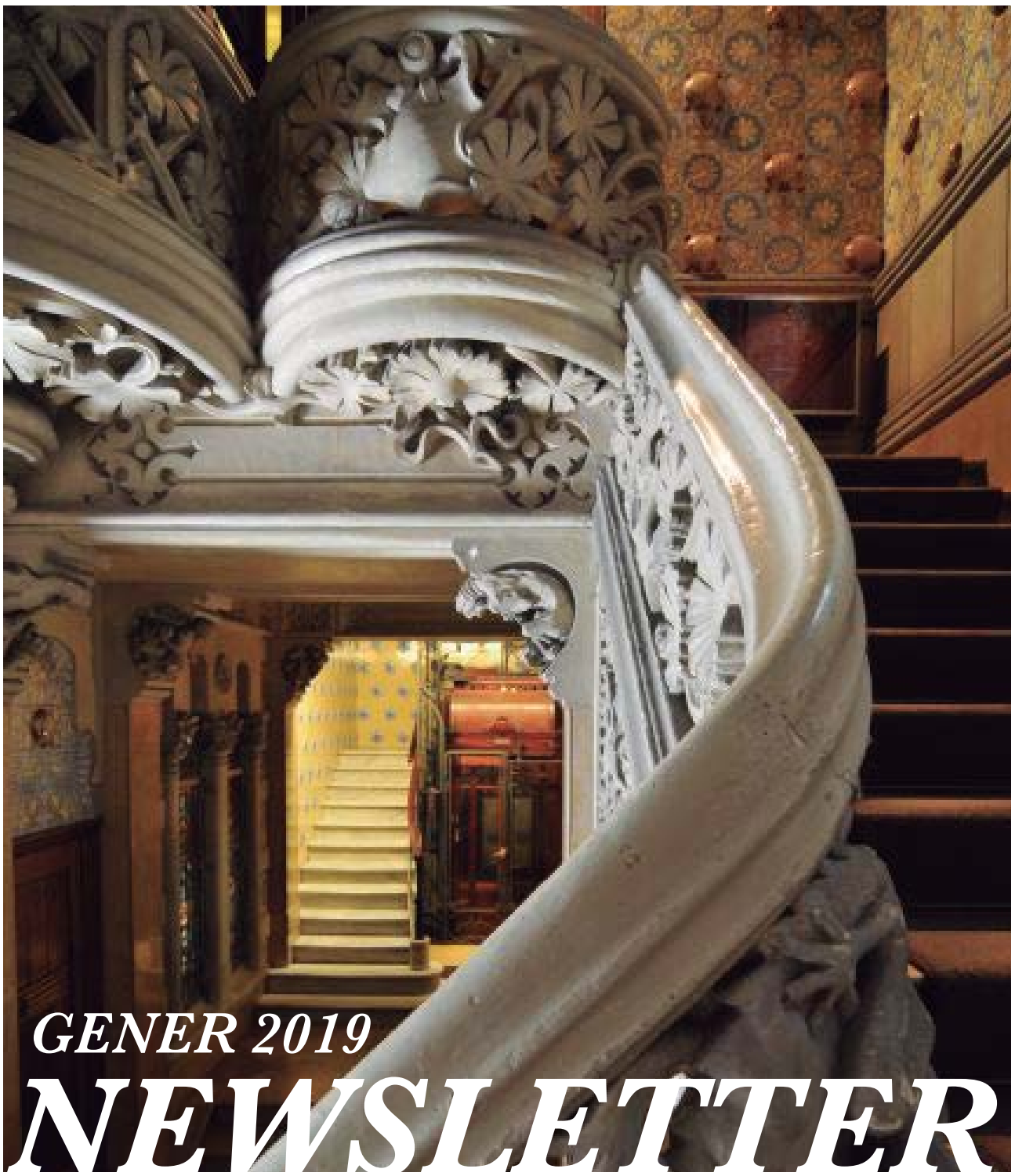




**ANTRÀS**  
ADVOCATS ASSOCIATS

*Des de 1940*

---



*GENER 2019*

**NEWSLETTER**

**INFORMACIONS LABORALS**

Gener 2019



## **Proposta de Directiva relativa a la conciliació de la vida familiar i la vida professional dels progenitors i els cuidadors.**

El 25 de gener el Parlament Europeu i el Consell van aconseguir un acord provisional sobre la proposta de Directiva relativa a la conciliació de la vida familiar i la vida professional dels progenitors i els cuidadors. Es desbloquejava, d'aquesta manera, una situació que s'arrossegava des de feia més de 10 anys i que, no obstant això, encara haurà de ser aprovada, en una turbulenta Europa pendent d'unes pròximes eleccions al Parlament Europeu i d'un incert Brexit, per aquest mateix Parlament i pel Consell.

