

OCTUBRE 2017

NÚM. 6

BUTLLETA D'ACTUALITAT JURÍDICA



TAULA DE CONTINGUTS

DRET CIVIL

IVAN RODRÍGUEZ FLORIDO

Los servicios de UBER son servicios de transporte según el Abogado General del TJUE (Conclusiones del Abogado General de 11 de mayo en el asunto c-434/15).

El 11 de mayo de 2017 se publicaron las Conclusiones del Abogado en la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado Mercantil 3 de Barcelona a raíz del litigio entre Élite Taxi y Uber Systems Spain, S.L.

DRET CONCURSAL

BÀRBARA LÓPEZ RIPOLL

Reglamento (UE) Núm. 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de Mayo de 2015, Sobre Procedimientos de Insolvencia.

Comentario al citado texto, que entró vigor el día 26 de junio de 2017, se reforma y refunde el "Reglamento (CE) núm. 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia".

DRET PENAL

CRISTINA MOLINS JOLY

Comentario a la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo núm. 481/2017, de 28 de junio de 2017.

La multirreincidencia en los delitos leves de hurto.

DRET LABORAL

MIQUEL FORNIELES

Vacances: Aspectes bàsics i problemàtiques habituals.

L'article aborda les qüestions bàsiques en aquesta matèria i les principals problemàtiques amb les en relació a aquest dret dels treballadors.

DRET ADMINISTRATIU

JOAQUIM SALLARES VIADER

La Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, Sala del Contenciós Administratiu, Secció Tercera, de 29 De Maig De 2017.

Es comenta la Sentència en relació a la impugnació de la Modificació del Pla especial d'establiments de concurrència pública, hoteleria i altres activitats a Ciutat Vella aprovat el 2013.

ALEKSANDRA CZAJKA

A la espera del pronunciamiento del TJUE sobre la legalidad de la aplicación del artículo 150.4 TRLCSP en los procedimientos abiertos.

Mediante dicho artículo los poderes adjudicadores establecen en los pliegos criterios de adjudicación que operan en fases sucesivas del concurso para eliminar ofertas que no superan un umbral mínimo de puntuación.

ANNA-CLARA MARTÍNEZ FERNÁNDEZ

Las cláusulas de reserva social en la contratación pública y su posible elusión.

Cada vez son más los legisladores que perciben la contratación pública como una actuación de los poderes públicos en nuestra vida social y política, más allá de la tradicional visión como medio para abastecerse de servicios o de materias en las condiciones económicamente más ventajosas.

DRET CIVIL

IVAN RODRIGUEZ FLORIDO

LOS SERVICIOS DE UBER SON SERVICIOS DE TRANSPORTE SEGÚN EL ABOGADO GENERAL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL DE 11 DE MAYO EN EL ASUNTO C-434/15).

El 11 de mayo de 2017 se publicaron las [Conclusiones del Abogado General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea \(TJUE\), Sr. Marciej Szpunar, en la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona en el marco de un litigio entre la Asociación Profesional Élite Taxi y Uber Systems Spain, S.L.](#)

I.- Contexto de la cuestión prejudicial. Demanda de la Asociación Profesional Élite Taxi Barcelona contra UBER.

La Asociación Profesional Élite Taxi de Barcelona interpuso en octubre de 2014 una demanda contra la empresa UBER, concretamente contra el servicio *Uber-Pop*, por vulneración de la normativa en materia de transporte de viajeros y competencia desleal por carecer de las preceptivas licencias de conductores que exige la normativa para los taxistas.

Al considerar relevante la aplicación e interpretación de normativas comunitarias, el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona planteó una serie de cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

Una de las cuestiones esenciales en el litigio es la calificación del servicio que presta Uber, pues si se considera que presta el "servicio de la sociedad de la información" se beneficiaría del principio de libre prestación de servicios, no siéndole exigible autorización alguna.

En cambio, si se considera que su actividad está incluida en el ámbito del transporte deberá acogerse a los requisitos y límites que establecen los Estados miembros, en el caso español: la exigencia de una licencia previa para su actividad.

Esta segunda opción es la tesis que acoge el Abogado General del TJUE en sus conclusiones.

II.- El carácter no vinculante de las conclusiones del Abogado General.

El rigor jurídico obliga a una advertencia previa: las conclusiones del Abogado General no son en ningún caso vinculantes para los magistrados del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

Las conclusiones de los Abogados Generales son únicamente la opinión de un jurista de reputado prestigio que tienen por finalidad asistir al TJUE al resolver la cuestión prejudicial.

Sin perjuicio de lo anterior, y pese a no revestir carácter vinculante, las sentencias del TJUE suelen coincidir en un 67% de los casos con las conclusiones del Abogado General, por lo que su parecer jurídico no es baladí y suele ser aceptado.

III.- Las consideraciones del Abogado General. Los servicios de UBER son servicios de transportes.

Entrando en el fondo del asunto prejudicial, la primera cuestión que analiza el Abogado General es si UBER presta un servicio de la sociedad de información o no.

Por el objeto del servicio, concluye que estamos ante un *servicio mixto*, del que una parte se presta por vía electrónica y por la otra no.

Ante esta dualidad, los servicios mixtos son considerados servicios de la sociedad de la información cuando se transmitan a través de la vía electrónica con carácter principal e independiente del servicio prestado físicamente.

En cambio, no son servicios de la sociedad de la información cuando el prestador de los servicios por vía electrónica ejerce una influencia decisiva sobre las condiciones de prestación del servicio físico, de modo que ambos forman un todo indisoluble.

En este caso habrá que determinar cuál es el elemento principal de la prestación de que se trata, esto es, el elemento que otorga el sentido económico.

