PUBLICACION LABORAL 125

NAVARRO&ASOCIADOS
Abogados

Tema del Mes

DETERMINCACIÓN DEL CONVENIO COLETIVO APLICABLE

Octubre 2023

Tema del Mes
Jorge Vidal Aparicio

Comentario de Jurisprudencia
Fernando Izquierdo Monllor

N&A

ÍNDICE

TEMA DEL MES 1-4

Determinación del Convenio Colectivo aplicable.

NOTICIAS DE ACTUALIDAD 5-6

COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA 7-10

Una nueva ampliación de los colectivos computables a los efectos de los umbrales del despido colectivo.

SENTENCIAS DE DE INTERÉS 11-12

BNYAGENDA 13-14

El artículo 83.1 del Estatuto de los Trabajadores establece que "*Los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden*", por tanto, los convenios se ajustan al ámbito funcional y territorial acordado por las partes, aplicando una empresa el convenio que le corresponde según su actividad real.

TEMA DEL MES

DETERMINACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO APLICABLE

El asunto de la determinación del convenio colectivo aplicable reviste de mayor complejidad cuando su actividad encaja en más de un convenio, siendo una cuestión de gran importancia por lo que supone la aplicación de uno u otro convenio.

Pues bien, el Tribunal Supremo, en una reciente sentencia STS 729/2023, de 10 de octubre, Rec. 4202/2020 de unificación de doctrina, viene a confirmar que, en el citado supuesto, se aplica el criterio de "*unidad de empresa complementado con el de la actividad preponderante*" para resolver los problemas relativos a la determinación del convenio aplicable.

De este modo, en la meritada Sentencia el Tribunal Supremo viene a confirmar que, cuando las actividades de la empresa puedan subsumirse en varios convenios colectivos, se deberá aplicar el que más se ajuste a la actividad preponderante de la empresa. Dicho criterio es reiterado, dado que el alto Tribunal en la Sentencia 79/2021, de 21 de enero, Rec. 158/2019, ya recogió que la determinación del convenio colectivo aplicable no es disponible ni renunciable para las partes, sino que se trata de una cuestión indisponible y de orden público, de manera que no cabe elegir, ni adherirse, ni aplicar un convenio distinto del que debe aplicarse por estar incluida en su ámbito de aplicación la actividad realizada por la empresa.

Así las cosas, los criterios para determinar la actividad principal se han venido determinando por la jurisprudencia, debiendo revisar en primer lugar el Objeto Social expresado en sus Estatutos, pese a que este criterio formal no suponga directamente la aplicación de un convenio, al poder la empresa disponer de dicha redacción, por lo que debe responder a la realidad de la actividad que se realiza.

Asimismo, se debe ponderar la facturación de la empresa por actividades que se realiza, pudiendo ser este un indicio para la determinación de la actividad principal. Otro criterio es el del número de plantilla que desempeña funciones en cada actividad.

En el caso concreto se trata de una empresa que se dedica al alquiler de vehículos con conductor, y que venía aplicando el "convenio colectivo de alquiler de vehículos con y sin conductor de la Comunidad de Madrid", y no el "*convenio colectivo del Sector de Transportes de Viajeros por Carretera de los Servicios Discrecionales y Turísticos, Regulares Especiales, Regulares Temporales y Regulares de Uso Especial de la Comunidad de Madrid*", cuyo Objeto Social consistía en el "*Transporte por carretera de personas y de toda clase de mercancías. Alquiler de vehículos con conductor. Negociar y poseer bienes inmuebles, rústicos o urbanos, construidos o no y otros. Arrendamiento de Vehículos sin conductor*".

Se determina por el Tribunal que la actividad principal es la de alquiler de vehículos con conductor, funciones que venía realizando el trabajador, por lo que, tras la revisión del ámbito funcional de aplicación del convenio de Alquiler de Vehículos con y sin Conductor de la C. Madrid, éste se ajustaba en mayor medida, tras la revisión de los hechos probados, siendo que pese a que, en ocasiones, el trabajador realizase otras actividades no incluidas en el ámbito del convenio, esto no resultaría relevante para la determinación del Convenio.

