



EDITORIAL

En aquest butlletí us oferim l'habitual ressenya legislativa, així com dos nous comentaris jurisprudencials a càrrec de Carolina Gala, sobre la responsabilitat d'una empresa successora en matèria de recàrrec de prestacions, i de Jorge Pérez, relatiu a les retribucions en període de vacances.

LEGISLACIÓ

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

D'aquesta norma, que entrarà en vigor el proper 2 d'octubre, en destaquem els següents aspectes que tracten sobre personal al servei de les administracions públiques:

L'art. 14.2.e) disposa que estan obligats a relacionar-se a través de mitjans electrònics amb les administracions públiques per a la realització de qualsevol tràmit d'un procediment administratiu, entre d'altres subjectes, els seus empleats per als tràmits i actuacions que realitzin amb elles per raó de la seva condició d'empleat públic, en la forma que es determini reglamentàriament per cada administració. D'altra banda, desapareix la reclamació prèvia a l'exercici d'accions laborals, fet que s'explica en l'Exposició de Motius per l'escassa utilitat pràctica que ha demostrat.

Convé recordar que, en virtut de la seva DF 5a, en el termini d'un any a partir de l'entrada en vigor de la Llei (és a dir, com a màxim el 2 d'octubre de 2017) s'hauran d'adequar a aquesta les normes reguladores estatals, autonòmiques i locals dels diferents procediments normatius que siguin incompatibles amb el que la pròpia Llei preveu.

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

Aquesta llei, que també entrarà en vigor el proper 2 d'octubre, disposa com a nova causa d'abstenció d'autoritats i personal al servei de les administracions públiques, el vincle matrimonial o situació de fet assimilable amb qualsevol de les persones interessades, amb els administradors d'entitats o societats interessades i amb els assessors, representants legals o mandataris que intervinguin en el procediment. Així doncs, aquesta causa s'afegeix a la d'abstenció ja vigent a l'[art. 28 de la Ley 30/1992](#), relativa al parentesc de consanguinitat dins el quart grau o d'afinitat dins el segon.

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 ([accés al text](#))

Aquesta norma estatal regula els riscos laborals relacionats amb l'exposició a camps electromagnètics, adoptada arran de la *Directiva 2013/35/UE del Parlament Europeu i del Consell de 26 de juny de 2013 sobre les disposicions*

mínimes de salut i seguretat relatives a l'exposició dels treballadors als riscos derivats d'agents físics (camps electromagnètics). La norma estableix unes disposicions mínimes que s'adrecen a la protecció dels treballadors contra els riscos per a la seva salut i la seva seguretat que derivin o puguin derivar-se de l'exposició a aquells camps.

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 ([accés al text](#))

S'emet aquest criteri per concretar com es determina la quota de reserva per a persones amb discapacitat, relatiu a tot tipus d'empreses (incloent-hi les empreses públiques), però no a l'Administració, que compta amb normativa específica. Pel que fa a l'àmbit local, es consideren empreses públiques totes aquelles en què els poders públics puguin exercir, de manera directa o indirecta, una influència dominant per diferents motius: la propietat, la participació financera o les normes per les quals es regeixen.

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 ([accés al text](#))

Aquesta Ordre regula el model de diligència en les actuacions de la Inspecció i Seguretat Social en les visites a centres de treball o compareixences, després de les darreres modificacions efectuades per la *Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización*, i la *Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social*.

SENTÈNCIES

RECÀRREC DE PRESTACIONS: RESPONSABILITAT DE L'EMPRESA SUCCESSORA QUAN ENCARA NO S'HAVIA RECONEGUT QUAN ES VA PRODUIR LA SUCCESSIÓ

STS de 25 de febrer de 2016, recurs 846/2014 ([accés al text](#))

Comentada per Carolina Gala

Aquesta important sentència consolida la doctrina iniciada pel TS l'any 2015, que implica un canvi radical de tendència. Es debat si l'empresa successora ha d'assumir el pagament d'un recàrrec de prestacions vinculat a una pensió de viduitat derivada d'una malaltia professional (produïda per l'amiant). El causant de la pensió havia treballat durant els anys 70 en una empresa absorbida posteriorment per una altra.

El TS, d'acord amb la doctrina recent del TJUE i d'allò que disposa l'art. 168.2 LGSS (antic art. 127.2 de la LGSS de 1994) conclou que, efectivament, l'empresa successora ha d'abonar l'esmentat recàrrec de prestacions. Els arguments són els següents:

a) El recàrrec de prestacions té una naturalesa plural -en el sentit de rescabalar el dany i també de ser instrument preventiu i punitiu-, però a efectes de la successió en la seva responsabilitat, ha de prevaldre la vessant indemnitzatòria sobre la sancionadora o preventiva i, en conseqüència, les previsions de l'art. 164.2 LGSS han de cedir davant l'art. 168.2. Aquest criteri és del tot coincident amb la doctrina europea.

b) L'art. 44.3 ET salva o es remet expressament a la "legislació de Seguretat Social", la qual, a l'art. 168.2 LGSS, assenyala que "en els casos de successió... l'adquirent respon solidàriament amb l'anterior o els seus hereus del pagament de les prestacions causades abans de la successió".