Por lo tanto, caben dos posibilidades respecto de los servicios mixtos: (1) considerarlos como dos servicios distintos – uno electrónico y otro no – o bien como (2) un único servicio en su conjunto donde se aplica el régimen jurídico de la prestación principal (que se determina desde la óptica del sentido económico).

Se concluye que UBER controla todos los aspectos de lo que viene siendo un servicio de transporte urbano (tales como el precio, los requisitos mínimos de seguridad y de acceso para los conductores, accesibilidad a la oferta...), que no forma parte de la economía colaborativa porque no es una plataforma de uso compartido y que ejerce un control sobre el servicio de transporte.

Un control que revela una única prestación, la prestación del servicio de transportes, por lo que no puede ser considerado un servicio de la sociedad de la información.

En opinión del Abogado General, UBER no puede ser considerado como un mero intermediario entre conductores y pasajeros, pues no es únicamente un medio de comercialización sino que también actúa como un organizador y operador de los servicios de transporte, de forma que los conductores no ejercen una actividad económica independiente de la relativa a la plataforma UBER.

En este sentido considera que la “*prestación de conexión*” de UBER entre el pasajero y el conductor no es ni autónoma ni principal, pues la actividad de los conductores únicamente puede existir gracias a la plataforma UBER.

Prueba de ello, a juicio del Abogado General, es que los conductores de UBER no pueden encontrar pasajeros si no es mediante la aplicación y que la aplicación solamente permite encontrar conductores de la plataforma UBER, siendo por tanto indisoluble la intermediación de la prestación del servicio, formando un servicio único.

Resulta meridiana la conclusión de que “*Uber hace bastante más que intermediar entre oferta y demanda: ella misma ha creado la oferta*” (ap. 43), prestando un único servicio, el de transporte, que pese a revestir un carácter innovador, esta innovación está incluida en el sector del transporte urbano.

IV.- Conclusión. UBER presta un servicio de transportes susceptible de ser regulado por los estados miembros para la exigencia de una autorización administrativa.

Se concluye que UBER debe analizarse como un conjunto que engloba tanto el servicio de conexión entre pasajeros y conductores mediante la aplicación para teléfonos inteligentes como la prestación de transporte en sí misma, que constituye, desde un punto de vista económico, el elemento principal.

En consecuencia, al ser un servicio de transporte los Estados miembros pueden exigir autorizaciones para su prestación, tal y como sucede en el ordenamiento español.

En cualquier caso, habrá que estar al futuro pronunciamiento del Tribunal de Justicia en su sentencia, resolución que sí tendrá efectos vinculantes en toda la Unión Europea y que arrojará luz sobre una de las cuestiones más controvertidas actualmente en la prestación de servicios.

El debate tiene una enorme trascendencia jurídica, prueba de ello es que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha apreciado que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia sobre este tema, concretamente que:

“que el interés casacional objetivo consiste en determinar el marco regulador de las actividades de intermediación o conexión de usuarios y servicios a través de plataformas o aplicaciones digitales y la posibilidad, en su caso, de que estas actividades puedan ser sometidas al régimen de intervención administrativa propio de la normativa sectorial de transporte”

Actualmente constan admitidos dos recursos de casación interpuestos por la Generalitat de Catalunya por sanciones a UBER (anuladas por los Juzgados de lo contencioso administrativo de Barcelona), donde el fondo del asunto es la determinación de la actividad realizada [Autos, de la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 13 de marzo de 2017 (rec. 313/2016) y de 8 de mayo de 2017, (rec. 1277/2017)].

DRET CONCURSAL

BÀRBARA LÓPEZ RIPOLL

REGLAMENTO (UE) NÚM. 2015/848 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 20 DE MAYO DE 2015, SOBRE PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA.

El "Reglamento (UE) núm. 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia" que es objeto del presente análisis, viene a reformar y refundir el "Reglamento (CE) núm. 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia".

Este nuevo Reglamento no trata de regular un derecho concursal europeo ya que cada país mantiene su ordenamiento jurídico sino que es un sistema para coordinar diferentes ordenamientos jurídicos que existen en la Unión Europea; cuando nos encontremos ante un deudor sea una persona física o jurídica que pueda tener bienes, establecimientos o intereses en otros países de la Unión Europea.

El reglamento entra en vigor y es de aplicación a los procedimientos que se abran **con posterioridad al día 26 de junio de 2017**, afectando los cambios fundamentalmente a las siguientes materias:

1. **ÁMBITO DE APLICACIÓN (arts. 1 y 2):** El Reglamento se aplicará a aquellos procedimientos nacionales regulados en la legislación en materia de insolvencia (se excluyen los procedimientos relativos al derecho de sociedades) que consten enumerados en el ANEXO A. Este anexo tiene carácter constitutivo, si un procedimiento no está incluido en el mismo queda fuera del ámbito de aplicación del Reglamento.

Para el caso de España, el Reglamento se aplica a los siguientes procedimientos:

- i) Concurso,
- ii) Procedimiento de homologación de acuerdos de refinanciación (D.A.4ª de la Ley Concursal, en adelante LC),
- iii) Procedimiento de acuerdos extrajudiciales de pago (arts. 231 y ss. de la LC),
- iv) Procedimiento de negociación pública para la consecución de acuerdos de refinanciación colectivos, acuerdos de refinanciación homologados y propuestas anticipadas de convenio (art. 5 bis de la LC).

Por otro lado, quedan excluidos del ámbito de aplicación del Reglamento los procedimientos en los que se haya declarado el carácter de confidencial y los relativos a empresas de seguros, entidades de crédito, empresas de inversión y otros que estén sujetos a regímenes especiales.