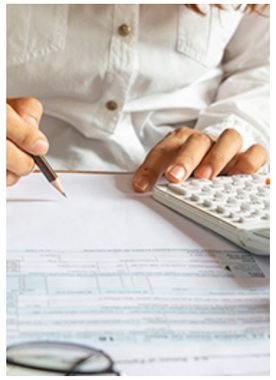
Ahora bien, un caso distinto es cuando en una empresa existan actividades principales, separadas y autónomas, aplicándose a cada actividad autónoma su correspondiente convenio colectivo, por el principio de especificidad. Se trata de situaciones en las que las actividades están claramente diferenciadas, cuando "*falta homogeneidad productiva y no existe actividad preponderante, desarrollándose con organización distinta y en diferente centro de trabajo*" (STSJ Cataluña 16 junio de 2000 y 9 de diciembre de 2004). Además, por parte de la jurisprudencia se pone el foco en las plantillas diferenciadas, con una organización independiente y autonomía funcional, pese a que concurran en el mismo centro de trabajo.

En conclusión, para determinar en las empresas que por su actividad pueda encajar la aplicación de dos convenios colectivos, se deberá estar al criterio de unidad de empresa, revisando los distintos indicios (Objeto Social, facturación, plantilla...) y puestos en conjunto, aplicándose aquel que se corresponda con la actividad preponderante de la empresa, recordando el alto Tribunal que no existe libertad de elección de un convenio, no siendo disponible ni renunciable para las partes, tratándose de una cuestión de orden público.

Tema del mes
Jorge Vidal
Abogado

ACTUALIDAD

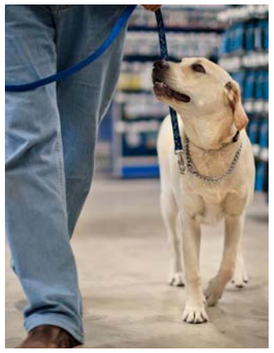
LA RESPONSABILIDAD DE LAS MUTUAS COLABORADORAS SOBRE EL ABONO DE LA PRESTACIÓN POR IT TRANSCURRIDOS LOS 730 DÍAS.



La Seguridad Social publicó el pasado 16 de octubre el Criterio 26/2023 por el que aclaraba la consulta realizada en que se planteaba si, en aquellos casos en que, de conformidad con el artículo 174.2 del TRLGSS, una vez agotados los plazos de 545 días y 730 días de incapacidad temporal si las mutuas colaboradoras deben ser responsables del abono de la prestación de IT.

Pues bien, se ha concluido que en los supuestos excepcionales en los que la calificación de la incapacidad permanente se demora más allá del plazo máximo de 730 días, sí corresponde a las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social la responsabilidad del abono de la prestación de IT respecto de sus asociados.

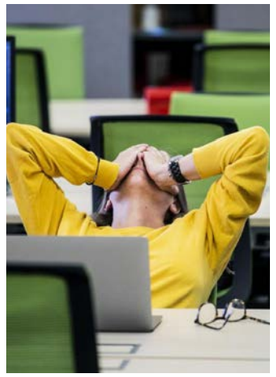
ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY DE BIENESTAR ANIMAL.



El pasado 29 de septiembre entró en vigor la Ley 7/2023, de 28 de marzo, de protección de los derechos y bienestar de los animales, que ha dado pie a especulaciones acerca de la posible existencia de permisos para el cuidado de las mascotas, pese a que del texto legal no se desprende modificación alguna de los permisos regulados en el Estatuto de los Trabajadores.

No obstante ello, en todo caso se habrá de estar a lo que dispongan los Convenios Colectivos de aplicación puesto que algunas compañías sí han incorporado en los convenios colectivos de empresa medidas de conciliación posicionándose como "*pet friendly*".

EL CONSEJO APRUEBA UNAS CONCLUSIONES SOBRE INTERRELACIÓN ENTRE SALUD MENTAL Y EMPLEO.



El Consejo de Empleo, Política Social, Sanidad y Consumidores adoptó en su reunión del pasado 9 de octubre el primer conjunto de conclusiones sobre la interrelación entre la salud mental y el empleo, con el foco (entre otros) en el trabajo precario y la desconexión digital.

De hecho, estas conclusiones desarrollan que es fundamental abortar el derecho a la desconexión digital que contribuye como medida a la prevención de los riesgos psicosociales en el trabajo; matizando que en 2022 el 27% de las personas que trabajan en la UE sufrió estrés, depresión y ansiedad por la exposición a determinados factores de riesgo que, además, han aumentado como consecuencia de la pandemia de Covid-19.

