

# Revista

## Noviembre 2018

### CONTENIDO

#### Noticias

La cesta de Navidad: ¿Condición más beneficiosa o no?

El Tribunal Supremo señala que el modo de adquisición del grado personal de funcionarios de carrera es aplicable a los interinos.

### COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA

STS 4ª 456/2018: Despido objetivo, novación contractual y garantía de indemnidad.

Fernando Izquierdo Monllor  
Abogado

### SENTENCIAS DEL MES



Sentencia del Tribunal Constitucional, de 31 de octubre de 2018. La subrogación del personal laboral en procesos de reversión en las Administraciones Públicas.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, de 6 de septiembre de 2018. Despido de un trabajador que se posiciona en situación de IT para realizar un viaje.

## LA CESTA DE NAVIDAD: ¿CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA O NO?

Pese a que ya se trata de una doctrina claramente definida por parte de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, esta sentencia supone un recordatorio idóneo en estas fechas. El Alto Tribunal considera que no se puede establecer como criterio general que la cesta de navidad constituya un derecho adquirido como condición más beneficiosa o una mera liberalidad empresarial, sino que ha de estarse a las circunstancias concurrentes en cada caso. Constituye condición más beneficiosa cuando permanece de manera continuada en el tiempo aunque suponga un gasto creciente a lo largo de los años, sin que sea significativo para alcanzar diferente conclusión el hecho de que el valor de la cesta variara en cada ejercicio. La cuestión objeto de debate consiste en determinar si la entrega de la cesta de Navidad en años anteriores fue un acto de mera liberalidad de la empresa o una implícita voluntad de reconocer a favor de los trabajadores un derecho

que ha quedado incorporado al nexo contractual, exigiéndose para su eliminación un acuerdo con la representación de los trabajadores o la tramitación de una modificación sustancial de condiciones de trabajo. La Sala, en su sentencia de 12 de julio de 2018, entiende que no se puede establecer como criterio general que la cesta de navidad constituya un derecho adquirido como condición más beneficiosa o una simple liberalidad empresarial no vinculante en años sucesivos, sino que ha de estarse a las particulares circunstancias concurrentes en el supuesto particular. En el presente caso la cesta de navidad es una condición más beneficiosa, a partir de los siguientes datos: La cesta de navidad se viene entregando sin solución de continuidad desde el año 2007 a un número de trabajadores creciente cada año pasando de 3.200 a más de 5.000 en 2013, lo que supone una manifestación de la voluntad de la empresa de mantenerla y

extenderla a los nuevos trabajadores pese al importante incremento en su número. El coste del gasto para la empresa se duplica a lo largo de los años pasando de 42.000 euros en 2007 a los 89.000 euros en 2014 lo que supone constituye un importante desembolso para la empresa que no avala la idea de una mera liberalidad. El esfuerzo logístico y organizativo que comporta el encargo y distribución de tan elevado número de cestas lleva a entender que la empresa actúa con voluntad de conceder el derecho más allá de una mera liberalidad. No son significativos para llevar a diferente conclusión los hechos de que cada año se cambiara el requisito de fecha de alta en la empresa para poder recibir la cesta, que el valor de la cesta variara en cada ejercicio y que en el año 2015 la cesta consistiera en un panetone de 4 euros sin que los trabajadores accionaran al respecto o que la cesta no se entregara antes de 2007.

## EL TRIBUNAL SUPREMO SEÑALA QUE EL MODO DE ADQUISICIÓN DEL GRADO PERSONAL DE FUNCIONARIOS DE CARRERA ES APLICABLE A LOS INTERINOS

La Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Supremo ha dictado una sentencia en la que fija que el artículo 70.2 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 364/1995, que establece el modo de adquisición del grado personal en la Administración del Estado, resulta de aplicación no sólo a los funcionarios de carrera sino también a los funcionarios interinos. Dicho artículo señala que todos los funcionarios de carrera adquirirán un grado personal por el desempeño de uno o más puestos del nivel correspondiente durante dos años continuados o tres con interrupción. En el caso concreto examinado, la Sala desestima el recurso de casación presentado por la Diputación Provincial de Málaga contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que dio la razón a un funcionario interino y señaló que tenía derecho a que se atendiese su solicitud de reconocimiento de consolidación de nivel de complemento de