2. **ACLARACIÓN CONCEPTO CENTRO DE INTERESES PRINCIPALES (COMI) Y PREVENCIÓN DEL FORUM SHOPPING (arts. 3, 4 y 5):** El centro de intereses principales será el lugar en el que el deudor lleve a cabo de manera habitual y reconocible por terceros (elemento externo, publicidad) la administración de sus intereses (elemento interno, centro efectivo de dirección y control de dicha sociedad y la gestión de sus intereses).

Se establecen tres presunciones *iuris tantum*: (i) en el caso de sociedades y personas jurídicas, el centro de sus intereses principales es, salvo prueba en contrario, el lugar de su domicilio social, (ii) los particulares que ejercen una actividad mercantil o profesional independiente, salvo prueba en contrario, es su centro principal de actividad y (iii) respecto a otros particulares, salvo prueba en contrario, es el lugar de residencia habitual de dicho particular.

A su vez, el reglamento introduce dos mecanismos para prevenir traslados oportunistas del COMI (*forum shopping*): por un lado, se introducen reglas sobre el control de la competencia judicial internacional - comprobación de la competencia de oficio por el órgano jurisdiccional y posibilidad de impugnación por parte del deudor o cualquiera de los acreedores- para asegurar que el concurso se abre en el Estado

Miembro donde realmente se localice el COMI del deudor y, por otro lado, se establece un período sospechoso para evitar cambios de domicilios fraudulentos y descartar el juego de las presunciones anteriormente descrito -entre tres y seis meses anteriores a la solicitud de declaración de concurso, según el sujeto-.

3. **PROCEDIMIENTOS SECUNDARIOS (arts. 34, 35 y 36):** Además del procedimiento principal, el Reglamento permite la apertura de procedimientos territoriales en el Estado Miembro donde el deudor tenga un establecimiento. Este procedimiento territorial puede ser independiente o previo si no hay abierto un procedimiento principal en el estado donde el deudor tiene su centro de intereses o, secundario, si ya se hubiese abierto dicho procedimiento.

Sin embargo, a diferencia del procedimiento principal, el procedimiento territorial se limitará únicamente a los bienes que radiquen en ese Estado. Por lo que se refiere a la ley aplicable, por regla general, se regirá por la ley del Estado Miembro que conozca del procedimiento concursal, sin embargo, el Reglamento contempla las siguientes excepciones: (i) a los bienes inmuebles se les aplicará la ley del lugar en el que se encuentren dichos bienes y (ii) a los contratos de trabajo se les aplicará la ley que sea aplicable a ese contrato, pese a que la calificación de los créditos laborales se realizará conforme las reglas de calificación de la ley del Estado que conozca del asunto.

Por otro lado, también se regulan los procedimientos sintéticos alternativos que consisten en replicar dentro del procedimiento principal la distribución que hubiese tenido lugar de haberse abierto un procedimiento territorial pero ahorrando los costes asociados a la apertura de éste, es necesario el compromiso unilateral del Administrador Concursal en el sentido de que liquidará los bienes territoriales y distribuirá su fruto aplicando la ley territorial.

4. **REGLAS DE INFORMACIÓN, PUBLICIDAD Y COORDINACIÓN (arts. 24 y 25):** Con la finalidad de dar publicidad y mayor transparencia a los procedimientos concursales, el Reglamento obliga a los Estados Miembros a crear un Registro de Insolvencia de acceso público y gratuito con un mínimo de información obligatoria para que los acreedores conozcan las circunstancias del procedimiento, tales como: la fecha de apertura del procedimiento, el órgano que está conociendo del asunto, datos del Administrador Concursal designado, plazo para que los acreedores comuniquen el crédito,... En relación al plazo otorgado a los acreedores extranjeros para comunicar sus créditos, éste será de 30 días hábiles desde la publicación de la apertura del procedimiento. Los distintos registros creados en cada país, deberán estar interconectados y promoverán el fácil acceso de los interesados.
5. **CONCURSOS DE ACREEDORES DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES (arts. 56 a 77):** El Reglamento recoge la situación especial del concurso de los grupos de sociedades (distintos deudores de un mismo grupo), defendiendo los principios de coordinación y cooperación entre los distintos procedimientos abiertos en cada país según el COMI de cada sociedad para reducir las ineficiencias de una solución compartimentada para cada sociedad del grupo (esta coordinación y cooperación también debe existir entre Administradores Concursales y entre Juzgados), pero manteniendo la separación patrimonial y territorial de cada una de las sociedades del grupo afectadas.

Además, el Reglamento prevé un procedimiento de coordinación de grupo en el que se crea un Comité de Coordinación para organizar a los diferentes Administradores Concursales, atribuyendo la función de coordinador a un tercer Administrador Concursal que no sea ninguno de los nombrados. Cualquier Administrador Concursal está legitimado para solicitarlo, no obstante, los otros podrán oponerse a la inclusión del procedimiento para el que han sido nombrados en el procedimiento de coordinación de grupo.

DRET PENAL

CRISTINA MOLINS JOLY

COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO NÚMERO 481/2017, DE 28 DE JUNIO DE 2017. LA MULTIRREINCIDENCIA EN LOS DELITOS LEVES DE HURTO.

El caso examinado en la STS núm. 481/2017, de 28 de junio de 2017, se refiere a un belga que en la madrugada del 26 de abril de 2016 intentó hurtar un móvil a un turista en las Ramblas de Barcelona. El hurto no se llevó a cabo porque se personó en el lugar una patrulla de la Guardia Urbana. Destacar que no quedó probado que el móvil, descontando el desvalor por el uso, tuviese un valor superior a los 400 euros.