NUEVO PRONUNCIAMIENTO DEL TJUE SOBRE EL DERECHO A VACACIONES EN CASO DE DESPIDO DECLARADO NULO.

El pasado 12 de octubre el TJUE se volvió a pronunciar nuevamente sobre el derecho a las vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas en los casos de declaración de nulidad en el despido relativas al periodo comprendido entre el despido y la readmisión.

Así, la Sala ha entendido contraria a la Directiva 2003/88/CE la jurisprudencia nacional, en este caso, originaria de República Checa, en virtud de la cual un trabajador ilícitamente despedido y posteriormente readmitido en su puesto de trabajo por anulación de su despido mediante resolución judicial no tenía derecho a vacaciones anuales retribuidas debido a que durante ese periodo no realizó un trabajo efectivo al servicio del empresario.

LA SEGURIDAD SOCIAL ADVIERTE SOBRE LA INCOMPATIBILIDAD DE BENEFICIARSE DE BONIFICACIONES SI NO SE TIENE PLAN DE IGUALDAD.

La Seguridad Social vía Boletín del Sistema RED del pasado 16 de octubre recordó que, para ser beneficiario de las bonificaciones y reducciones de cuotas, las empresas deben contar con el correspondiente Plan de Igualdad, en el caso de que se encuentren obligadas legal o convencionalmente a su implantación por la L.O. 3/2007.

De este modo, advierte de que en caso de que se comuniquen dichos datos a pesar de no disponer del correspondiente Plan de Igualdad, procederá la devolución de todas las cantidades dejadas de ingresar con el recargo y los intereses de demora correspondientes, según las normas recaudatorias de la Seguridad Social y, todo ello, sin perjuicio de la sanción que pudiere corresponder según la LISOS.

ACLARACIÓN POR LA SEGURIDAD SOCIAL SOBRE LA COTIZACIÓN DE PRÁCTICAS FORMATIVAS NO REMUNERADAS EN CASO DE IT.

El pasado 16 de octubre la Seguridad Social hizo algunas aclaraciones (vía Boletín del sistema RED BNR 13/2023) en materia del cálculo de la cotización durante los periodos en los que los alumnos que realizan prácticas no remuneradas se encuentran en situación de IT derivada de contingencias profesionales o situaciones de nacimiento y cuidado de menor, riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural.

Así, entre otras, señala que la base de cotización durante dichas situaciones estará constituida por la base mínima del grupo 8 multiplicada por el número de días que el alumno debió realizar la práctica formativa , con el límite mensual del importe de la base mínima mensual del grupo 7.

COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA

UNA NUEVA AMPLIACIÓN DE LOS COLECTIVOS COMPUTABLES A LOS EFECTOS DE LOS UMBRALES DEL DESPIDO COLECTIVO

Fernando Izquierdo Monllor

El pasado 19 de septiembre, el Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, dictó una sentencia, 558/2023, sobre el cómputo de, digamos, bajas de personas trabajadoras en una empresa, distintas a los despidos, a los efectos de alcanzarse los umbrales del despido colectivo.

El procedimiento se inició por el intento de un sindicato de impugnar, por la vía del despido colectivo, una serie de despidos, en una empresa de menos de 100 personas trabajadoras, entre los que se pretendía incluir para el cómputo total de afectadas 8 despidos propiamente, 7 bajas incentivadas o de mutuo acuerdo y 5 incorporaciones a otra empresa del grupo. Lógicamente, teniendo en cuenta la plantilla de la empresa, bastaba que 1 de los colectivos, las bajas incentivadas o los cambios de empresa, fueran computables para alcanzar los umbrales de despido colectivo y, con ello, la nulidad de las extinciones producidas.

En primera instancia, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, entendió, hace cerca de un año, que se debían computar ambos grupos de personas trabajadoras, determinando con ello la nulidad de los 20 “despidos” y declarando el derecho de las personas trabajadoras a ser readmitidas.

Si bien la argumentación respecto al colectivo de personas trabajadoras que fueron “baja incentivada”, se comparta o no, es extensa y razonada, no lo es tanto respecto a las personas trabajadoras que habrían cambiado de empleadora, respecto a las que se limita a decir poco más que el que los argumentos serían parcialmente coincidentes con los anteriores y basándose en afirmaciones de hecho sin reflejo en los hechos probados de la sentencia, práctica que, por más que sea muy habitual en los tribunales no deja de ser indeseable

por impedir a quien accede a la sentencia conocer las razones que conducen a un determinado pronunciamiento.