Els objectius que es persegueixen amb aquesta nova mesura són, d'una banda, actuar contra la bretxa laboral femenina, incidint sobre les normes que regulen la conciliació laboral i familiar i, d'altra banda, propiciar un acostament d'unes legislacions molt diverses de manera que s'afavoreixi la igualtat competitiva de les empreses per evitar el dúmping social en aquest àmbit. En aquest sentit, segons dades de la Comissió Europea, la taxa d'ocupació femenina és 11,5 punts inferior en el conjunt de la UE respecte a la masculina [el 2015 la taxa d'ocupació femenina (20-64 anys) va assolir el 64,3%, davant del 75,9% en el cas de la masculina]. Una bretxa que s'agreuja en el cas de les dones amb responsabilitats familiars (el 2015, la taxa mitjana d'ocupació de les dones amb un fill menor de sis anys es va situar un 9% per sota de la corresponent a les dones sense fills de poca edat, i la diferència va arribar a superar el 30% en alguns països) i que és més clara quan

es miren detalladament les dades: el 31,1% de les dones treballen a temps parcial, davant del 8,2% dels homes. I el 31% de les que no estan en el mercat laboral sostenen que la raó és la cura d'un familiar.

Però què diu la proposta de Directiva i l'acord assolit el 25 de gener? Les principals mesures de la proposta són:

1. Instaurar un permís retribuït "almenys" de quatre mesos per a la cura dels fills al qual es puguin acollir cada pare i cada mare, dels quals dos mesos no podran ser transferibles entre els progenitors i estaran retribuïts a un nivell que podrà decidir cada Estat membre.
2. Una baixa de paternitat mínima de deu dies per als homes després del naixement d'un fill, que haurà d'estar remunerada almenys amb el mateix nivell que estigui establert per a la baixa per malaltia.
3. Els pares i mares amb fills de fins a vuit anys tindran el dret a demanar a les seves empreses diferents fórmules de treball, com un horari reduït o flexible i flexibilitat respecte al lloc de treball.
4. Finalment, les institucions comunitàries també han pactat disposicions en matèria de permisos per a cuidadors a través d'un dret de cinc dies lliures per treballador i any.



Com es pot veure, el gruix de les mesures que podrien integrar el contingut de la Directiva ja forma part del nostre ordenament jurídic. No passa el mateix en molts països de la Unió Europea, on encara hi ha 11 països que encara no donen deu dies en el moment del naixement dels fills, 12 que no preveuen permisos no transferibles o nou en els quals durant aquest període no es cobra res.

En qualsevol cas, caldrà esperar al contingut definitiu de la futura Directiva i veure com és traslladada, en el termini de tres anys que preveu la seva redacció actual, per part de cadascun dels Estats.

---

## La determinació del conveni aplicable.

---

La selecció de quin és el conveni aplicable a una concreta relació laboral no esdevé sempre una operació senzilla quan l'empresa o el centre de treball no disposen d'un conveni propi. Aspectes com la insuficiència del marc legislatiu, la multiplicitat de convenis existents, la seva freqüent renegociació, l'absència d'una estructura negociadora prefixada i clarament delimitada, la complexa i dinàmica estructura empresarial... suposen que, a vegades, no sigui fàcil determinar quin és el conveni aplicable.