En primera instancia, el acusado fue condenado por el Juzgado de lo Penal número 16 de Barcelona a ocho meses de prisión por un delito leve de hurto en grado de tentativa, aplicándole el tipo agravado de multirreincidencia del artículo 235.1.7 CP, atendiendo a las seis condenas anteriores que ya tenía también por hurtos leves. En segunda instancia, la Audiencia Provincial de Barcelona rebajó dicha pena a tres meses de prisión por entender que debía aplicarse el delito básico de hurto en grado de tentativa y no la circunstancia agravante de multirreincidencia. El Ministerio Fiscal recurrió en casación la anterior resolución por indebida aplicación del art. 235.1.7ª CP y del art. 234.1 CP, lo que dio lugar a la STS que es ahora objeto de comentario.

La acusación pública alude en su recurso a los cánones de interpretación previstos en el art. 3.1 del C.C. para argumentar que el relato de hechos probados es subsumible en la modalidad hiperagravada de hurto y no en la del tipo básico. Así, atendiendo al **tenor literal** del propio art. 235.1.7º CP puede observarse que tal precepto **no distingue entre delito y delito leve**. Conforme a una interpretación **gramatical**, el art. 234.2 CP **obliga a aplicar la circunstancia agravante prevista en el art. 235.1.7º CP** cuando estamos ante un supuesto de multirreincidencia, siendo indiferente el valor del objeto sustraído. A mayor abundamiento, el Ministerio Público se hace eco del Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal, para afirmar que la **ratio legis** al introducir este subtipo hiperagravado específico del delito de hurto para los casos de multirreincidencia era la de **solucionar los problemas que planteaba delincuencia habitual** (interpretación sociológica y teleológica de la norma).

En efecto, la voluntad y la finalidad del legislador con tal reforma era en definitiva crear un tratamiento penal diferenciado para los delincuentes habituales. Ello supuso la transformación de las faltas en delitos leves y el endurecimiento de las penas para los reincidentes, las cuales pueden llegar a ser de hasta tres años de prisión, para evitar así la sensación de impunidad que regía hasta el momento en tales supuestos. Cabe recordar que ya entonces hubo opiniones doctrinales y jurisprudenciales disidentes que veían con recelo el que se reprochara con la misma pena de prisión al ladrón de un cuadro famoso que al que robaba cuatro carteras con 50 euros. Ya se hablaba entonces de **la puesta en peligro de los principios de igualdad, proporcionalidad y culpabilidad** al tratar penológicamente igual supuestos de hechos que no lo son.

Pues bien, volviendo al caso que nos ocupa, **la STS núm. 481/2017 ha rechazado la aplicación del tipo agravado del hurto**, confirmando por tanto la resolución de la Audiencia Provincial de Barcelona que condenaba al acusado por un delito de hurto menos grave en grado de tentativa.

La Sala Segunda del TS realiza una interpretación restrictiva del artículo 235.1.7º CP acerca de la previsión de la multirreincidencia como subtipo agravado del hurto **cundo los antecedentes penales son por delitos leves**. Once de los diecisiete magistrados que forman la Sala de lo Penal del alto Tribunal sostienen que para que se produzca esa hiperagravación de la pena no basta con que los antecedentes sean por delitos leves (penados con multas), sino que debe tratarse de delitos menos graves (castigados con cárcel de tres meses a cinco años). Para justificar que los delitos leves no pueden computar a efectos de apreciar la multirreincidencia, el TS alega que si la agravante genérica de reincidencia del art. 22.8ª CP los excluye expresamente también deben entenderse excluidos en la agravante específica del hurto aunque ésta no lo contemple. *A sensu contrario*, ya rebatió el Ministerio Fiscal que si tal precepto no hace mención expresa a la exclusión de los delitos leves no es por descuido sino precisamente en aras a combatir esta realidad delincriminal manifestada *ut supra*.

Otras razones por las que la Sala Segunda del TS no comparte el espíritu de la reforma es por su **confrontación con los principios de proporcionalidad y de culpabilidad**. Sostiene el TS que no es proporcional castigar con pena de prisión al autor de un hurto que no ha quedado probado que exceda de 400 euros, aunque sea multirreincidente y ya contara con tres condenas anteriores. Asimismo, el TS cuestiona la agravación de la pena por el mero hecho de que concurra un supuesto de reincidencia sin tener en consideración la culpabilidad del autor por el hecho cometido. De esta manera, **individualizando la pena en cada caso concreto se pretende amortiguar los efectos excesivos de la agravante de reincidencia y evitar operar con un sistema de aplicación automática de la agravante**.

Siguiendo esta misma línea, la doctrina ya venía defendiendo que la habitualidad/profesionalidad plasmada en la comisión de delitos y la peligrosidad que tales conductas revelan debe solventarse con medidas de seguridad orientadas a la rehabilitación y reinserción del delincuente habitual en lugar de acudir a la severidad punitiva.

La sentencia cuenta con el **voto particular** formulado por Excmo. Sr. D. Pablo Llarena, al que se adhieren otros cinco magistrados, que disienten del voto mayoritario por entender que tres delitos de hurto, aunque sean leves, sí deben subsumirse en el tipo agravado de multirreincidencia. Refieren que el juicio de proporcionalidad es potestad exclusiva del legislador, derivado de su legitimidad democrática y no de los tribunales. Esta minoría **considera que la tipificación responde a una realidad criminal concreta** que permite castigar con más pena una actuación que se reitera por cuarta vez antes de que transcurra el plazo de seis meses de cancelación de los antecedentes penales por el delito leve de hurto (art. 136 CP). El voto particular usa un símil futbolístico que es muy representativo: *"Nos encontramos ante la tarjeta roja, por acumulación de tarjetas amarillas"*.

En definitiva, pese al revuelo inicial que haya podido causar esta resolución, **no debe interpretarse como un precedente** de que no vaya aplicarse en un futuro la agravante de multirreincidencia para los delitos leves de hurto, sino como una invitación a analizar su apreciación de manera individualizada *ad casum*.

