

Garrigues Digest

Laboral



GARRIGUES

Garrigues Digest

Laboral

Edición verano 2018

Preparados, listos... ¡VERANO!



**Tras un productivo año de trabajo llegan las ansiadas vacaciones.
Hacemos balance y nos preparamos para un otoño intenso...**

Coincidiendo con la llegada del periodo vacacional por excelencia, queremos compartir con vosotros una selección de algunos de nuestros artículos de la Newsletter Laboral y posts de nuestro Blog Laboral publicados en los últimos doce meses. En ellos tratamos, como de costumbre, de abordar los asuntos laborales de mayor actualidad desde una perspectiva práctica y amena. Encontrareis, entre otros asuntos, las últimas recetas del trabajo del futuro, el impacto de la tecnología en las relaciones del trabajo y las más novedosas tendencias en materia de igualdad. Pero también encontrareis nuestro análisis y opinión sobre las últimas vueltas de tuerca a nivel legal y judicial, nacional y comunitario.

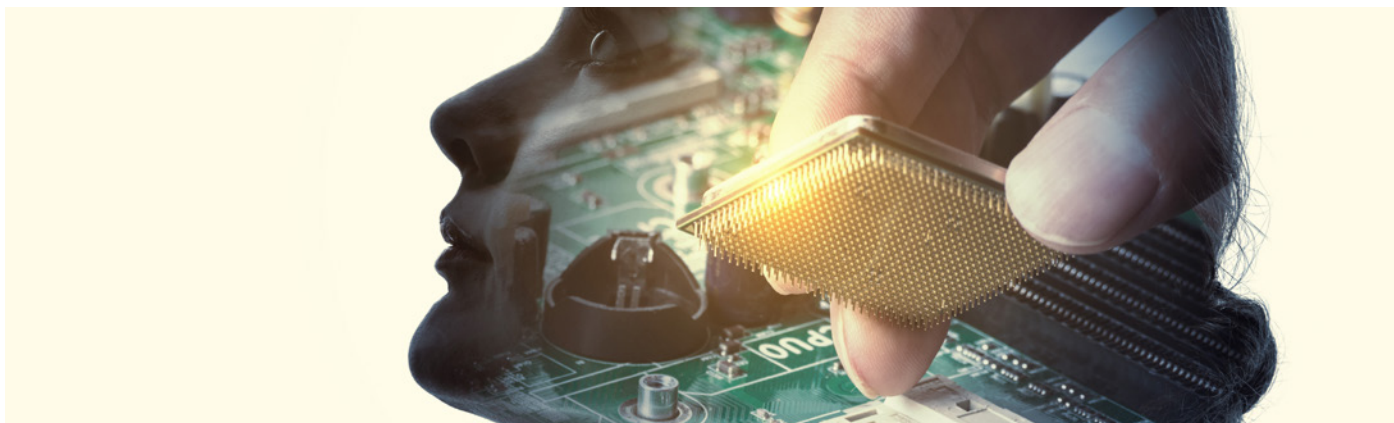
Esperamos que estos artículos os sirvan de lectura refrescante, a la espera de un fin de año que se presenta apasionante. Muestra de ello, las propuestas de modificación de la reforma laboral, la regulación de la subcontratación de servicios o el control de los horarios, sin perder de vista las medidas en materia de igualdad y conciliación, todas ellas actualmente en fase de tramitación parlamentaria y que, sin duda, darán mucho que hablar.

Os deseamos unas muy felices vacaciones de verano.

- 1** ■ **Aquí, mi microchip corporativo**
Ángel Olmedo Jiménez, socio del departamento de Derecho Laboral de Garrigues
- 2** ■ **España: el color del camaleón (los cambios en el mundo laboral)**
Federico Durán López, *of counsel* del departamento de Derecho Laboral de Garrigues
- 3** ■ **¿Se pueden prohibir las relaciones sentimentales en el trabajo?**
José Miguel Caballero, *of counsel* del departamento de Derecho Laboral de Garrigues
- 4** ■ **La brecha salarial marca la agenda de los tribunales y del legislador**
Elisa Caldeiro, socia del departamento de Derecho Laboral de Garrigues
- 5** ■ **La desconexión laboral, una cuestión a regular**
Vanessa Sánchez Balboa, asociada principal del departamento de Derecho Laboral de Garrigues
- 6** ■ **Tendencias de colaboración entre profesionales: nuevas recetas, mismos ingredientes**
José Miguel Aniés, asociado principal del departamento de Derecho Laboral de Garrigues
- 7** ■ **Requisitos para firmar electrónicamente un contrato de trabajo**
Leire Franco Rodríguez, asociada sénior del departamento de Derecho Laboral de Garrigues
- 8** ■ **Acabar con la brecha salarial, ¿un reto alcanzable?**
Laura García Gordo, asociada sénior del departamento de Derecho Laboral de Garrigues
- 9** ■ **Sobre la eficacia y utilidad de los códigos de conducta**
Sergio Santana Bertrán, asociado sénior del departamento de Derecho Laboral de Garrigues
- 10** ■ **Las redes sociales abren paso al Gran Hermano en las relaciones laborales**
Miguel Ángel Díaz Gómez, asociado sénior del departamento de Derecho Laboral de Garrigues.
- 11** ■ **Romper el compromiso de contratación laboral tiene consecuencias**
María Muñoz Muñoz, asociada sénior del departamento de Derecho Laboral de Garrigues
- 12** ■ **Hacer ejercicio: ¿una obligación contractual?**
Julio Alemán, *junior associate* del departamento de Derecho Laboral de Garrigues.
- 13** ■ **¿Se puede prohibir fumar en todo el centro de trabajo, incluidos los espacios al aire libre?**
Isabel Esteban, asociada sénior del departamento de Derecho Laboral de Garrigues.