És cert que el citat art. 168.2 es refereix específicament a les "prestacions" i no al "recàrrec de prestacions", però malgrat això l'absència d'un precepte específic que reguli el cas del recàrrec en els supòsits de transmissió d'empreses comporta una llacuna legal que no es pot resoldre amb una interpretació extensiva o analògica de la intransmissibilitat "entre vius" del

recàrrec de prestacions que estableix l'art. 164.2 LGSS, sinó que, per contra, s'ha d'aplicar -igualment de manera analògica o extensiva- l'art. 168.2 LGSS, perquè aquesta solució s'ajusta al principi de primacia del dret comunitari (STJUE de 5 de març de 2015).

Així mateix, cal subratllar que tant la legislació com la jurisprudència atribueixen al recàrrec tractament de prestació en aspectes variats: 1) la seva regulació a la LGSS s'inclou en el marc de l'acció protectora; 2) la competència per imposar-lo correspon a l'INSS, al qual precisament la LGSS atribueix "la gestió i administració de les prestacions econòmiques del sistema de Seguretat Social"; 3) el procediment per imposar el recàrrec és aquell previst per a les prestacions, ha de ser objecte de l'oportuna capitalització en la TGSS i és susceptible de recaptació en via executiva; i, 4) el termini de prescripció és el mateix que s'estableix legalment per a les prestacions.

Es més, a igual conclusió porta la terminologia del propi art. 164 LGSS, en disposar que en els supòsits d'infracció de mesures de seguretat "les prestacions econòmiques... s'augmentaran" en un determinat percentatge. Malgrat que amb aquesta expressió no s'atribueix al recàrrec la qualitat de genuïna prestació (sempre a càrrec de l'entitat gestora o Mútua), no és menys cert que com a mínim sembla assimilar-lo a ella en termes que recolzen que, a efectes de transmissió d'empreses, se li dispensi el mateix tractament -de prestació- que expressament se li atribueix per la resta d'aspectes de la seva gestió.

c) L'art.168 LGSS disposa que "en els casos de successió en la titularitat de l'explotació, indústria o negoci, l'adquirent respon solidàriament amb l'anterior o amb els seus hereus del pagament de les prestacions causades abans de la successió". Respecte a què s'ha d'entendre per l'expressió "causades", val a dir que no s'ha d'interpretar en un sentit formal i al·lusiu a les prestacions-recàrrec "reconegudes" amb anterioritat a la successió, sinó al material de "generades", atès que aquesta conclusió no només és la que abona la pròpia terminologia utilitzada, sinó que és la interpretació més raonable quan de la seva aplicació al recàrrec es tracta, ja que hauria d'aplicar-se a les malalties professionals, i algunes d'elles són tan insidioses i de manifestació tan tardanes como l'asbestosis o la silicosis, fet pel qual amb qualsevol altra interpretació es produiria una desprotecció per al perjudicat que resultaria difícilment justificable en termes de política legislativa. De manera que l'art. 168.2 LGSS no només comprèn els recàrrecs de prestacions que ja s'haguessin reconegut abans de la successió, sinó que igualment ha d'incloure els que, per estar en curs de generació el dany atribuïble a la infracció de la mesura de seguretat, es trobessin latents en la data de canvi empresarial.

d) S'ha de tenir molt present la doctrina del TJUE perquè, si bé amb anterioritat a la sentència de 5 de març de 2015 era sostenible defensar que la *Directiva 78/855* no incloïa el cas del recàrrec de prestacions, ja que la indefinició de l'"actiu" i el "passiu" permetien excloure d'aquests conceptes les obligacions i responsabilitats en matèria de Seguretat Social, el cert és que després d'aquella sentència, en què s'elabora un concepte uniforme a nivell de la Unió Europea dels esmentats termes i se'ls hi atorga una amplitud que fins i tot abasta les responsabilitats derivades de les infraccions laborals, tal exclusió ja no és possible. En conseqüència, s'ha d'entendre que l'art. 168.2 LGSS resulta del tot conforme al Dret europeu i a la jurisprudència que l'interpreta, i en aplicació d'aquest i del principi d'especialitat, s'ha d'imposar la responsabilitat del pagament d'un recàrrec de prestacions a l'empresa successora quan aquell, a més, es va declarar després de la successió.

Aquesta sentència del TS no només resulta rellevant per assumir la imposició de la responsabilitat de l'empresa successora en el pagament d'un recàrrec de prestacions -criteri, lògicament, també aplicable en el sector públic-, sinó també perquè en admetre l'aplicació en tota la seva amplitud d'allò que disposa l'art. 168.2 LGSS, la mateixa solució s'aplicaria en altres supòsits similars, com per exemple una manca d'alta o de cotització a la Seguretat Social anterior a la successió però que produeix efectes amb posterioritat a la seva data (conforme a l'art. 167.2 LGSS, això anterior suposaria que l'empresa o administració pública successora assumiria el pagament solidari de la corresponent prestació, malgrat la seva actualització amb posterioritat a la transmissió). Sens dubte, com a conseqüència d'aquesta jurisprudència, ara resulta encara més necessari prestar atenció als possibles incompliments en matèria de prevenció de riscos laborals o d'obligacions de la Seguretat Social en què hagués pogut incórrer aquella empresa, agència o entitat que sigui objecte de fusió, absorció o remunicipalització.