DRET LABORAL

MIQUEL FORNIELES

VACANCES: ASPECTES BÀSICS I PROBLEMÀTIQUES HABITUALS

Quan arriba aquesta època de l'any, és habitual veure augmentades les consultes dels nostres clients sobre vacances, la seva fixació, durada i gaudi. En aquest article abordarem les qüestions bàsiques en aquesta matèria i les principals problemàtiques amb les que ens trobarem.

En primer lloc, hem de tenir present que l'art. 40.2 de la Constitució Espanyola recull el dret als treballadors a unes "*vacances periòdiques retribuïdes*". Igualment, ens fixarem en la previsió continguda en l'art. 38 de l'Estatut dels Treballadors, que regula les vacances anuals, i en el Conveni nº132 OIT, adoptat el 24 de juny de 1970, relatiu a les vacances anuals pagades i ratificat per Espanya el 16 de juny de 1972 (BOE 5 de juliol de 1974). Aquest Conveni de l'OIT és d'habitual consulta i remissió davant la manca d'una regulació més específica en el nostre Estatut, fixant-se tot sovint la Jurisprudència en el mateix per resoldre diferents controvèrsies.

Una de les principals qüestions que haurem de tenir present és que **són nuls els pactes que substitueixin les vacances per una quantitat de diners**. Dit d'una altra manera, el treballador ha de gaudir del temps de vacances previst en el Conveni Col·lectiu que li sigui d'aplicació o, en el seu defecte, en l'Estatut dels Treballadors, sent un dret irrenunciable i indisponible. **Únicament hi haurà la possibilitat de substituir-les per compensació econòmica** quan el contracte de treball s'extingeixi abans de què es gaudeixin, tenint dret a cobrar els dies de vacances que li quedin pendents de realitzar (art. 4.1 Conv. Nº132 OIT). Igual i conseqüentment, es prohibeix el descompte d'eventuals permisos que s'haguessin concedit al treballador durant l'any.

Un altre aspecte rellevant és **la durada de les vacances**, que **no podrà ser en cap cas inferior als 30 dies naturals** (art.38.1 ET), podent-se ampliar pel Conveni Col·lectiu que sigui d'aplicació a l'empresa i, si escau, pel contracte de treball. No obstant això, cal matisar que si el treballador no presta els seus serveis durant tot l'any, fruirà únicament de la part proporcional al temps treballat. Per calcular aquest temps proporcional, normalment es parla de 2.5 dies de vacances per cada mes treballat, ja que és la fracció que correspon a un mes treballat si es té dret a 30 dies naturals de vacances anuals.

Igualment, no hem d'obviar que hauran altres supòsits o situacions en què l'empresa podrà **reduir la durada** de les vacances al treballador, sent aquelles en què el contracte de treball es trobi suspès, ja sigui: (i) per mutu acord entre les parts; (ii) per un expedient de regulació d'ocupació temporal de suspensió; (iii) per excedència; (iv) per aplicació d'una sanció disciplinària de suspensió d'ocupació i sou. Així mateix, també es reduirà el temps de vacances per les absències injustificades del treballador durant l'any. No obstant això, hauran altres supòsits de suspensió del contracte o absències del treballador que no permetran reduir la durada de les vacances, com ara les situacions d'incapacitat temporal, la maternitat o paternitat, o els permisos retribuïts (art. 5.4 Conv nº132 OIT).

Més que el temps de durada de les vacances, el que a la pràctica genera un major conflicte és la **data del seu gaudi**, ja que l'Estatut dels Treballadors es limita a indicar que s'ha de fixar de comú acord entre l'empresari i el treballador, seguint en el seu cas, les previsions previstes en el Conveni Col·lectiu d'aplicació. El problema s'origina si en el Conveni Col·lectiu no s'estableix cap previsió, ja que la data queda supeditada a l'existència d'acord entre les parts, derivant-nos el mateix Estatut en cas contrari, a la jurisdicció competent per a la seva reclamació.

En qualsevol cas, haurem de tenir present que a cada empresa es fixarà el corresponent **calendari de vacances**, havent-lo de conèixer el treballador amb una antelació mínima de dos mesos a la data de començament del seu gaudi, segons el què es preveu en l'art. 38.3 ET.

També són conflictives les qüestions relatives a si **els dies festius han de computar o no com a dies de vacances**. Davant d'això, hem d'indicar que si el període de vacances és en dies naturals comprendrà tants els dies festius com els no festius. No obstant, és recomanable la lectura de la Sentència del TSJ d'Astúries de 5 d'abril de 1991, en la qual s'estableix que si el primer dia de vacances era en diumenge aquest no hauria de computar-se com a vacances, raonant que tal dia era de descans i guanyat pel treballador durant la setmana prèvia d'activitat.

Especial consideració mereix l'eventual situació **d'Incapacitat Temporal (IT) d'un treballador i el gaudi de les seves vacances**, preveient-se tal circumstància en l'art. 38.3 ET. D'aquesta manera, si les vacances coincideixen amb una IT derivada d'embaràs, part o lactància natural o amb un període de suspensió del contracte per part, part prematur, adopció, acolliment o paternitat, el treballador té dret a fruit de les vacances en data diferent a la de la IT o a la del gaudi del permís encara que hagi acabat l'any natural a què corresponguin. Així mateix, per al cas que coincideixin amb una IT per contingències diferents a les assenyalades anteriorment i que impossibiliten al treballador poder-les efectuar en l'any que li corresponen, aquest les podrà realitzar un cop finalitzi la situació d'IT i sempre que no transcorrin més de 18 mesos a partir del final de l'any en què s'hagin originat.