destino 26 tras haber desempeñado durante 12 años, como funcionario interino, un puesto cuyo complemento de destino era de ese nivel, en concreto el de Director en el Centro provincial de Drogodependencia. El trabajador hizo la solicitud tras incorporarse al puesto de trabajo de médico del mismo Centro, cuyo complemento de destino era de nivel 24. La Sala confirma, en el asunto estudiado, que quien como funcionario interino ocupó durante doce años un puesto de trabajo de nivel 26, consolidó en ese tiempo el grado personal correspondiente, con el efecto de conservarlo aunque después pasase a desempeñar otro de nivel inferior. En primer término, el tribunal destaca la irrelevancia de los argumentos del recurso de la Diputación referidos a la adscripción provisional, al principio de igualdad o a una sentencia del Supremo de 2003 que fijó doctrina cuando existía adscripción provisional. Y ello “porque el puesto de trabajo

que el actor desempeñó durante aquellos doce años o durante algunos de ellos no se proyectó por medio de adscripción provisional; ni nos encontramos, por tanto, ante un litigio en el que hubiera de computarse para el reconocimiento de la consolidación solicitada un tiempo de trabajo prestado en adscripción provisional”. A ello añade que el grado personal y sus efectos jurídicos han de ser incluidos en el ámbito o en el concepto de “condiciones de trabajo” que utiliza la cláusula transcrita, pues así resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE, así como que el trabajador era “comparable” al funcionario fijo que hubiera desempeñado el mismo trabajo que desempeñó aquél durante aquellos doce años.

**Nota de Prensa del Consejo General del Poder Judicial**

## COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA

### STS 4ª 456/2018: DESPIDO OBJETIVO, NOVACIÓN CONTRACTUAL Y GARANTÍA DE INDEMNIDAD

El pasado abril, la Sección 1ª de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en sentencia 456/2018, unificó doctrina estableciendo que el despido objetivo de un trabajador, tras negarse a firmar una novación contractual, no vulnera la garantía de indemnidad y, por tanto, puede ser improcedente pero no nulo.

La cuestión que se planteaba en el pleito partía de la negativa de un trabajador, que prestaba servicios de prevención y extinción de incendios forestales, a novar su contrato y transformarlo en un contrato indefinido fijo discontinuo después de que la Comunidad de Madrid hubiera suprimido uno de los retenes, sin que el trabajador estuviera adscrito al mismo.

Tanto en primera instancia, el Juzgado de lo Social nº 1 de Móstoles, como en Suplicación, el Tribu-

nal Superior de Justicia de Madrid, entendieron que, si bien el despido era improcedente, no lo era nulo.

Se alzó en casación el trabajador esgrimiendo la sentencia de 20 de febrero de 2015, también del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que, se pronuncia en el caso de una empresa a la que la Comunidad de Madrid la había comunicado la reducción del servicio para que estaba contratada por lo que procede a acordar con los representantes de los trabajadores que aquellos que se adscribieran voluntariamente a una reducción horaria tendrían prioridad para cualquier incremento de horas futuro. En esta situación, la trabajadora afectada por la sentencia, no aceptó la oferta, acogiendo a su derecho a que se le respetara la jornada inicialmente pactada y, días después, la empresa

procedió a despedirla por causas objetivas.

Dicha sentencia de contraste razona que entre el ejercicio por la actora de su derecho a no prestar anuencia a la reducción de la jornada que venía desarrollando a tiempo completo y el despido objetivo, existió una evidente relación de causalidad. Una decisión que, a su vez, sin duda, le irrogó un perjuicio laboral patente cual es la extinción del contrato.

La sentencia finaliza señalando que el recurrente no ha articulado ningún motivo acerca de la procedencia de la medida extintiva, teniendo en cuenta que la sentencia de instancia resolvió que las causas objetivas invocadas no habían sido demostradas y carecían de razonabilidad, no ajustándose la justificación ofrecida al criterio de razonabilidad establecido ju-

risprudencialmente.

Por todo lo cual considera que la conducta empresarial vulnera la garantía de indemnidad y declara la nulidad del despido. Por tanto, resulta evidente la existencia de contradicción entre ésta y la recurrida.

No obstante, el Alto Tribunal, determinó que la doctrina correcta fue la establecida por la sentencia recurrida, apoyándose en los razonamientos de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de septiembre de 2015 alrededor de la garantía de indemnidad, en la que se establece que “la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se produce por irregularidades acaecidas dentro del proceso judicial que ocasionen privación de garantías procesales, sino que, asimismo, tal derecho puede verse también lesionado cuando su ejercicio, o la realización por el trabajador de actos preparatorios o previos necesarios para una acción judicial, produzca como consecuencia una represalia empresarial o, en todo caso, un efecto negativo en su posición y

patrimonio de derechos.