Aquí, mi microchip corporativo

Ángel Olmedo Jiménez, socio del departamento de Derecho Laboral de Garrigues.



La regulación legal no ofrece respuesta a la posible prohibición, restricción o control de la implantación de chips a empleados, más allá de las genéricas prevenciones contenidas en la [Directiva 90/385/UE](#), sobre los productos sanitarios implantables activos.

Hace catorce años, en una charla promovida por el British Council en Madrid, el científico británico Kevin Warwick pronunciaba una frase lapidaria: *“A todos los que queráis seguir siendo humanos, tengo que deciros una cosa: en el futuro, seréis una subespecie”*. Warwick, que declamaba ante el respetable con dos microchips implantados en su cuerpo (el primero de ellos en 1998), no escatimaba a la hora de detallar las bondades de sus defendidas prácticas.

Lo que parecían *boutades* más propias del campo de la ciencia-ficción ha concluido, andado el tiempo y como parecía irremediable, desembarcando en el marco del ámbito profesional. Y es que, durante el último año, una empresa belga, otra sueca y otra estadounidense avisaron de que implantarían chips a sus empleados que voluntariamente lo aceptaran, argumentando que los mismos facilitarían conductas rutinarias como la apertura de puertas o el acceso al ordenador. No eran pioneros. En 2004, [la NBC informaba](#) que, en México, el fiscal general y 160 empleados de su oficina habían sido implantados con chips con objeto de permitirles el acceso a áreas de alta seguridad.

Como es obvio, y sin perjuicio de la premisa de voluntariedad, el debate sobre este tipo de actuaciones impacta, directamente, en el ámbito legal y, por añadidura, en el ético más consustancial al ser humano.

En Europa, y tras un estudio creado en el seno del Think Tank del Comité de Empleo y Asuntos Sociales del Parlamento Europeo, se ha publicado un documento, titulado [The use of chip implants for workers](#), que ofrece una visión omnicomprendensiva del asunto, analizándolo desde cinco vertientes: (i) su uso en el centro de trabajo, (ii) aspectos legales, (iii) consideraciones éticas, (iv) riesgos en materia de seguridad y salud (con especial referencia a sus potenciales efectos cancerígenos y otras afecciones dermatológicas) y (v) asuntos relativos a la seguridad.

Del amplio documento se extraen una serie de conclusiones que refuerzan la idea de que se trata de un asunto de gran relevancia desde una perspectiva global:

- i. El estudio aborda los conocidos como RFID chips que tan solo permiten “leer”, si bien señala la existencia de otros instrumentos “más activos” que facilitan el rastreo de la señal.
- ii. A pesar de no contarse con datos oficiales, se estima que el número de usuarios de estos implantes podría oscilar, en la actualidad, entre los 2.000 y los 10.000, sin que pueda dilucidarse si su inserción fue voluntaria o no.
- iii. La regulación legal no ofrece respuesta a la posible prohibición, restricción o control de la implantación de chips a empleados, más allá de las genéricas prevenciones contenidas en la [Directiva 90/385/UE](#), sobre los productos sanitarios implantables activos.

El informe estudia dos aspectos relacionados con la normativa laboral, el relativo a si los empleados pueden resultar obligados a ser implantados (especialmente en aquellos supuestos en los que puedan existir riesgos de salud o seguridad) y si la conducta del empresario de obligar a sus empleados a ser implantados podría ser calificado como incumplimiento grave y culpable que habilite al trabajador a solicitar la extinción indemnizada de su contrato de trabajo.

Pero el asunto, además, ofrece una importante mirada de derivadas que han de ser observadas y que desbordan la regulación laboral:

- i. En materia de protección de datos: donde el consentimiento (libre, específico, informado y sin ambigüedad) del empleado juega un papel

fundamental y en el que, asimismo, se prevén los derechos del empleado al “borrado u olvido” de sus datos (especialmente relevante cuando se extingue la relación laboral).