Són també recurrents els dubtes sobre **el fraccionament de les vacances** o el realització en diferents períodes. En aquest sentit i a falta de previsió en el Conveni Col·lectiu d'aplicació, recomanem acudir al Conveni nº132 OIT, en el qual s'estableix que una de les fraccions serà com a mínim de dues setmanes laborables ininterrompudes (art. 8.2). Això comporta que el treballador tingui dret a materialitzar les vacances anuals en dos períodes.

Finalment, si no hi ha possibilitat d'acord entre empresa i treballador, els arts. 125 i 126 de la Llei Reguladora de la Jurisdicció Social preveuen **un procés especial i urgent per a les controvèrsies originades respecte a la data de gaudi de les vacances**, podent-se presentar individual o col·lectivament i establint dos tipus de terminis en funció de si la data de vacances està o no precisada. Si la data està fixada, ja sigui per conveni, ja sigui per acord entre empresari i representant dels treballadors o ja sigui establerta unilateralment per l'empresari, s'haurà de presentar en el termini de vint dies a partir que es tingués coneixement d'aquesta data. Si no estigués fixada, el treballador haurà de presentar la demanda amb una antelació mínima de dos mesos a la data que es pretenguin efectuar les vacances. És important recordar que en aquest procés no serà necessari interposar conciliació, que s'haurà de demanar als treballadors sobre els quals hi hagi controvèrsia amb les preferències dels dies de vacances atribuïts i **que contra la Sentència dictada no es pot interposar recurs**.

No obstant això, vull acabar **discrepant lleugerament sobre la irrecurribilitat de la Sentència, exposant la següent alternativa com a possibilitat per interposar recurs de suplicació**. Es fonamenta aquesta iniciativa en la Sentència del Tribunal Suprem de 3 de novembre de 2015, que considera la possibilitat de recórrer en suplicació, amb independència de la modalitat processal que s'hagi seguit, sempre que l'objecte del plet sigui no únicament sobre el període de gaudi de vacances sinó també sobre la tutela de drets fonamentals. Així, al presentar demanda al·legant també la vulneració de drets fonamentals s'obre la porta a la interposició d'un posterior recurs de suplicació, justificant-se pel Tribunal Suprem en base a: 1) la previsió expressa continguda en l'art. 191.3 LRJS; 2) la protecció prevista en l'art. 53.2 CE; 3) la impossibilitat d'acudir a la modalitat processal de tutela de drets fonamentals si es reclama conjuntament amb la fixació del període de gaudi de vacances segons el que preveu l'art. 184 LRJS; 4) la tutela atorgada per l'art. 178.2 LRJS a les accions exercides per la via de l'art. 184 LRJS; 5) la irrellevància del procés que s'hagi seguit sempre que l'objecte del plet sigui sobre tutela de drets fonamentals.

Per tant, sempre que ens trobem davant d'una demanda en què s'hagin acumulat les accions de reclamació de la data de gaudi de vacances i la de vulneració de drets fonamentals, haurem de tenir present la possibilitat de què es podrà presentar recurs de suplicació en base a l'argumentació continguda en la Sentència del Tribunal Suprem citada.

DRET ADMINISTRATIU

JOAQUIM SALLARÈS VIADER

LA SENTÈNCIA TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA SALA DEL CONTENCIÓS ADMINISTRATIU SECCIÓ TERCERA DE 29 DE MAIG DE 2017.

El Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, Sala del Contenciós Administratiu, Secció Tercera (endavant TSJCat) ha dictat la sentència número 323 de 29 de maig de 2017 (endavant Sentència) en relació a la impugnació de la Modificació del Pla especial d'establiments de concurrència pública, hoteleria i altres activitats a Ciutat Vella aprovat el 2013 (endavant Pla d'Usos Ciutat Vella 2013).

Aquesta sentència és interessant ja que, entre d'altres aspectes, aborda un tema que genera controvèrsia: quina és la situació jurídica en la que queden les activitats preexistents que es venen desenvolupant dins de l'àmbit d'un nou planejament urbanístic a partir de la seva entrada en vigor; i si és legalment possible establir en el nou planejament una regulació específica per aquestes activitats als efectes de la seva finalització anticipada.

En aquest cas, el Pla d'Usos Ciutat Vella 2013 preveia que l'activitat d'habitatge d'ús turístic que es venia desenvolupant amb la corresponent habilitació administrativa en tot tipus d'habitatges, al cap de sis anys, només es podia seguir realitzant en habitatges situats en *edificis exclusius* on només hi hagi habitatges d'ús turístic en exclusiva o bé, que hi hagi habitatges d'ús turístic i altres usos però en cap cas pot ser habitatge principal.

El Pla d'Usos Ciutat Vella 2013 estableix que, passats aquests sis anys, els habitatges d'ús turístic que no estiguessin ubicats en *edificis exclusius* s'havien d'agrupar en aquest tipus d'edificis o havien de cessar la seva activitat.

La Sentència indica que davant d'un canvi d'ordenació derivada del nou planejament les activitats pre-existents queden subjectes al que la normativa urbanística (Llei i Reglament d'Urbanisme) denomina fora d'ordenació.

En la situació fora d'ordenació els usos preexistent amb habilitació administrativa que no siguin conformes amb el nou règim d'usos tenen limitacions respecte del canvi de titularitat i de la renovació de les llicències o altres autoritzacions sotmeses a termini.

Quan l'habilitació administrativa no està subjecte a termini llavors l'Administració pot revocar les habilitacions administratives, és a dir, es poden seguir desenvolupant en l'estat anterior i l'Administració pot procedir a extingir-les i forçar el cessament però per fer això ha de seguir necessàriament un procediment de revocació que comporta establir una indemnització.

En aquest sentit, també la Llei del Sòl estableix com a situació que dóna lloc a indemnització pel canvi de planejament l'extinció de l'activitat que disposa d'habilitació administrativa corresponent.