Frente a esta sentencia se alzó en casación ordinaria la empresa condenada (así como la empresa del grupo a la que parte de las personas trabajadoras habían migrado que también había sido condenada por el TSJ) alegando, en lo que nos interesa, que los ceses en la empresa de los grupos que habían accedido bien a las bajas incentivadas, bien a prestar servicios para la otra empresa del grupo, obedecían a la libre voluntad de la persona trabajadora y no pueden tenerse en cuenta a los efectos de establecer los umbrales del despido colectivo.

El Supremo, que se centra únicamente en las bajas incentivadas, por entender que bastan estas para superar los umbrales del despido colectivo, no obstante, desestima el recurso sobre la base del artículo 1.1 de la Directiva 98/59 CE, que establece que "*A efectos del cálculo del número de despidos previsto en la letra a) del párrafo anterior se asimilarán a los despidos las extinciones del contrato de trabajo producidos por iniciativa de empresario en base o uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, siempre y cuando los despidos sean al menos 5*".

Si bien hasta ahora, el Supremo ya había dictaminado que las bajas voluntarias "forzosas" sí se computaban, como ya tuvimos ocasión de ver aquí hace unos meses, ahora incluye también supuestos en los que no existe imposición de la empresa, sino un acuerdo entre las partes. Viene a decir el Alto Tribunal que, si bien una primera aproximación puramente formal a esa cuestión podría sostener que esas extinciones no deben contabilizarse, porque no traen causa de una decisión unilateral del empresario, sino que obedecen a la voluntad conjunta de ambas partes, esta respuesta no puede aplicarse con carácter general y automático a todas las extinciones

del contrato de trabajo por mutuo acuerdo, debiendo tener en cuenta el contexto en que se producen.

Así, deberán incluirse en el cómputo las que, pese a plasmarse en el mutuo acuerdo de las partes, han surgido sin lugar a duda de la iniciativa del empresario por enmarcarse en el contexto de una reducción global de plantilla en el que se ofrece a las personas trabajadoras la voluntaria posibilidad de extinguir el contrato de trabajo en determinadas condiciones.

A esta parte le llama la atención esta conclusión pues no hace tanto tiempo, al menos en términos de evolución de jurisprudencia, a finales de septiembre de 2021, el pleno de la Sala dictó una sentencia, sobre la que tuve la oportunidad de comentar en esta página, en la que se negaba la posibilidad de que el tribunal que conociera de un proceso de despido colectivo tácito pudiera entrar a conocer de las concretas circunstancias de los contratos temporales que se hubieran extinguido y se pretenden calificar de fraudulentos sino que esta era una cuestión que correspondía a las impugnaciones individuales. No obstante, ahora nos dice que, sí se debe entrar a conocer sobre la naturaleza de esas bajas voluntarias, y lo hace, además, como bloque, sin entrar a analizar las particularidades de cada una de ellas, sino que se realiza una presunción de totalidad por el contexto de reducción de plantilla en el que se enmarcan.

Entonces, ¿bajas voluntarias sí, pero contratos temporales no? ¿Por qué no podemos hacer una presunción similar cuando las extinciones de los contratos temporales se enmarquen en un proceso mayor de reducción de plantilla? Parece difícil de conciliar.

Aunque celebramos el cambio de criterio, si es que de eso se trata, ya que no nos pareció muy razonable lo planteado en la sentencia del 2021, no obstante, cabría esperar que, sentado un criterio, este se mantuviera, al menos, un tiempo prudencial, para dar algo de seguridad a los operadores jurídicos.

Además, la sentencia nos deja un asunto secundario pero muy llamativo. Como ya hemos dicho, la sentencia de origen entendía que los cambios de empresa suponen extinciones computables a efectos de despido colectivo pero el Supremo, al llegar a la conclusión de que las bajas incentivadas sí deben computarse decide que no es necesario pronunciarse al respecto de si dichos cambios de empleador también deben ser computados.

Consecuentemente, nos quedamos con el precedente del TSJ de Madrid incluyéndolos en el cómputo y un TS que no cierra la puerta al mismo y, de pronto, una práctica relativamente extendida en los grupos de empresas y, hasta ahora, inofensiva, se torna en un peligro, toda vez que puede convertir un despido improcedente rutinario, por llamarlo de alguna manera, en nulo.