En suma, el derecho consagrado en el art. 24.1 CE no sólo se satisface mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, lo cual significa que del ejercicio de una acción judicial -individual o colectiva - o de los actos preparatorios o previos al mismo - incluso de reclamaciones extrajudiciales dirigidas a evitar el proceso - no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza”.

Siguiendo con dicha argumentación, se concluye que la negativa del trabajador a modificar su contrato de trabajo no puede incardinarse en un acto previo o preparatorio de una acción judicial, de manera que la reacción empresarial tampoco puede entenderse quiebra de la garantía de indemnidad. Y ello pese a que la conducta empresarial descrita genera consecuencias negativas para el trabajador y está realizada a continuación de una

negativa del trabajador a transformar su contrato de trabajo, pero esto no supone vulneración de la garantía de indemnidad ya que para que se produzca la misma, necesariamente ha de ir precedida del ejercicio por parte del trabajador de una acción judicial o de actos preparatorios o previos o reclamaciones extrajudiciales, conductas que no se habrían producido en el caso examinado.

En resumen, la jurisprudencia alrededor de esta cuestión es clara y meridiana, para poder entenderse vulnerada la garantía de indemnidad es precisa una reclamación judicial o extrajudicial, cualquier otro conflicto o discordia que pueda surgir con el trabajador no es fundamento suficiente para el despido se produzca en vulneración de la garantía de indemnidad, convirtiéndolo en nulo, todo ello sin perjuicio de que el mismo pueda ser considerado improcedente.

**Fernando Izquierdo Monllor**  
Abogado

## **SENTENCIAS DEL MES**

### **SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, DE 31 DE OCTUBRE DE 2018**

#### **LA SUBROGACIÓN DEL PERSONAL LABORAL EN PROCESOS DE REVERSIÓN EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS**

El Tribunal Constitucional ha resuelto un recurso de inconstitucionalidad y anula dos disposiciones de la Ley de Presupuestos que evitaban que los trabajadores de servicios revertidos a lo público fueran considerados empleados públicos.

La Disposición Adicional 26<sup>a</sup>, apartado uno, a) y b) de la Ley 3/2017, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, tiene como objetivo impedir la integración de los trabajadores de las empresas remunicipalizadas y, en general, las de aquellas en las que se ha producido la reversión a la Administración.

En concreto, la citada DA establece: “las Administraciones Públicas (...) no podrán considerar como empleados públicos de su artículo 8, ni podrán incorporar en dicha condición en una Administración Pública o en una entidad de derecho público: a) A los trabajadores de los contratistas de concesiones de obras o de servicios públicos o de cualquier otro contrato adjudicado por las Administraciones Públicas previstas en el artículo 2.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, cuando los contratos se extingan por su cumplimiento, por resolución, incluido el rescate, o si se adopta el secuestro o intervención del servicio conforme a la legislación de contratos del sector público que resultase aplicable a los mismos. b) Al personal laboral que preste servicios en sociedades mercantiles públicas, fundaciones del sector público, consorcios, en personas jurídicas societarias o fundacionales que vayan a integrarse en una Administración Pública”.

En este sentido, es preciso recordar que se produce la reversión de la actividad de una empresa pública o Administración cuando esta, habiendo subcontratado un servicio durante un tiempo, decide asumir el mismo con sus propios medios, extinguiendo la correspondiente contrata e interiorizando la prestación del servicio.

En primer lugar, el TC recuerda que la Ley de Presupuestos (LPGE) puede incorporar dis-

posiciones no estrictamente presupuestarias cuando la conexión de la medida incorporada a los PGE sea directa, inmediata y querida por la norma.

En todo caso, no ocurre así en la disposición impugnada, afirma el Tribunal, pues su finalidad no es la contención del gasto público, como argumenta el Abogado del Estado, ya que el gasto que generarán los trabajadores subrogados a la Administración existirá sea cual sea la forma o modalidad jurídica como se incorporen, ya que no puede llegarse a otra conclusión si se aplica el régimen laboral de sucesión de empresas.

Sin embargo, razona la sentencia, no es descartable que tal regla pudiera eventualmente tener algún efecto sobre el gasto público, pero el mismo no es inmediato ni directo y, en todo caso, tal eventual efecto no puede implicar que deba entenderse automáticamente justificada la inclusión en la Ley de presupuestos.