Malgrat que la llei no estableix de manera expressa com s'ha d'operar, la determinació del conveni aplicable es fa a través de l'aplicació dels principis d'especialitat i de modernitat. D'aquesta manera, el primer pas per determinar el conveni aplicable serà establir quina és l'activitat desenvolupada per l'empresa, ja que serà aquesta, i no l'activitat concreta realitzada pel treballador, la que determinarà el conveni sectorial aplicable. Respecte a això cal assenyalar les següents qüestions:

- Els tribunals han considerat que el fet determinant és l'activitat real desenvolupada per l'empresa.
- En el cas que l'empresa dugui a terme diverses activitats, s'aplicarà el conveni que correspongui a l'activitat principal de l'empresa. Però quina és l'activitat principal d'una empresa? Els Tribunals han

descartat que sigui necessàriament aquella que s'estableix en els Estatuts socials o en la denominació de l'empresa, ja que això no garanteix que es correspongui amb l'activitat real. La determinació s'haurà d'efectuar a través de criteris diversos, com ara el nombre de treballadors ocupats en les diverses activitats, el volum de facturació de les diverses activitats, l'objecte social que aparegui als estatuts socials... En qualsevol cas, s'ha de tenir present que l'element decisiu és determinar la realitat d'aquesta activitat i el seu caràcter principal.

- La jurisprudència considera que la determinació del conveni aplicable es regeix pel denominat principi d'unitat d'empresa. Aquest principi suposa que es pugui afirmar de manera gràfica que, en principi, «una sola empresa, un sol conveni col·lectiu». Malgrat això, cal remarcar que la mateixa jurisprudència ha permès l'aplicació de diversos convenis en l'àmbit d'una única empresa en aquells supòsits en els quals existeixin diferents activitats principals, separades i autònomes. Així mateix, trobem una altra excepció al principi d'unitat d'empresa, a més del cas evident en el qual l'empresa disposi de convenis diferenciats per a diversos centres (convenis de centre) o categories de treballadors (convenis franja), en els supòsits de successió d'empresa. En aquests casos, conforme a l'art. 44.4



del TRLET i tret que hi hagi un pacte en sentit contrari, els treballadors afectats per la successió continuaran regint-se, transitòriament, pel conveni que en el moment de la transmissió era aplicable a l'empresa, el centre de treball o la unitat productiva autònoma transferida, de manera que podem trobar-nos que, temporalment, hàgim d'aplicar més d'un conveni a la mateixa empresa o centre.

Un cop establerta quina és l'activitat principal o preponderant de l'empresa, caldrà identificar el conveni col·lectiu que inclou en el seu àmbit funcional l'activitat abans esmentada. La determinació s'efectuarà en funció de la configuració que el mateix conveni faci del seu àmbit funcional, i es preferirà aquell conveni que sigui més específic atenent, en primer lloc, al seu àmbit funcional i, després, al seu àmbit territorial.

En aquesta tasca cal tenir present que:

- La selecció no es farà en funció d'una suposada importància jeràrquica dels convenis que pogués determinar, per exemple, l'aplicació preferent del conveni d'abast territorial més ampli sobre el d'àmbit territorial inferior. En el sistema negocial configurat per l'Estatut dels Treballadors, tots els convenis tenen la mateixa importància jeràrquica, tret de la preeminència que poden tenir els acords interprofessionals per la funció que realitzen.
- S'ha de tenir en compte la incidència que poden tenir les regles de concurrència de convenis previstes a l'Estatut dels Treballadors. De manera molt especial, la prevalença aplicativa que, en determinades matèries, té el conveni d'empresa respecte als sectorials en l'art. 84.2 del TRLET. A més, s'ha de tenir en consideració que els convenis o acords interprofessionals poden establir regles específiques per determinar el conveni aplicable.

- Així mateix, cal considerar que el principi de modernitat en la successió de convenis, establert als arts. 82.4 i 86.4 del TRLET, suposarà l'aplicació del conveni més modern d'aquells que poguessin existir en la unitat de negociació aplicable.

- El respecte a l'equilibri intern del conveni ha suposat que la jurisprudència exigeixi l'aplicació d'un únic conveni com a marc normatiu d'una determinada relació laboral, i no s'admet el denominat "espigolament" de convenis, consistent en la selecció d'allò més favorable del contingut de diversos convenis. No obstant això, l'aplicació de dos convenis serà possible en aquells supòsits en els quals la concurrència estigui permesa. Així, per exemple, en el cas de la prioritat aplicativa del conveni d'empresa (art. 84.2 TRLET) haurem d'aplicar el conveni sectorial, i en les matèries preferents, l'empresarial.