- ii. En lo que concierne a la legislación en materia de Derechos Humanos: en especial, en el necesario análisis del impacto o interferencia que pueda causar en su vida privada y si la misma resulta proporcionada, así como el derecho a la inviolabilidad e integridad del ser humano.

- iii. En relación con la normativa de no discriminación religiosa: respecto de aquellos casos en los que el trabajador profese un credo en el que este tipo de prácticas se alce contra sus creencias.

Aunque el documento finaliza apostando por una solución de “compás de espera”, en atención a las importantes dudas legales sobre la viabilidad de la implantación, especialmente sobre premisas obligatorias, es evidente que es un tema que ha venido para quedarse.

¿O acaso ahora hay alguien que se atreva a tachar de boutade lo defendido por Warwick?

España: el color del camaleón (los cambios en el mundo laboral)

Federico Durán López, *of counsel* del departamento de Derecho Laboral de Garrigues.



Cualquier intento de definir las características de la sociedad moderna es como definir el color de un camaleón. La única característica de la que podemos estar seguros es del cambio incesante” (Yuval Noah Harari, Sapiens, p.401). Esta máxima puede aplicarse, con total propiedad, al mundo de las relaciones laborales. Vivimos en ellas tiempos de cambio, en los que no solo resulta arriesgado tratar de predecir el futuro, sino que también es muy difícil saber lo que tenemos a la vuelta de la esquina, cuando no hemos de improvisar respuestas inmediatas para situaciones que no teníamos previstas y que nos sorprenden, porque no admiten ser tratadas con los esquemas tradicionales. El mundo de la producción, las relaciones económicas y sociales, cambian continuamente y de lo único que podemos estar seguros es de que los cambios tendrán lugar cada día y que no se detendrán.

Frente a esta situación caben dos actitudes. Una trata de reconducir las nuevas realidades a los esquemas conocidos. Fruto probablemente del desconcierto ante la intensidad y la velocidad de los cambios, estos planteamientos, claramente defensivos, tienden a calificar de perversa cualquier novedad que ponga en cuestión los tradicionales esquemas protectores del trabajo. No se repara en la inoperancia de estos ni en su incapacidad para asegurar el cumplimiento de sus fines (la tutela del trabajo y la garantía de los derechos laborales) en un entorno profundamente modificado, sino que se pretende que la realidad se amolde a los esquemas normativos preexistentes.

Otra, por el contrario, parte de la fluidez de la nueva situación, permanentemente cambiante, y de la

imposibilidad de aferrarla tratando de aplicarle los viejos esquemas. Sin negar los cambios productivos, organizativos y sociales, ni pretender revertirlos mediante imposiciones normativas, se trata de adecuar la protección del trabajo a la nueva situación generada por dichos cambios. Y de mantener también constantemente abierta la revisión normativa, en una dinámica de reformas continuas, lejos de cualquier pretensión de acomodo a un nuevo punto de equilibrio más o menos estable. Eso no significa apostar por la desprotección del trabajo ni caer en la trampa de la precariedad y del deterioro continuo de las condiciones laborales. Significa, por el contrario, cambiar los parámetros de la protección laboral y social, revisando rigideces normativas, suprimiendo impedimentos para la adaptabilidad empresarial, estableciendo

normas de protección laboral adecuadas a las nuevas realidades y a las nuevas formas de prestación del trabajo, y buscando nuevas formas de organización y financiación de los sistemas de seguridad social en función de esas nuevas realidades.

Los mercados son cada vez más abiertos, la presión social sobre el precio de los productos y servicios cada vez mayor (con las contradicciones que ello implica: queremos precios low cost y salarios de primera), y las innovaciones derivadas de las nuevas formas organizativas de las actividades empresariales y de la introducción de los continuos avances tecnológicos, sobre todo de las tecnologías de la información en los procesos productivos, cada vez más incisivas. La automatización viene ya provocando una ingente destrucción de puestos de trabajo que sin duda se acentuará. Las nuevas oportunidades de empleo tendrán requerimientos formativos muy distintos e irán asociadas, en porcentaje significativo, a nuevas formas de prestación del trabajo, centradas en el trabajo autónomo y en el trabajo dependiente pero distinto del tradicional trabajo asalariado.