### **SENTENCIA DEL TSJ DE NAVARRA, DE 6 DE SEPTIEMBRE DE 2018**

#### **DESPIDO DE UN TRABAJADOR QUE SE POSICIONA EN SITUACIÓN DE IT PARA REALIZAR UN VIAJE**

El TSJ de Navarra resuelve un recurso interpuesto por un trabajador que fue despedido porque, en vez de reincorporarse tras la finalización de su excedencia voluntaria, el trabajador se cogió una baja médica para poder seguir disfrutando de un viaje en el extranjero.

El trabajador, que venía prestando servicios como fijo discontinuo, solicitó verbalmente a su coordinador la concesión de una excedencia voluntaria hasta finales de septiembre de 2017.

Tras la negativa de la empresa por encontrarse en aquellas fechas en plena compañía productiva, en fecha 13 de febrero de 2017 el trabajador solicita por escrito el disfrute de la excedencia entre el 1 de junio y el 30 de septiembre de 2017. El 8 de marzo de 2017 el trabajador reserva billetes de avión para viajar. En fecha 15 de marzo de 2017 la empresa le comunica la posibilidad de concederle la excedencia desde el 1 de mayo hasta el 31 de agosto, porque en esa fecha estarían en plena producción y lo necesitaban.

El 31 de agosto de 2018, a través de un compañero, el trabajador hace entrega a la empresa de un certificado médico por el que estaría de baja médica hasta el 23 de septiembre de 2018.

El trabajador viajó en avión, el 15 de agosto de 2018 y regresó el 19 de septiembre de 2018. Acudió a las oficinas de la empresa el 25 de septiembre de 2018 donde se le notificó su despido disciplinario por la comisión de falta muy grave de transgresión de la buena fe contractual del artículo 59.10 del convenio colectivo de aplicación.

La cuestión litigiosa consiste en determinar si la actitud del trabajador se considera una transgresión de la buena fe, a efectos de calificar la procedencia del despido.

En primer lugar, el TSJ considera que la empresa negó las fechas solicitadas por el trabajador de forma reiterada, por lo que dejó claras cuál eran sus obligaciones en plena campaña del tomate.

Por tanto, razona el Tribunal, de ello se deduce que el trabajador incurrió en un grave incumplimiento al no reincorporarse a la empresa hasta finales de septiembre, tras regresar de su viaje el 19 de septiembre. La empresa indicó de forma clara la fecha de reincorporación del trabajador el 31 de agosto de 2018 para la campaña de producción, por lo que el empleado conocía claramente la fecha de finalización su excedencia y la fecha de reincorporación.





NAVARRO & ASOCIADOS ESTÁ FORMADA POR MÁS DE 30 PROFESIONALES QUE CUBREN DISTINTAS ÁREAS ECONÓMICAS Y LEGALES DE EMPRESAS DE TODOS LOS SECTORES.

Las oficinas del Bufete Navarro & Asociados están localizadas en:

VALENCIA

Gran Vía Marqués del Turia 13  
46005 VALENCIA  
Telf. 963 517 119  
Fax. 963 528 729  
www.bnaya.es

MADRID

Castelló, 82, 6º Izda  
28006 MADRID  
Telf. 915 599 112  
Fax. 915 417 084  
www.bnaya.es

BARCELONA

Balmes 176, Entlo. 1a  
08006 BARCELONA  
Telf. 931 621 448  
Fax. 931 621 446  
www.bnaya.es

BILBAO

Henao, 11, 1ª Planta  
48009 BILBAO  
Telf. 944 243 426  
Fax. 944 243 552  
www.bnaya.es

Coordinador de la Newsletter

Daniel Miñana Torres, Navarro&Asociados  
info@bnaya.es

Dirección de la Newsletter

Bufete Navarro&Asociados Abogados  
www.bnaya.es



**NAVARRO & ASOCIADOS**  
Abogados

**SI NO DESEA RECIBIR LA PRESENTE PUBLICACIÓN MENSUAL, ROGAMOS LO COMUNIQUE A LA SIGUIENTE DIRECCIÓN DE CORREO ELECTRÓNICO: info@bnaya.es**

**ASIMISMO SI EXISTE ALGUIEN EN SU EMPRESA QUE NO LA RECIBE, Y DESEA QUE SE LA ENVIEMOS, PUEDE COMUNICARLO IGUALMENTE A ESA MISMA DIRECCIÓN DE E-MAIL.**