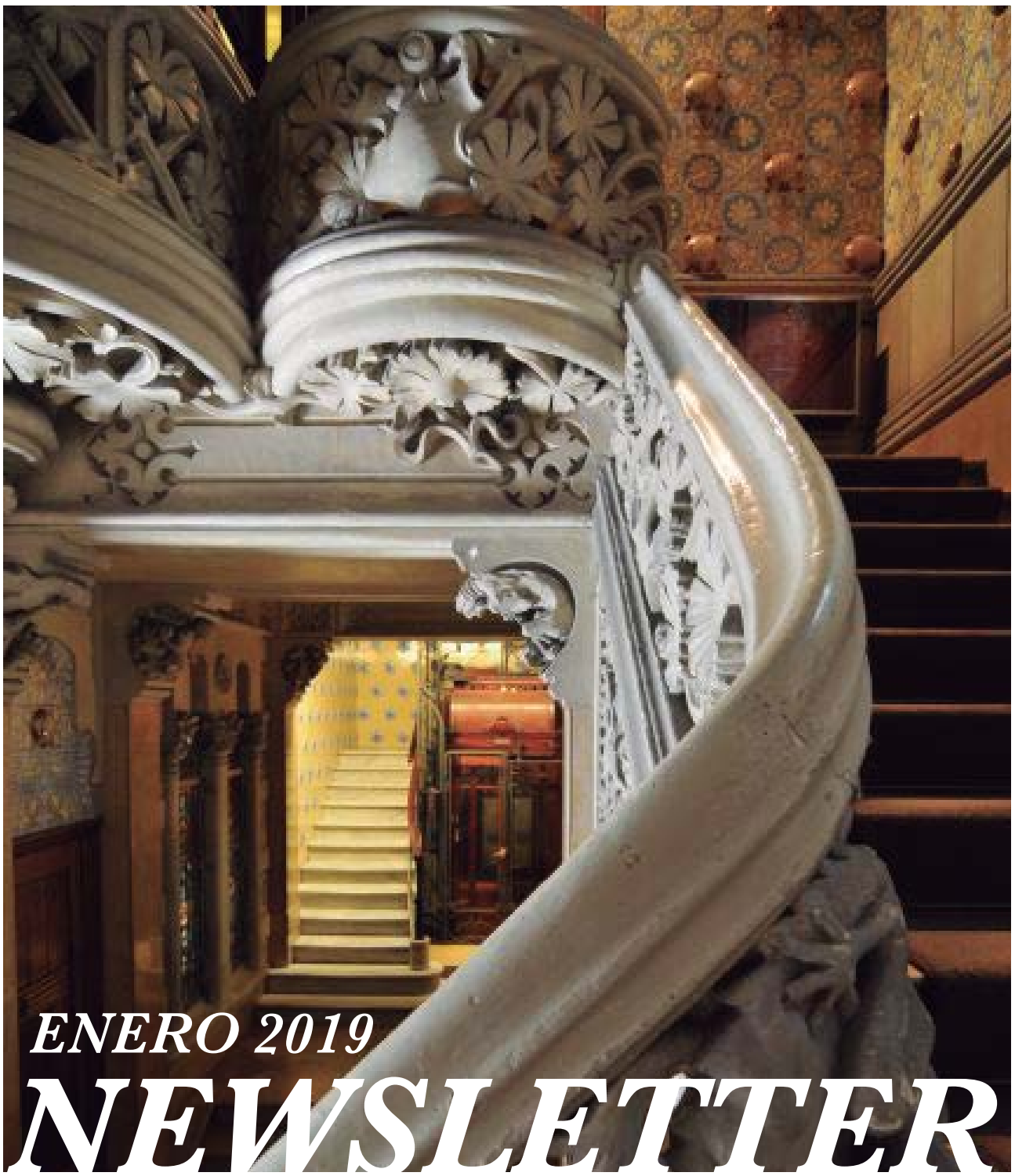




ANTRÀS
ABOGADOS ASOCIADOS

Desde 1940



ENERO 2019

NEWSLETTER

INFORMACIONES LABORALES

Enero 2019



Propuesta de Directiva relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores.