### **I qui determina el conveni aplicable?**

La determinació del conveni aplicable és una competència empresarial. Això no suposa que disposi d'una llibertat absoluta per seleccionar el conveni col·lectiu més adequat als seus interessos. La selecció del conveni s'ha de fer a partir dels criteris legals i jurisprudencials abans esmentats. La indeguda aplicació d'un conveni, no "s'esmena" ni pel transcurs del temps, que en cap cas genera una mena de dret adquirit o condició més beneficiosa, ni per un eventual acord entre empresari i treballador. Ens trobem davant d'una qüestió d'ordre públic que, en cas de discrepància, podrà ser resolta pels Tribunals de l'ordre social.

Per a aquells supòsits en els quals hi pugui haver dubtes sobre la identitat del conveni aplicable, resulta útil acudir als organismes consultius que existeixen tant en l'àmbit estatal (Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos) com en l'àmbit autonòmic en algunes comunitats (per exemple, a Catalunya el Consell de Relacions Laborals o a Galícia el Consello Galego de Relacións Laborais). Els seus informes no són vinculants, però, en cas que



existeixi una reclamació que s'hagi de resoldre judicialment, la seva competència tècnica i la seva imparcialitat contribuiran a la defensa del criteri empresarial i a acreditar que s'ha actuat de bona fe.

Les discrepàncies sobre el conveni aplicable seran resoltes, en última instància, judicialment. **Però què passa si s'estima que s'ha aplicat un conveni erroni?** Òbviament, l'empresa haurà d'aplicar immediatament el conveni correcte, però, a més, si això hagués suposat l'aplicació d'un salari inferior a l'establert en el conveni legalment aplicable, els treballadors afectats podran reclamar:

- Les diferències salarials reportades l'últim any.
- En cas d'acomiadament, els afectats podran reclamar una indemnització superior (atès que aquesta indemnització s'haurà de calcular segons el salari del conveni correcte).
- També podran reclamar les diferències en la cotització dels últims quatre anys, en aquest cas l'empresa haurà d'ingressar-les amb un recàrrec del 20%.
- Si algun empleat hagués estat en IT, podria reclamar la diferència de la prestació cobrada i l'eventual complement previst en el "nou" conveni.

### **A cal ferrer, ganivet de fusta. A propòsit de l'avaluació dels riscos psicosocials.**

*Recentment es publicava una sentència del Tribunal Superior de Justícia del País Basc (sentència del 17 de juliol de 2018) en la qual es condemnava una empresa per vulnerar la normativa en matèria de prevenció de riscos, que exigeix l'avaluació dels riscos psicosocials. Convé recordar que l'avaluació dels riscos psicosocials, aquells derivats de l'organització del treball i que poden suposar estrès, depressió, esgotament o síndrome del treballador cremat i, a llarg termini, a més de malalties mentals, altres malalties de tipus cardiovascular, endocrí o immunitari, resulta obligatòria. L'incompliment d'aquesta obligació i de l'adopció de mesures preventives pot determinar responsabilitats administratives (sancions) i la condemna al pagament d'una indemnització pels danys i perjudicis causats. En el cas analitzat, en el qual l'empresa, malgrat els requeriments de la Inspecció de Treball, havia prescindit de cap actuació durant més de set anys, el Jutjat social la condemna al pagament d'una indemnització de 60.000 € que el TSJ incrementa en 12.000 € més per considerar que, en haver estat condemnada recentment l'empresa per un fet de la mateixa naturalesa, procedeix incrementar la condemna a fi de contribuir a la finalitat de prevenir el dany (danys punitius de l'art. 138 de la Llei reguladora de la Jurisdicció Social).*

*En aquest cas, el treballador era un metge especialista en seguretat en el treball, i l'empresa, l'Osakidetza (Servei Basc de Salut), i a això fa referència un títol ("A cal ferrer, ganivet de fusta") que, en cap cas, vol treure importància a un tema que en té, i molta, tant per als treballadors com per a les empreses.*

La información contenida en este Boletín constituye una síntesis que no puede ser aplicada sin un asesoramiento legal previo. Quedamos a su disposición para cualquier comentario o aclaración sobre la información contenida en este documento en: [newsletter@antras.net](mailto:newsletter@antras.net).