En estas condiciones no debemos obsesionarnos por definir el color del camaleón. El color es el cambio. Es sorprendente la obsesión por la figura del “contrato único”, cuando la realidad laboral es cada vez más diversificada y compleja, y cuando en ella tiene cada vez más relevancia la contratación laboral vinculada a un proyecto (véase la reciente reforma impulsada por el presidente Macron). Igualmente es llamativa la batalla contra los procesos de externalización/subcontratación de actividades productivas, que constituyen probablemente un fenómeno en expansión y que no pueden afrontarse con recetas simplistas fundadas exclusivamente en la unificación de condiciones laborales de los trabajadores de las empresas contratistas y de la principal. Y por último llama también la atención la resistencia a los procesos de acercamiento de la determinación de las condiciones de trabajo a las empresas, resistencia con la que se quiere salvaguardar el papel tradicionalmente asegurado a la negociación sectorial. Dicho acercamiento constituye hoy día una vía de evolución probablemente obligada, como nos pone de manifiesto, también, la reciente reforma Macron. Pero esto merece otro comentario.

¿Se pueden prohibir las relaciones sentimentales en el trabajo?

José Miguel Caballero, *of counsel* del departamento de Derecho Laboral de Garrigues.



Las relaciones afectivas (igual que los desafectos y las rupturas sentimentales) entre compañeros o con clientes entran dentro de la intimidad del trabajador pero también pueden condicionar la objetividad de la actuación profesional del empleado, llegando incluso en ocasiones a provocar conflictos interpersonales y denuncias por acoso, en los que la empresa se va a ver necesariamente afectada.

Multa y despido para la auditora que se enamoró de su cliente; así titulaba la noticia un periódico de tirada nacional en referencia al caso de una auditora que había sido despedida en Estados Unidos por su empresa (una de las principales firmas de auditoría de ámbito mundial) por haber mantenido una relación con el jefe de contabilidad de uno de sus clientes. Análoga medida se aplicó a otro auditor que tenía una estrecha amistad con la persona encargada de las finanzas de la empresa auditada.

Más recientemente reputados medios de comunicación internacionales se hacían eco del caso de una compañía

aseguradora australiana que redujo en más de 330.000 euros (un 20%) el bonus que correspondía a su CEO por la sencilla razón de que éste había omitido informar al Consejo de que mantenía una relación sentimental con su asistente personal.

Estas noticias nos llevan a plantearnos la cuestión de los límites de la privacidad y de la intimidad del trabajador en el desarrollo de su actividad laboral y de la incidencia de lo *extralaboral* en el contrato de trabajo. En ninguno de los casos citados había reproche alguno de irregularidades contables ni de haberse prevalido de esa relación para

conseguir fines ilícitos: simplemente se consideraba que la mera existencia de los vínculos afectivos podían afectar a la independencia profesional de los auditores o del CEO.

¿Podrían aplicarse estos criterios con la legislación española? ¿puede la empresa indagar o directamente preguntar al trabajador sobre relaciones sentimentales o vínculos afectivos con otros compañeros de trabajo, con clientes o proveedores y asociar a ello algún tipo de medida laboral? En otras palabras, ¿puede la empresa prohibir, condicionar o investigar las relaciones sentimentales entre compañeros o con terceros vinculados al negocio?.

No abundan los precedentes en nuestra doctrina judicial que aborden directamente esta cuestión: a título de ejemplo, podemos mencionar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Canarias de 31 de enero de 2008 que rechazó el traslado forzoso de un mando en una empresa hotelera por mantener una relación sentimental con una trabajadora a su cargo, bien es cierto que la empresa formalmente no motivó esta decisión en ese vínculo afectivo sino en supuestas necesidades organizativas. Reproduce el Tribunal la doctrina constitucional que considera que el art. 18.1 de la Constitución *impide las injerencias en la intimidad arbitrarias o ilegales. De lo que se concluye que se vulnerará el derecho a la intimidad personal cuando la penetración en el ámbito propio y reservado del sujeto no sea acorde con la Ley, no sea eficazmente consentida o, aun autorizada, subvierta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida* (sentencia del Tribunal Constitucional 110/1984). Precisamente con base en ello se afirma que *es criterio comúnmente aceptado el que por regla general tal poder sólo puede ejercitarse en el concreto ámbito de la relación de trabajo, sin poder afectar a los actos del trabajador situados fuera de aquél*.

La sentencia del TSJ Cantabria de 31 de julio de 2014 calificó la decisión de despido acordada por una empresa como una *clara vulneración del derecho fundamental a la intimidad pues, acreditada la relación sentimental del actor con otra trabajadora, acuerda el despido de ambos y, además, pone en público conocimiento esta circunstancia*. Ante la alegación de la empresa de que la existencia de esa relación sentimental afectaba a la prudencia que debe regir las relaciones profesionales, responde el Tribunal declarando nulo el despido porque *tal extremo, lejos de estar vinculado a la profesionalidad del trabajador, supone una grave conculcación de sus derechos fundamentales tanto al honor como a la intimidad, no sólo por su constancia escrita en la comunicación del despido, sino además por el hecho de que esta circunstancia se difundió en el propio ámbito empresarial*.