El 25 de enero el Parlamento europeo y el Consejo alcanzaron un acuerdo provisional sobre la propuesta de Directiva relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores. Se desbloqueaba, de esta forma, una situación que se arrastraba desde hace más de 10 años y que, no obstante, aún deberá de ser aprobada, en una turbulenta Europa pendiente de unas próximas elecciones al Parlamento europeo y de un incierto Brexit, por ese mismo Parlamento y el Consejo.

Los objetivos que se persiguen con esta nueva medida son, de una parte, actuar contra la brecha laboral femenina, actuando sobre las normas que regulan la conciliación laboral y familiar y, de otra parte, propiciar un acercamiento de unas legislaciones muy diversas de forma que se favorezca la igualdad competitiva de las empresas, evitando el dumping social en este ámbito. En este sentido, según datos de la Comisión Europea, la tasa de empleo femenino es 11,5 puntos inferior en el conjunto de la UE respecto a la masculina [en 2015, la tasa de empleo femenina (20-64 años) alcanzó el 64,3 %, frente al 75,9 % en el caso de la masculina]. Una brecha que se agrava en el caso de las mujeres con responsabilidades familiares (en 2015, la tasa media de empleo de las mujeres con un hijo menor de seis años se situó un 9 % por debajo de la correspondiente a las mujeres sin hijos de corta edad, llegando la diferencia a

superar el 30 % en algunos países) y que es más clara cuando se desmenuzan los datos: el 31,1% de las mujeres trabajan a tiempo parcial, frente al 8,2% de los hombres. Y el 31% de las que no están en el mercado laboral sostienen que la razón es el cuidado de un familiar.

¿Pero qué dice la propuesta de Directiva y el acuerdo alcanzado el 25 de enero? Las principales medidas de la propuesta son:

1. Instaurar un permiso retribuido de “al menos” cuatro meses para el cuidado de los hijos al que puedan acogerse cada padre y cada madre, de los cuales dos meses no podrán ser transferibles entre los progenitores y estarán retribuidos a un nivel que podrá decidir cada Estado miembro.
2. Una baja de paternidad mínima de diez días para los hombres tras el nacimiento de su hijo, que tendrá que estar remunerada al menos con el mismo nivel que esté establecido para la baja por enfermedad.
3. Los padres y madres con hijos de hasta ocho años tendrán el derecho a pedir a sus empresas diferentes fórmulas de trabajo, como un horario reducido o flexible y flexibilidad con respecto al lugar de trabajo.
4. Por último, las instituciones comunitarias también han pactado disposiciones en



materia de permisos para cuidadores a través de un derecho de cinco días libres por trabajador y año.

Como puede observarse, el grueso de las medidas que podrían integrar el contenido de la Directiva ya forma parte de nuestro ordenamiento jurídico. No ocurre lo mismo en muchos países de la Unión Europea donde todavía hay 11 países que todavía no dan diez

días en el momento del nacimiento de los hijos, 12 que no prevén permisos no transferibles o nueve en los que durante ese periodo no se cobra nada.

En cualquier caso, habrá que esperar al contenido definitivo de la futura Directiva y ver como es transpuesta, en el plazo de tres años que prevé su actual redacción, por cada uno de los Estados.

La determinación del convenio aplicable.

La selección de cuál es el convenio aplicable a una concreta relación laboral no deviene siempre una operación sencilla cuando la empresa o el centro de trabajo no disponen de un convenio propio. Aspectos como la insuficiencia del marco legislativo, la multiplicidad de convenios existentes, su frecuente renegociación, la ausencia de una estructura negociadora prefijada y claramente delimitada, la compleja y dinámica estructura empresarial... suponen que, en ocasiones, no sea fácil determinar cuál es el convenio aplicable.