Per tant la pretensió municipal establerta en el Pla d'Usos Ciutat Vella 2013 de l'extinció i cessament de l'activitat amb caràcter immediat passats sis anys de la seva entrada en vigor és declarat nul per la Sentència dictada pel TSJCat.

El TSJCat estableix que el nou planejament aprovat no pot de forma automàtica i sense indemnització eliminar els títols jurídics vigents que habiliten l'exercici de l'activitat. Que és necessari iniciar un procediment contradictori per a extingir el títol i indemnitzar al titular pels danys i perjudicis que generin l'extinció de l'activitat de forma prematura.

És en base a aquest procediment de revocació, i solament per aquest, que l'Administració pot extingir l'habilitació administrativa i cessar l'activitat, i en aquest procediment ha d'establir la indemnització pels danys y perjudicis que es causi al titular.

En conseqüència, el canvi d'ordenació derivada del planejament no justifica per si sola l'extinció de forma mecànica de les habilitacions administratives no subjectes a termini, és imprescindible la revocació, que comporta un procediment específic i la determinació de la indemnització. D'altre manera les habilitacions administratives preexistents segueixen sent vàlides i vigents i l'ús o activitat pot seguir desenvolupant-se.

A LA ESPERA DEL PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE SOBRE LA LEGALIDAD DE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 150.4 TRLCSP EN LOS PROCEDIMIENTOS ABIERTOS

El Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) despejará pronto las dudas sobre la legalidad del artículo 150.4 TRLCSP, con el base del cual, los poderes adjudicadores suelen establecer en los pliegos que rigen los procedimientos abiertos de licitación unos criterios de adjudicación que operan en las fases sucesivas del concurso con el fin de eliminar las ofertas que no superan un umbral mínimo de puntuación predeterminado.

El Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, tras un recurso de la mercantil Montte S.L., ha formulado ante el TJUE una petición de decisión prejudicial sobre si se opone la Directiva 2014/24/UE regulatoria de contratación pública a una legislación nacional como el artículo 150.4 TRLCSP, o a una práctica de interpretación y aplicación de dicha legislación, que autorizan a los poderes adjudicadores a establecer dichos criterios eliminatorios en los pliegos que rigen la licitación de un procedimiento abierto (asunto C-546/16)¹.

La cuestión no es baladí y la respuesta del Tribunal tendrá grandes implicaciones, ya que se trata de una práctica controvertida que carece de interpretación unánime de las autoridades nacionales, siendo fuente de constante polémica ante los órganos especializados en materia de contratación pública.

Recordemos, que de conformidad con artículo 150.4 del TRLCSP, para la valoración de las ofertas, *"Cuando se tome en consideración más de un criterio, deberá precisarse la ponderación relativa atribuida a cada uno de ellos, que podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud adecuada. En el caso de que el procedimiento de adjudicación se articule en varias fases, se indicará igualmente en cuales de ellas se irán aplicando los distintos criterios, así como el umbral mínimo de puntuación exigido al licitador para continuar en el proceso selectivo."*

Aunque, a primera vista, el artículo citado parece ser aplicable a todos los procedimientos de licitación, una interpretación sistemática de dicho precepto podría llevarnos a otros resultados.

En primer lugar, debemos detenernos en el artículo 178 TRLCSP que regula el procedimiento negociado y que, siguiendo la norma del artículo 30 de la Directiva 2014/24, establece lo siguiente: *"Los órganos de contratación podrán articular el procedimiento negociado en fases sucesivas, a fin de reducir progresivamente el número de ofertas a negociar mediante la aplicación de los criterios de adjudicación señalados en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, (...)".*

En segundo lugar, debemos mencionar el artículo 182.3 TRLCSP, regulador del diálogo competitivo, que al igual que el artículo 30.4 de la Directiva 2014/24, señala que: *"El procedimiento podrá articularse en fases sucesivas, a fin de reducir progresivamente el número de soluciones a examinar durante la fase de diálogo mediante la aplicación de los criterios indicados en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo, indicándose en éstos si se va a hacer uso de esta posibilidad"*.

Finalmente, al llegar a los artículos 157 – 161 del TRLCSP, esto es, a la regulación específica del procedimiento abierto, sorprende que nada se diga sobre las fases sucesivas o criterios eliminatorios de las ofertas.

De esta manera, siguiendo una interpretación sistemática del artículo 150.4 TRLCSP con el resto del contenido de la Ley de Contratos y con la Directiva 2014/24, se podría llegar a la conclusión que solo cabe la celebración de las fases sucesivas eliminatorias de las ofertas en el procedimiento negociado y en el diálogo competitivo.

No obstante, en opinión de la JCCA de Andalucía (Informe 5/2012, de 28 de marzo): *"en el TRLCSP los criterios de valoración de las ofertas están regulados en el artículo 150, siendo en su totalidad y sin distinción alguna de aplicación tanto en el procedimiento abierto como en el restringido (...) el hecho de que en un procedimiento abierto se especifique en los pliegos de condiciones (a los que han tenido acceso y conocimiento previo todos los*

¹ Supletoriamente, el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi ha preguntado si:

1) ¿se opone la citada Directiva 2014/24 a una legislación nacional, o a una práctica de interpretación y aplicación de dicha legislación, que utilizan en el procedimiento abierto el citado sistema de criterios de adjudicación que operan en fases sucesivas eliminatorias de manera que en la última fase no queden ofertas suficientes como para garantizar una competencia real?