Por el contrario, los tribunales han sido más severos con las relaciones sentimentales y los vínculos afectivos cuando han llevado aparejadas irregularidades en la gestión profesional. En uno de estos casos, en los que se alegaba que la incorporación de ese dato de la relación sentimental del trabajador con terceras personas a la comunicación de

sanción suponía una vulneración del derecho a la intimidad por tratarse de información personal no accesible a la empresa, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en sentencia de 21 de diciembre de 2007, concluía que *la referencia a la relación sentimental del actor con dos de las clientes de la oficina se encuentra perfectamente justificada para poner de manifiesto las circunstancias que son relevantes para valorar la actuación del trabajador al infringir el protocolo bancario en la aplicación de los criterios de concesión de riesgo, justamente, por esa especial relación sentimental con tales clientes*. Y añade que *son muchas las formas y maneras en las que puede ser públicamente conocida la existencia de una relación sentimental entre dos personas en el entorno laboral, y la mera alusión a esta circunstancia en un documento de la empresa no contraviene el derecho fundamental a la intimidad del trabajador*.

Como vemos, la cuestión no es sencilla de abordar ni de resolver, aunque podemos partir del principio general de que la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para el trabajador de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano. En términos de la doctrina judicial, ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de empresa legitima el que quienes prestan servicios en aquéllas, por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares, deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central en el sistema jurídico constitucional.

Pero no es menos cierto que, como nos recuerda el Tribunal Supremo en su sentencia de 7 de marzo de 2007, la llamada «conducta extralaboral» del trabajador puede verse alcanzada por aquella facultad directiva (de la empresa) cuando la actuación del trabajador pueda repercutir negativamente sobre el adecuado cumplimiento de la prestación o perjudicar los intereses de la empresa.

En efecto, las relaciones afectivas (igual que los desafectos y las rupturas sentimentales) entre compañeros o con clientes entran dentro de la intimidad del trabajador pero también pueden condicionar la objetividad de la actuación profesional del empleado, llegando incluso en ocasiones a provocar conflictos interpersonales y denuncias por acoso, en los que la empresa se va a ver necesariamente afectada. De ahí que el Código de Conducta de una importante multinacional farmacéutica afirme la relevancia que puede tener una relación sentimental entre personas con distinta jerarquía en la organización, porque, *independientemente de su proceder real, es probable que esa relación sea percibida como una influencia inadecuada sobre su gestión. Este tipo de relación puede perjudicar la moral y perturbar la productividad en el trabajo. Por consiguiente, es inaceptable iniciar o mantener una relación sentimental con uno de sus subordinados, ya sea directo o indirecto,.... cuyos resultados, compensaciones y promoción pudiera influenciar*.

De forma menos drástica, el Código Ético de una de las principales empresas auditoras (distinta de la que motivaba la anécdota inicial de este artículo) no prohíbe pero indica a sus empleados que deben comunicar al superior correspondiente *las relaciones personales que surjan entre miembros de la firma o entre profesionales... y empleados de un cliente con el fin de prevenir eventuales riesgos de independencia y/o conflictos de interés.*

Decía Machado que *en esta vida todo es cuestión de medida; un poco más, algo menos.* Ése es el equilibrio que la doctrina constitucional ha aplicado en el análisis de cualquier limitación o restricción de un derecho fundamental con el triple juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Eso supone que la decisión empresarial que pueda colisionar con el derecho a la intimidad tendrá que tener una singular y reforzada motivación y justificación en la ponderación de los intereses en juego dentro del marco de buena fe que rige la relación laboral (tanto por parte de la empresa como del trabajador) y que, como nos dice la sentencia del TSJ de Cataluña de 18 de julio de 2016, *obliga al trabajador (y*

al empresario) a actuar con honestidad, rectitud y lealtad, conforme a criterios morales y sociales imperantes en cada momento histórico y a las exigencias derivadas de las obligaciones asumidas en el contrato de trabajo.

La dificultad inherente a los conceptos jurídicos indeterminados aconseja, no obstante, no dejar su contenido a las suposiciones y sobreentendidos de qué pueda considerar cada uno que es la buena fe y el obrar prudente en esta materia tan sensible. Precisamente los protocolos o manuales de buenas prácticas empresariales pueden ser herramientas útiles que ayuden a concretar y definir con equilibrio y mesura estos conceptos y las pautas de conducta esperables y exigibles.

Como vemos, la complejidad de la cuestión se acomoda mal con respuestas simplistas, pero de esta complejidad, que está en la esencia del *factor humano*, se alimenta buena parte de la labor de los profesionales del Derecho y de los Recursos Humanos, porque, como recordaba el filósofo y escritor Max Frisch, *pedimos trabajadores pero nos llegaron personas.*

La brecha salarial marca la agenda de los tribunales y del legislador

Elisa Caldeiro, socia del departamento de Derecho Laboral de Garrigues.