A pesar de que la ley no establece en forma expresa cómo se tiene que operar, la determinación del convenio aplicable se realiza a través de la aplicación de los principios de especialidad y de modernidad. De esta forma, el primer paso para determinar el convenio aplicable será establecer cuál es la actividad desarrollada por la empresa, dado que será esta, y no la actividad concreta realizada por el trabajador, la que determinará el convenio sectorial aplicable. Al respecto hay que señalar las siguientes cuestiones:

- Los tribunales han considerado que el hecho determinante es la actividad real desarrollada por la empresa.
- En el supuesto de que la empresa lleve a cabo varias actividades, se aplicará el convenio que corresponda a la actividad principal de la empresa. Pero ¿cuál es

la actividad principal de una empresa? Los Tribunales han descartado que sea necesariamente aquella que se establece en los Estatutos sociales o en la denominación de la empresa por cuanto ello no garantiza que se corresponda con la actividad real. La determinación se deberá realizar a través de criterios diversos como son el número de trabajadores ocupados en las diversas actividades, el volumen de facturación de las diversas actividades, el objeto social que aparezca en los estatutos sociales... En cualquier caso, se tiene que tener presente que el elemento decisivo es determinar la realidad de esta actividad y su carácter principal.

- La jurisprudencia considera que la determinación del convenio aplicable se rige por el denominado principio de unidad de empresa. Este principio supone que se pueda afirmar de forma gráfica que, en principio, «una sola empresa, un solo convenio colectivo». A pesar de esto, hay que remarcar que la misma jurisprudencia ha permitido la aplicación de varios convenios en el ámbito de una única empresa en aquellos supuestos en los que existan diferentes actividades principales, separadas y autónomas. Asimismo, encontramos otra excepción al principio de unidad de empresa, además de en el evidente caso en el que la empresa disponga de convenios diferenciados para



diversos centros (convenios de centro) o categorías de trabajadores (convenios franja), en los supuestos de sucesión de empresa. En estos casos, conforme el art. 44.4 TRLET y salvo pacto en contrario, los trabajadores afectados por la sucesión continuarán rigiéndose, transitoriamente, por el convenio que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida, de forma que podemos encontrarnos con que, temporalmente, debamos de aplicar más de un convenio en la misma empresa o centro.

Establecida cual es la actividad principal o preponderante de la empresa será preciso identificar el convenio colectivo que incluye en su ámbito funcional la actividad antes mencionada. La determinación se realizará en función de la configuración que el propio convenio haga de su ámbito funcional, prefiriéndose aquel convenio que sea más específico atendiendo, en primer lugar, a su ámbito funcional y, después, a su ámbito territorial.

En esta tarea hay que tener presente que:

- La selección no se realizará en función de una supuesta importancia jerárquica de los convenios que pudiera determinar; por ejemplo, la aplicación preferente del convenio de alcance territorial más amplio sobre el de ámbito territorial inferior. En el sistema negocial configurado por el Estatuto de los Trabajadores, todos los convenios tienen la misma importancia jerárquica, salvo la preeminencia que pueden tener los acuerdos interprofesionales por la función que realizan.
- Se tiene que tener en cuenta la incidencia que pueden tener las reglas de concurrencia de convenios previstas al Estatuto de los Trabajadores. De forma muy especial, la prevalencia aplicativa que, en determinadas materias, tiene el convenio de empresa respecto a los sectoriales en el art. 84.2 del TRLET. Además debe tenerse en

consideración que los convenios o acuerdos interprofesionales pueden establecer reglas específicas para determinar el convenio aplicable.

- Asimismo, es preciso considerar que el principio de modernidad en la sucesión de convenios, establecido a los arts. 82.4 y 86.4 del TRLET, supondrá la aplicación del convenio más moderno de aquellos que pudieran existir en la unidad de negociación aplicable.

- El respeto al equilibrio interno del convenio ha supuesto que la jurisprudencia exija la aplicación de un único convenio como marco normativo de una determinada relación laboral, no admitiendo el denominado “espiguelo” de convenios, consistente en la selección de lo más favorable del contenido de varios convenios. No obstante, la aplicación de dos convenios será posible en aquellos supuestos en los que la concurrencia esté permitida. Así, por ejemplo, en el caso de la prioridad aplicativa del convenio de empresa (art. 84.2 TRLET) deberemos aplicar el convenio sectorial y en las materias preferentes el empresarial.