Sumado todo ello a la consolidación de las bajas voluntarias forzosas y de mutuo acuerdo como computables para los umbrales del despido colectivo, recordemos, en un plazo de 90 días, una cuarta parte del año, las grandes empresas pueden encontrarse fácilmente inmersas en un proceso de despido colectivo nulo.

Comentario de jurisprudencia
Fernando Izquierdo
Abogado

SENTENCIAS DE INTERÉS

NO CABE RECURSO DE SUPLICACIÓN FRENTE A SENTENCIAS DE MSCT AUNQUE RECLAMEN CUANTÍAS SUPERIORES A 3.000€

STS 556/2023, DE 14 DE SEPTIEMBRE.
La Sala ha modificado su anterior doctrina en su reciente sentencia y niega el acceso a suplicación a la modalidad procesal de modificación sustancial de las condiciones de trabajo y ello, aunque incorpore una reclamación de cuantía superior a 3.000€ derivada de aplicar la decisión empresarial impugnada.

En el caso en particular, el actor en su demanda formuló, por un lado, acción contra una modificación sustancial de condiciones de trabajo y, por otro, acción de vulneración de derechos fundamentales (de la cual desistió en el propio recurso de suplicación), acumulando a la primera de ellas la reclamación de los salarios dejados de percibir y que ascendían a 10.659,60€. Así, la Sala ha recordado que, siendo que no es posible conforme al Art. 26 LRJS la acumulación a una acción de MSCT otra de reclamación salarial, si el legislador hubiera querido que el monto de ese detrimento patrimonial fuera tenido en cuenta para posibilitar el recurso, lo habría decidido de manera expresa y por tanto, pese a la cuantía, no tiene acceso al recurso de suplicación.

EL HURTO DE PRODUCTOS A LA EMPRESA JUSTIFICA EL DESPIDO INDEPENDIENTEMENTE DE SU VALOR

STS 750/2023, DE 17 DE OCTUBRE.
En el asunto en concreto, la empresa despidió a la actora, quien no había sido sancionada previamente, tras haber sido descubierta con artículos no abonados por un valor de 5,52€, saliendo por la caja de auto-pago de su centro de trabajo.

El Juzgador de instancia, así como la Sala del TSJ de País Vasco, entendieron improcedente el despido; lo que ha sido revocado por la Sala del TS. Así, ha compartido su doctrina exponiendo algunos puntos clave como son, no solo el perjuicio económico, sino también lo difícil que es que tras una conducta como la descrita no se haya quebrado la confianza que la empresa deposita en la trabajadora, habiéndose constatado que ha actuado intencionadamente, y habiendo asimismo comprometido la situación personal de los empleados que trabajan en dicho establecimiento. Todo ello, entiende la Sala, faculta y legitima a la empresa a sancionar tal conducta con la sanción de despido disciplinario por estar justificada la pérdida de confianza y trasgresión de la buena fe independientemente del mínimo valor económico de los productos.

EXTINCIÓN INDEMNIZADA POR IMPAGO O RETRASOS EN EL ABONO DEL SALARIO

STS 719/2023, DE 4 DE OCTUBRE.
La Sala ha conocido del recurso del trabajador en que instaba que se determinara si la empresa había incurrido en incumplimientos de la obligación del pago puntual de salarios que revistieran tal gravedad que justificaran la extinción del contrato de trabajo vía Art. 50 ET. En la sentencia de instancia, confirmada por el TSJ, se declaraba probada la existencia de retrasos continuados y algunos impagos de diferentes mensualidades, no obstante se rechazaba la extinción indemnizada por haberse concluido que no revestían de gravedad suficiente.

A este respecto, el TS ha recordado su doctrina al respecto, fallando a favor del trabajador, a la vista de que en el caso en concreto la empleadora ha venido pagando con retraso el salario de manera prolongada y consecutiva de diciembre de 2019 a abril de 2021, añadido al impago de las mensualidades de mayo y junio de 2021, sin que se apreciara elemento de juicio alguno que pudiera atenuar de alguna forma la actuación de la empresa.