En el actual escenario de intenso debate en torno a la denominada brecha salarial, son muchas las preguntas que se plantean: ¿Existe realmente la brecha salarial? ¿Cuáles son los motivos de que exista la misma? ¿Encontramos en nuestro ordenamiento jurídico normas con las que hacer frente al problema? ¿Hay actualmente mecanismos efectivos para atajarla?

Sobre la primera pregunta, nos remitimos a una de las más recientes notas de prensa del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, de 15 de marzo de 2018, en la que se abordaba este asunto, recogiendo en la misma que **la brecha salarial ha descendido en España 4,5 puntos desde 2012, situándose en el 14,2%.** Recientes estudios han desgranado este dato global analizando el comportamiento de la brecha salarial en relación con multitud de factores. En términos generales, la conclusión

de estos estudios es que la brecha salarial aumenta con la edad, con la antigüedad en la empresa e igualmente que es más acusada en el entorno de los contratos indefinidos y a jornada completa y en las profesiones masculinizadas, resultando menor cuanto mayor es el porcentaje de mujeres tanto en ocupaciones como en sectores de actividad (Estudios sobre la Economía Española – 2018/06, Brechas Salariales de Género en España, marzo 2018, FEDEA).

En relación con la segunda pregunta, esto es, sobre cuáles son los motivos de la brecha salarial, no es objetivo del presente artículo abrir este debate, y menos aún desde un punto de vista ajeno al jurídico. Por ello, se pone de manifiesto la existencia de determinada doctrina judicial sobre la materia, que concluye que **la brecha salarial encuentra uno de sus principales focos en la regulación de los complementos salariales**, así como en los mecanismos de promoción profesional y económica dentro de la empresa.

Por ejemplo, se ha analizado por los tribunales laborales **si la regulación de un plus de productividad contenida en un pacto salarial colectivo vulneraba por discriminatoria el artículo 14 de la Constitución Española**, partiendo de que la cuantía de este plus de productividad era inferior para un colectivo de trabajadores en comparación con la cuantía del mismo plus para otro colectivo diferente, estando el primero integrado mayoritariamente por mujeres. En ese caso, los tribunales han considerado dicha práctica discriminatoria concluyendo que su regulación no respondía a criterios de cantidad y calidad del trabajo, y tampoco a otras cuestiones (obligación del colectivo con mayor cuantía por este concepto de prestar servicios en régimen de trabajo a turnos, en horario nocturno y haciendo uso de idiomas). Con todo ello, al constatarse que un colectivo importante de la empresa e integrado mayoritariamente por mujeres, estaba percibiendo, por el concepto de plus de productividad, una cuantía sensiblemente inferior a otros colectivos integrados mayoritariamente por hombres, y sin que el indicio de discriminación se considerase enervado por criterios objetivos y razonables de justificación de la diferencia retributiva, **se declaró la nulidad de la cláusula**.

Otro caso analizado judicialmente es el de una trabajadora que, en comparación con los restantes responsables del departamento de la empresa (todos varones), **acreditó que venía percibiendo un salario sensiblemente inferior en los últimos tres años**, e igualmente un incentivo inferior en los dos últimos años. Pese a que en años previos a los analizados la trabajadora llegó a percibir retribuciones superiores y de que en otros grupos la diferencia salarial era más favorable al colectivo de mujeres, finalmente se concluyó que, ante trabajadores con cualificación similar, en puestos de igual valor (responsables de departamento), la diferencia retributiva acreditada no estaba soportada en una justificación objetiva y razonable y ajena a todo propósito discriminatorio.

Finalizaremos el artículo haciendo alusión al hecho cierto de que **existen multitud de preceptos en el ordenamiento jurídico laboral actual que son herramientas más que válidas para evitar la discriminación retributiva** por razón de sexo. Empezando por la elemental cita de los artículos 17 y 28 del Estatuto de los Trabajadores (“No discriminación en las relaciones laborales” e “Igualdad de remuneración

por razón de sexo”), pasando por los artículos 23 y 24 de la misma norma (sobre la promoción y los ascensos), el artículo 64 (que regula el derecho de los representantes a recibir información relativa a la igualdad de trato en la empresa) y los artículos 85 y 90 relativos a la negociación colectiva. Igualmente, la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social contiene la tipificación de un número relevante de conductas vinculadas al necesario respeto a la igualdad entre hombres y mujeres (artículos 8, 9 y 16).

La existencia de esta normativa y la persistencia de la brecha salarial está, sin duda, marcando el camino de los siguientes pasos, ante la evidencia de que el problema no radica en una falta de regulación suficiente sobre la materia, sino **en la posible falta de mecanismos de supervisión de las diferencias retributivas no justificadas**.