¿Y quién determina el convenio aplicable?

La determinación del convenio aplicable es una competencia empresarial. Esto no supone que disponga de una libertad absoluta para seleccionar el convenio colectivo más adecuado a sus intereses. La selección del convenio se tiene que realizar a partir de los criterios legales y jurisprudenciales antes mencionados. La indebida aplicación de un convenio, no se “subsana” ni por el transcurso del tiempo, que, en ningún caso, genera una especie de derecho adquirido o condición más beneficiosa, ni por un eventual acuerdo entre empresario y trabajador. Nos encontramos ante una cuestión de orden público que, en caso de discrepancia, podrá ser resuelta por los Tribunales del orden social.

Para aquellos supuestos en los que puedan existir dudas sobre la identidad del convenio



aplicable resulta útil acudir a los organismos consultivos que existen tanto a nivel estatal (Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos) como a nivel autonómico en algunas Comunidades (por ejemplo, en Cataluña el Consell de Relacions Laborals o en Galicia el Consello Galego de Relacións Laborais). Sus informes no son vinculantes, pero, en caso de que exista una reclamación que deba resolverse judicialmente, su competencia técnica e imparcialidad contribuirán a la defensa del criterio empresarial y a acreditar que se ha actuado de buena fe.

Las discrepancias sobre el convenio aplicable serán resueltas, en última instancia judicialmente, pero **¿qué ocurre si se estima que se ha aplicado un convenio erróneo?** Obviamente, la empresa deberá aplicar inmediatamente el convenio correcto, pero, además, si ello hubiese supuesto la aplicación de un salario inferior al

establecido en el convenio legalmente aplicable, los trabajadores afectados podrán reclamar:

- Las diferencias salariales devengadas en el último año.
- En caso de despido, los afectados podrán reclamar una indemnización superior (dado que dicha indemnización se deberá calcular según el salario del convenio correcto).
- También podrán reclamar las diferencias en la cotización de los últimos cuatro años, en cuyo caso la empresa deberá ingresarlas con un recargo del 20%.
- Si algún empleado hubiera estado en IT, podría reclamar la diferencia de la prestación cobrada y el eventual complemento previsto en el “nuevo” convenio.



En casa de herrero cuchillo de palo. A propósito de la evaluación de los riesgos psicosociales.

Recientemente se publicaba una sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (sentencia de 17 de julio de 2018) en la que se condenaba a una empresa por vulnerar la normativa en materia de prevención de riesgos que exige la evaluación de los riesgos psicosociales. Conviene recordar que la evaluación de los riesgos psicosociales, aquellos derivados de la organización del trabajo y que pueden suponer estrés, depresión, agotamiento o síndrome del trabajador quemado y, a largo plazo, además de enfermedades mentales, otras de tipo cardiovascular, endocrinológico o inmunitario, resulta obligatoria. El incumplimiento de esta obligación y de la adopción de medidas preventivas puede determinar responsabilidades administrativas (sanciones) y la condena al pago de una indemnización por los daños y perjuicios causados. En el caso analizado, en el que la empresa, a pesar de los requerimientos de la Inspección de Trabajo, había prescindido de actuación alguna durante más de 7 años, el Juzgado de lo social la condena al pago de una indemnización de 60.000 € que el TSJ incrementa en otros 12.000€ por considerar que, al haber sido condenada recientemente la empresa por un hecho de idéntica naturaleza, procede incrementar la condena con el objeto de contribuir a la finalidad de prevenir el daño (daños punitivos del art. 138 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social).

En este caso, el trabajador era un médico especialista en seguridad en el trabajo y la empresa, el Osakidetza (Servicio Vasco de Salud), de ahí un título (En casa de herrero cuchillo de palo) que, en ningún caso, quiere restarle importancia a un tema que la tiene y mucha, tanto para los trabajadores como para las empresas.