ya se hubiesen reconocido antes de la sucesión, sino que igualmente ha de alcanzar a los que, por estar en curso de generación el daño atribuible a la infracción de la medida de seguridad, se hallasen latentes a la fecha de cambio empresarial.

d) Debe tenerse muy presente la doctrina del TJUE ya que, si bien con anterioridad a la sentencia de 5 de marzo de 2015 era sostenible defender que la *Directiva 78/855* no alcanzaba al caso del recargo de prestaciones, por cuanto la indefinición del "activo" y el "pasivo" permitían excluir de tales conceptos las obligaciones y responsabilidades en materia de Seguridad Social, lo cierto es que tras dicha sentencia, donde se elabora un concepto uniforme a nivel de la Unión Europea de tales términos y se otorga a los mismos una amplitud que incluso abarca las responsabilidades derivadas de las infracciones laborales, tal exclusión ya no es posible. En consecuencia, cabe entender que el art. 168.2 LGSS resulta del todo conforme al Derecho europeo y a la jurisprudencia que lo interpreta; y en aplicación del mismo y del principio de especialidad, cabe imponer la responsabilidad del pago de un recargo de prestaciones a la empresa sucesora cuando aquél, además, se declaró después de la sucesión.

Esta sentencia del TS no sólo resulta relevante por asumir la imposición de la responsabilidad de la empresa sucesora en el pago de un recargo de prestaciones -criterio, lógicamente, también aplicable en el sector público-, sino también porque al admitir la aplicación en toda su amplitud de lo dispuesto en el art. 168.2 LGSS, la misma solución se aplicaría en otros supuestos similares, como por ejemplo una falta de alta o de cotización a la Seguridad Social anterior a la sucesión pero que produce efectos con posterioridad a la fecha de la misma (conforme al art. 167.2 LGSS, lo anterior supondría que la empresa o administración pública sucesora asumiría el pago solidario de la correspondiente prestación, aunque ésta se actualizara con posterioridad a la transmisión). Sin duda, como consecuencia de esta jurisprudencia, ahora resulta aún más necesario prestar atención a los posibles incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales o de obligaciones de la Seguridad Social en que hubiera podido incurrir aquella empresa, agencia o entidad que sea objeto de absorción, fusión o remunicipalización.

DERECHOS RETRIBUTIVOS EN VACACIONES

STS de 8 de junio de 2016, recurso 207/2015 ([acceso al texto](#))

Comentada por Jorge Pérez

Tanto en esta sentencia como en otra también de fecha 8 de junio de 2016 -sentencia 496/2016- se plantea una vez más la cuestión del alcance de los derechos retributivos de los trabajadores durante el periodo de vacaciones. Hasta estas dos sentencias, el TS venía sosteniendo que el convenio colectivo puede regular ese aspecto y que, por tanto, el importe a abonar a los trabajadores durante los periodos vacacionales será el fijado en la norma convencional, con independencia de si ese importe coincide o no con el de una mensualidad ordinaria o de qué conceptos resulten incluidos o excluidos, siempre que se respeten los mínimos de derecho necesario establecidos legalmente.

Tanto en la sentencia analizada como en la otra de la misma fecha, el TS reconoce el derecho de los trabajadores afectados a incluir dentro de su retribución de vacaciones, todos los complementos que hayan venido recibiendo habitualmente en el desempeño de su puesto de trabajo, con independencia de que tal inclusión venga establecida o no en el convenio colectivo aplicable. Por tanto, la retribución de las vacaciones deberá incluir todos aquellos conceptos salariales que los trabajadores vengan percibiendo de manera ordinaria, debiendo quedar excluidos únicamente los conceptos que tengan carácter extraordinario. A este respecto, hay que señalar que en la sentencia comentada el Tribunal excluye el concepto "bonus", al que atribuye un carácter extraordinario ciertamente discutible, puesto que si bien su periodicidad no es la ordinaria mensual, sino la anual, no parece que ello deba llevar necesariamente a concluir que se trata de un concepto extraordinario, máxime cuando su percepción es periódica y afecta a un colectivo significativo de trabajadores.

En realidad, la AN ya había estimado la pretensión de los trabajadores en el sentido del fallo de las sentencias del TS que ahora analizamos. En la sentencia de la AN de 11 de diciembre de 2014 incluso se comprendían los "bonus" dentro de la retribución de las vacaciones, pero el camino por el que uno y otro órgano judicial llegan a la misma conclusión es distinto. Refleja tal disparidad la existencia de dos votos particulares en la sentencia objeto del presente comentario, discrepantes ambos, aunque por razones diversas, con el razonamiento de la sentencia, pero coincidentes con el fallo de la misma.

La AN había entendido (y, con ella, el voto particular de la STS 597/2016 de 3 magistrados) que a tenor de lo que expone el TJUE -sentencias de 22 de mayo 2014, asunto C-139/12, y de 12 de junio de 2014, asunto C-118/13-, es claro que si el art. 31.2 de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* reconoce a todo trabajador el derecho a un período de vacaciones anuales retribuidas, y en su condición de principio de Derecho Social de la Unión, tiene el mismo valor jurídico que los Tratados, el art. 7 de la *Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo*, que reconoce ya dicho derecho, y por ende la jurisprudencia del TJUE que lo interpreta, puede ser invocada en un litigio entre particulares como en el asunto principal para garantizar el pleno efecto del derecho a vacaciones anuales retribuidas y dejar inaplicada, en su caso, toda disposición nacional contraria. No es éste el planteamiento de las dos sentencias del TS analizadas, las cuales, rectificando anterior doctrina, consideran que la retribución normal o media que ha de ser abonada a los trabajadores durante su período de descanso anual y que debe fijar la negociación colectiva en cada caso, según la normativa contenida en el art. 7.1 del Convenio 132 de la OIT y en el art. 7 de la *Directiva 2003/88*, ha de atender no obstante a la finalidad de descanso efectivo que tienen las vacaciones retribuidas y no puede disuadir o desincentivar su disfrute. Mientras duren las vacaciones anuales, por tanto, debe mantenerse la retribución del trabajador, quien debe continuar percibiendo la retribución ordinaria.

Así pues, y con lo que parece una marcada vocación de establecer un precedente relevante en la aplicación de la norma en ésta y en otras cuestiones, el TS concluye que los derechos retributivos de los trabajadores durante las vacaciones deben incluir la totalidad de conceptos salariales ordinarios. No obstante, la confrontación jurídica en la Sala sobre la fundamentación del fallo pone de relieve el alcance de este asunto y las importantes implicaciones que tiene resolver esta cuestión desde distintas perspectivas de razonamiento jurídico. En todo caso, no parece que el debate sobre la delimitación de los conceptos computables para determinar la retribución de las vacaciones haya quedado definitivamente cerrado