Algunos de estos mecanismos se recogen en el “Documento de trabajo en la Mesa por la calidad en el empleo, discriminación salarial” en la que **el Gobierno ha planteado toda una batería de medidas** (como las auditorías en empresas de más de 250 empleados y el fomento de medidas que aseguren la utilización de criterios no sexistas en los sistemas de clasificación y de promoción profesional), al tiempo que se han presentado proposiciones de ley por varios grupos parlamentarios.

Y otros son ya una realidad como las medidas del **Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2018-2020**, entre las que se encuentra el Objetivo 7 (“Mejorar la garantía de cumplimiento de la legislación en materia de igualdad y no discriminación”) y la Línea 64 que aborda específicamente la cuestión de la brecha salarial con medidas como el establecimiento de sistemas de detección de discriminación salarial por razón de género mediante nuevos procedimientos de selección de empresas que tengan en cuenta la información contenida en diversas fuentes de información.

Lo que sin duda anuncia que las actuaciones de la Inspección serán intensas en relación con esta materia en los próximos meses.

El sistema normativo francés, desde la aprobación y publicación de la Ley 2016-188, de 8 de agosto (que afectó a su Código de Trabajo), reconoce y articula como uno de los puntos neurálgicos de los derechos de los trabajadores el **derecho a la desconexión** digital del trabajador con su empresa tras la finalización de su jornada laboral.

Así, el actual Código de Trabajo francés dispone que el empresario deberá negociar: “la puesta en marcha de dispositivos de regulación de la utilización de los dispositivos digitales, a fin de asegurar el respeto al tiempo de descanso y vacaciones, así como su vida personal y familiar”.

La desconexión laboral, una cuestión a regular

Vanessa Sánchez Balboa, asociada principal del departamento de Derecho Laboral de Garrigues.



¿Tiene derecho un trabajador a desconectar los dispositivos digitales que le mantienen en contacto con la empresa tras finalizar su jornada laboral? En Francia, sí. En España, no está claro, ya que no existe una regulación al respecto.

No cabe duda de que la digitalización actual de las relaciones laborales aviva el debate acerca de la existencia o no de un eventual **derecho a la desconexión** digital del trabajador. A favor de la existencia de tal derecho se postula su estrecha conexión con otros derechos laborales del trabajador legalmente reconocidos y consolidados tales como la conciliación de la vida personal y profesional o el derecho a la ordenación del tiempo de trabajo (jornada de trabajo, horario, tiempos de descanso o vacaciones), sin olvidarnos de la propia protección de la salud del trabajador en su puesto de trabajo. En contra de su reconocimiento y regulación, existen argumentos relacionados con la flexibilidad y libertad de los trabajadores para organizar su tiempo de trabajo en determinadas actividades y profesiones.

De ahí la importancia de plantear a través de estas líneas el escenario actual sobre el que emerge el uso de los instrumentos digitales de trabajo puestos a disposición del trabajador para el cometido de sus funciones y la necesidad del empresario de comunicarse con el trabajador con ocasión del contrato de trabajo frente a su eventual derecho a la desconexión.

En nuestro país, contrariamente al caso francés, desde el punto de vista jurídico laboral carecemos de una regulación o de un desarrollo jurisprudencial sólido por parte de nuestros juzgados y tribunales sociales acerca de la existencia de un derecho a la desconexión. No obstante, desde el año 1997 algunos pronunciamientos judiciales han venido a poner de relieve:

- la realidad existente de una prolongación de la jornada de trabajo en determinados sectores de actividad;
- la necesidad de la ordenación del tiempo de trabajo y el tiempo de descanso, y
- los límites del alcance del poder de dirección y organización empresarial (art. 20 del **Estatuto de los Trabajadores**).

A modo de precedente y como primer pronunciamiento podemos citar la sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 17 de julio de 1997, en la cual se analizaba un supuesto en el que la empresa requería a su personal comercial tener conectado en todo momento el teléfono móvil. La Sentencia concluyó que la conexión ininterrumpida de los teléfonos móviles sobrepasaba las facultades empresariales, pudiendo resultar perjudicados los trabajadores en sus legítimos derechos e intereses y, así declaraba “la nulidad de las instrucciones de la compañía que obliguen a sus trabajadores a mantener fija la atención a los teléfonos móviles una vez concluida la jornada de trabajo de cada uno de ellos.”

En ese mismo sentido, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de fecha 3 de febrero de 2016 analizaba un supuesto en el que el trabajador realizaba una parte de sus tareas en su domicilio en la modalidad de trabajo a distancia mediante el uso de medios informáticos puestos a su disposición. El Tribunal advierte de que “aunque el trabajador preste su trabajo en su domicilio corresponde a la empresa establecer las pautas necesarias sobre tiempo de trabajo para garantizar el cumplimiento de los límites de jornada y descanso.”