2) ¿se opone la citada Directiva 2014/24, por no garantizarse una competencia real o por eludir el mandato de adjudicar el contrato a la oferta con la mejor relación calidad / precio, a una cláusula como la debatida, en la que el factor precio solo se valora para las ofertas que hayan obtenido 35 sobre 50 puntos en los criterios técnicos?

licitadores interesados, de forma universal y en igualdad de condiciones) que por debajo de un umbral de calidad técnica, en aplicación de los criterios de adjudicación que afectan en exclusividad a la oferta técnica, se considere que la proposición presentada no reúne ni alcanza un nivel mínimo de calidad, no es contrario al principio de concurrencia, ni a los principios de transparencia, discriminación e igualdad de trato.

Menos receptiva es la JCCA de Aragón que advierte sobre el riesgo que supone la aplicación de sucesivas fases eliminatorias y que puede *"convertir el procedimiento abierto en un procedimiento negociado sin publicidad con un único proveedor, en evidente fraude legal que oculta una práctica de contratación directa"* (Acuerdo 36/2016, de 30 de marzo de 2016). La Junta se ha pronunciado además en múltiples ocasiones que en el procedimiento abierto *"la exigencia de alcanzar un umbral mínimo de puntuación en los criterios sujetos a evaluación previa, si bien es una opción inicialmente conforme a Derecho, su concreta aplicación no puede interferir en el objetivo de toda contratación pública, que es la comparación de ofertas entre distintos licitadores conforme a los criterios determinados en el pliego. Y un indicio de incorrecta aplicación es que solo una empresa supere el umbral, lo que pone en cuestión la existencia de efectiva concurrencia y, por ende, de los principios de eficiencia y buena administración inherentes a cualquier actuación pública"* (así, entre otras, Resolución 55/2016, de 6 de junio de 2016 y Acuerdo 5/2015, de 9 de enero).

Como es de ver, la respuesta que pueda dar el TJUE es de gran relevancia para la práctica de aplicación de este tipo de cláusulas, por lo cual, la decisión de la Corte de Luxemburgo puede suponer un cambio radical en el modelo de procedimiento abierto.

LAS CLÁUSULAS DE RESERVA SOCIAL EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y SU POSIBLE ELUSIÓN.

Cada vez son más los legisladores que perciben la contratación pública como una actuación de los poderes públicos en nuestra vida social y política. La tradicional visión de la contratación pública como un medio para que las administraciones pudiesen abastecerse de servicios o de materias en las condiciones económicamente más ventajosas, está quedando en un segundo plano.

Las Directivas europeas aprobadas han logrado introducir con más fuerza, si cabe, la satisfacción de exigencias sociales en este ámbito. En este sentido, la Directiva 2004/18, de 31 de marzo de 2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, considera la opción de que los poderes adjudicatarios puedan regirse por determinados criterios cuyos objetivos respondan a satisfacer las necesidades de aquellos colectivos más vulnerables.

En nuestro ordenamiento jurídico, es la disposición quinta del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en adelante TRLCSP, la que establece en su apartado primero que, mediante Acuerdo del Consejo de Ministros o a través del órgano competente en el ámbito de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, se establecerán los porcentajes mínimos de reserva del derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos o de determinados lotes de los mismos a Centros Especiales de Trabajo y a empresas de inserción reguladas en la Ley 44/2007, o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de trabajo protegido, a condición de que al menos el 30 por ciento de los empleados de los Centros Especiales de Empleo, de las empresas de inserción o de los programas sean trabajadores con discapacidad o en riesgo de exclusión social.

En Catalunya, es el artículo 35 de la Ley 31/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas de Catalunya, el que regula el extremo anterior contemplado por el TRLCSP y establece que los departamentos, los organismos autónomos y las empresas públicas de la Generalitat tienen que reservar determinados contratos administrativos de obras, suministro o servicios a centros de inserción laboral de discapacitados, así como a las empresas de inserción socio-laboral reguladas en la Ley 27/2002.

Igualmente, el apartado 7 del citado precepto determina que las entidades que integran la Administración local de Catalunya pueden aplicar la reserva social establecida en los términos que prevea el acuerdo correspondiente del Pleno de la corporación.

Y, centrándonos en la ciudad de Barcelona, el propio Ayuntamiento aprobó el Decreto de Alcaldía de contratación responsable con criterios sociales y ambientales, de conformidad con la medida de gobierno de fecha 15 de marzo de 2013 del Pleno del Ayuntamiento de Barcelona. En este sentido, el artículo 2 del Decreto de Alcaldía determina que los pliegos de cláusulas administrativas aprobados por el propio Ayuntamiento y sus órganos de contratación, los pliegos de prescripciones técnicas y las instrucciones de contratación aprobadas por los entes que dependan del Ayuntamiento, deben incluir las cláusulas de contratación responsable que se establezcan en el Decreto y en la normativa municipal que resulte aplicable en materia de contratación sostenible.

Ahora bien, ¿pueden el Ayuntamiento de Barcelona o sus entes dependientes no incluir cláusulas de contratación responsable en sus licitaciones? La respuesta es sí. El artículo 4 del Decreto de Alcaldía mencionado prevé una excepción, indicando que, de manera excepcional, los órganos de contratación competentes podrán considerar que las características del contrato no resultan adecuadas para incorporar todas o algunas de las cláusulas sobre criterios de adjudicación o condiciones de ejecución, siempre y cuando el propio órgano de contratación lo justifique debidamente en el expediente mediante informe emitido a tal efecto.

Así pues, podemos constatar cómo pese a que las Directivas europeas y el propio TRLCSP pretendan, en la medida de lo posible, que la contratación pública responda también a finalidades sociales mediante la introducción de cláusulas de reserva social, es la propia administración, local, autonómica o estatal la que, en última instancia, está dotada de potestades suficientes para establecer excepciones y eludir ese propósito, tal y como hemos podido constatar en el caso del Ayuntamiento de Barcelona.