EL ACTA DE INFRACCIÓN NO ES ELEMENTO PROBATORIO SUFICIENTE PARA PROBAR DE REALIZACIÓN DE HORAS EXTRAORDINARIAS

STSJ MURCIA 815/2023, DE 11 DE JULIO.
El asunto enjuiciado, resuelve el recurso de suplicación de un trabajador que entendía probada la realización de horas extraordinarias por la existencia de un Acta de Infracción que reconocía la inexistencia de registro horario determinados días.

Si bien dicha Acta se encontraba entre los documentos aportados en la instancia, la Sala entiende, en idéntica línea que el juzgador de instancia que, siendo que a la inspección no le fueron entregados los documentos acreditativos de que la empresa tenía un sistema de control horario, la investigación de la Inspección de Trabajo no pudo constatar la realizar del control horario al que venía obligada la empresa y por ello, no puede considerarse como elemento probatorio suficiente para la acreditación de las horas extraordinarias reclamadas, siendo, a mayores, que era al actor, precisamente, a quien le correspondía acreditar la realización de las horas extraordinarias, lo cual no quedó probado, sino que se acreditó por la empresa que había un registro horario.

AGENDA

4 OCTUBRE

RANKING DE REPUTACIÓN DIGITAL POR LAW & TRENDS

El pasado 4 de octubre se publicó el Ranking de Reputación Digital del tercer trimestre de 2023 realizado por Law&Trends donde recogen y analizan la actividad de los despachos de abogados, así como de los profesionales en sí.

Es todo un honor que nuestro compañero *Of Counsel* Bernat Miserol ocupara un merecidísimo cuarto puesto, con especial mención al lenguaje franco y sincero que caracteriza a las columnas que semanalmente publica en la red social LinkedIn sobre la práctica de la abogacía en el ámbito del derecho laboral.

16 OCTUBRE

50 ANIVERSARIO DE LA NOSTRA ESCOLA COMARCAL

El Teatro Olympia acogió el pasado 16 de octubre la celebración del 50 aniversario de la creación de LA NOSTRA ESCOLA COMARCAL, centro de enseñanza que ofrece educación desde los 3 hasta los 16 años como cooperativa mixta (padres-madres y personas trabajadoras).

Nuestra firma, tuvo el placer de estar incluida entre los invitados al evento, acudiendo en representación de la misma nuestra socia Cristina Durá y nuestra compañera Lara Peiró; quienes disfrutaron de las diversas actuaciones que se prepararon por parte de la Dirección del Colegio.

20 OCTUBRE

JORNADA DE FORMACIÓN EN CONTRATACIÓN DE EXTRANJEROS

Nuestra sede sita en Valencia se convirtió el pasado 20 de octubre en receptora del Departamento de Administración de Personal de CONSUM S.COOP.V. para llevar a cabo una jornada de formación en materia de extranjería, analizando los diversos tipos de permisos de trabajo y las implicaciones de cada uno de ellos.

En concreto, la Responsable del Departamento de Gestión Laboral, Carmen Gimeno y nuestra compañera Laura Tudela fueron las encargadas de la impartición de dicha formación, respondiendo, asimismo, a las dudas y consultas que se habían planteado de antemano por el departamento invitado.

¡Gracias!

Si desea recibir esta y otras publicaciones por email, o por el contrario desea darse de baja de nuestro sistema, por favor póngase en contacto con el departamento de Comunicaciones de Navarro & Asociados Abogados mandando su solicitud a **info@bnya.es** o **comunicaciones@bnya.es**

Redacción Noticias y Sentencias
Laura Tudela Serna

Maquetación Y Diseño de la Revista
Mar Navarro Suria

NAVARRO&ASOCIADOS
Abogados

BARCELONA
Diagonal, 405 bis - 1º
08008 Barcelona
Tel. 931621448
Fax 931621446
barcelona@bnya.es

BILBAO
Henao nº 11 - 1º
48009 Bilbao
Tel. 94 424 34 26
Fax 94 424 35 52
bilbao@bnya.es

VALENCIA
Marqués del Turia, 13 - 1º
46005 Valencia
Tel. 96 351 71 19
Fax 96 352 87 29
valencia@bnya.es

MADRID
Lagasca, 56 - 1º
28001 Madrid
Tel. 91 559 91 12
Fax 91 541 70 84
madrid@bnya.es

PALMA MALLORCA
Mateu Enric Lladó, 5-3ºB
07002 Palma Mallorca
Tel. 971 72 79 53
Fax 971 46 61 81
pmallorca@bnya.es