DRETS RETRIBUTIUS EN VACANCES

STS de 8 de juny de 2016, recurs 207/2015 ([accés al text](#))

Comentada per Jorge Pérez

Tant en aquesta sentència como en una altra també de data 8 de juny de 2016 -sentència 496/2016- es planteja de nou la qüestió de l'abast dels drets retributius dels treballadors durant el període de vacances. Fins aquestes dues sentències, el TS sostenia que el conveni col·lectiu pot regular aquest aspecte i que, per tant, l'import a abonar als treballadors durant els períodes de vacances és el fixat en la norma convencional, amb independència de si aquell import coincideix o no amb el d'una mensualitat ordinària o de quins conceptes resultin inclosos o exclosos, sempre que es respectin els mínims de dret necessari establerts legalment.

Tant en la sentència analitzada com en l'altra de la mateixa data, el TS reconeix el dret dels treballadors afectats a incloure en la seva retribució de vacances tots els complements que hagin rebut habitualment en el desenvolupament del seu lloc de treball, amb independència que aquesta inclusió s'hagi establert o no en el conveni col·lectiu aplicable. Per tant, la retribució de les vacances ha d'incloure tots aquells conceptes salarials que els treballadors percebin de manera ordinària, i han de quedar exclosos únicament els conceptes que tinguin caràcter extraordinari. Sobre això cal assenyalar que en la sentència comentada el Tribunal exclou el concepte "bonus", perquè li atribueix un caràcter extraordinari certament discutible, ja que si bé la seva periodicitat no és l'ordinària mensual, sinó l'annual, no sembla comporti necessàriament, com a conclusió, que es tracta d'un concepte extraordinari, i més quan la seva percepció és periòdica i afecta un col·lectiu significatiu de treballadors.

En realitat, l'AN ja havia estimat la pretensió dels treballadors en el sentit de la decisió de les sentències del TS ara analitzades. En la sentència de l'AN d'11 de desembre de 2014 fins i tot en formaven part els "bonus" dins la retribució de les vacances, però el camí pel qual els dos òrgans judicials arriben a la mateixa conclusió és diferent. Reflecteix aquesta disparitat l'existència de sengles vots particulars en la sentència objecte del present comentari, discrepants tots dos, però per raons diverses, amb el raonament de la sentència però coincidents, també ambdós, amb la decisió adoptada.

L'AN havia entès (i, amb ella, el vot particular de la STS 597/2016 de 3 magistrats) que segons el que exposa el TJUE -sentències de 22 de maig 2014, assumpte C-139/12, i de 12 de juny de 2014, assumpte C-118/13-, és clar que si l'art. 31.2 de la *Carta dels Drets Fonamentals de la Unió Europea* reconeix a tot treballador el dret a un període de vacances anuals retribuïdes, i en la seva condició de principi de Dret Social de la Unió, té el mateix valor jurídic que els Tractats, l'art. 7 de la *Directiva 2003/88/CE del Parlament Europeu i del Consell de 4 de novembre de 2003 relativa a determinats aspectes de l'ordenació del temps de treball*, que reconeix ja aquest dret, i també la jurisprudència del TJUE que l'interpreta, pot ser invocada en un litigi entre particulars com en l'assumpte principal per garantir els plens efectes del dret a vacances anuals retribuïdes i deixar inaplicable, en el seu cas, tota disposició nacional contrària. No és aquest el plantejament de les dues sentències del TS analitzades perquè aquestes, rectificant anterior doctrina, consideren que la retribució normal o mitjana que ha de ser abonada als treballadors durant el període de descans anual i que ha de fixar la negociació col·lectiva en cada cas, segons la normativa continguda a l'art. 7.1 del *Conveni 132* de l'OIT i en el art. 7 de la *Directiva 2003/88*, ha d'atendre no obstant a la finalitat de descans efectiu que tenen les vacances retribuïdes i no pot dissuadir o desincentivar el seu gaudi. En el transcurs de les vacances anuals, per tant, s'ha de mantenir la retribució del treballador, qui ha de continuar percebent la retribució ordinària.

En conclusió, i amb el que sembla una marcada vocació d'establir un precedent rellevant en l'aplicació de la norma en aquesta i en altres qüestions, el TS conclou que els drets retributius dels treballadors durant les vacances han d'incloure la totalitat de conceptes salarials ordinaris. No obstant, la confrontació jurídica en la Sala sobre la fonamentació de la decisió posa en relleu l'abast de l'assumpte i les importants implicacions que té resoldre aquesta qüestió des de diferents perspectives de raonament jurídic. En tot cas, no sembla que el debat sobre la delimitació dels conceptes computables per determinar la retribució de les vacances hagi quedat definitivament tancat.