Los anteriores pronunciamientos judiciales ponen de manifiesto la necesidad de ordenar y escindir el tiempo de trabajo del descanso del trabajador.

La dificultad subyace en el modo de trasladar aquel derecho al plano legislativo y en la conveniencia o no de introducir una regulación expresa acerca de la desconexión laboral.

Numerosa doctrina científica ha venido a analizar el modo en que debiera encajar la respuesta del legislador en el actual marco normativo laboral. Así, alternativamente se propone:

- recoger el derecho a la desconexión como un derecho laboral básico del trabajador (contemplados en el art. 4 del Estatuto de los Trabajadores);

- concretar en la regulación del descanso entre jornadas la limitación del envío de correos, mensajes y llamadas profesionales (art. 34 del Estatuto de los Trabajadores);
- centrar el derecho a la desconexión en el marco de las vacaciones anuales (art. 38 del Estatuto de los Trabajadores).

Asimismo, la regulación de la protección del derecho a la desconexión podría también preverse en la normativa en materia de prevención de riesgos laborales, así como en materia de infracciones y sanciones en el orden social.

No obstante, como indicamos al principio de este post, también existen argumentos para considerar que quizá la eventual desconexión laboral no deba ser regulada de manera general sino que deba ser una cuestión a valorar y, en su caso, regular, en cada ámbito empresarial concreto.

Ante una realidad tecnológica más avanzada que nuestra realidad normativa, mucho es el camino por recorrer, quedando sobre la mesa del legislador y de las propias empresas, entre otras cuestiones relevantes, la articulación de medios de regulación y control de la actividad laboral y de la desconexión laboral que establezcan de manera clara las reglas aplicables.

Tendencias de colaboración entre profesionales: nuevas recetas, mismos ingredientes

José Miguel Aniés, asociado principal del departamento de Derecho Laboral de Garrigues.



El pasado 6 de abril de 2018, el Consejo de Ministros aprobó los **planes estratégicos** de actuación que la Inspección de Trabajo llevaría a cabo hasta 2020 y, dentro de los mismos, especial interés presenta la lucha contra el fraude desde un doble punto de vista: la persecución de las relaciones jurídicas simuladas (como pueden ser las de los denominados falsos autónomos), así como la contratación temporal (laboral) injustificada.

Históricamente, el Derecho del Trabajo ha justificado su propia existencia en la necesidad de ordenar las relaciones interdependientes entre dos agentes, denominados empleador o empresario y trabajador, que potencialmente pueden tener intereses contrapuestos, y en las que intervienen un conjunto de rasgos que se encuentran definidos en un lugar privilegiado de la principal norma jurídico-laboral: el artículo 1.1 del vigente **Estatuto de los Trabajadores**.

Dicho precepto prevé la aplicación del Estatuto de los Trabajadores a quienes voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario. En cambio, y a renglón seguido, el artículo 1.2 del Estatuto de los Trabajadores establece que tendrán la condición de empresarios todas las personas, físicas o jurídicas, o

comunidades de bienes, que reciban la prestación de servicios de las personas denominadas trabajadores por cuenta ajena, así como de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas.

La indicada **definición legal** ha permanecido incólume desde la entrada en vigor del Estatuto de los Trabajadores de 1980 que, a su vez, ya disponía de una regulación similar en fuentes más lejanas como la **Ley del Contrato de Trabajo de 1944** o la **Ley de Relaciones Laborales de 1976**. Por ello, cabe plantearse si verdaderamente la regulación normativa actual y, por tanto, el control que de la misma debe asumir la Inspección de Trabajo como organismo encargado de llevar a cabo las actuaciones relativas al cumplimiento de la normativa laboral, individual y colectiva, permite dar (adecuada) respuesta a las nuevas tendencias que plantea el siempre dinámico mercado de trabajo como, por ejemplo, el trabajo por proyectos determinados organizado sobre una premisa básica, la independencia de los agentes que interactúan.

Son indudables las ventajas que puede ofrecer el **trabajo por proyectos** pudiendo señalar, entre otras, la mayor libertad y flexibilidad en la prestación de los servicios, la autonomía en el desarrollo profesional, la posibilidad de

conciliar la vida profesional y personal, la libre elección de centro de trabajo, el aprovechamiento de la experiencia y capacidad de profesionales contrastados, el incremento del nivel de ingresos, etc.

No obstante, este tipo de fenómenos de coordinación empresarial ponen en entredicho, una vez más, si la **legislación actual** permite ofrecer soluciones adecuadas que puedan ordenar el mercado de trabajo garantizando la preservación de la seguridad jurídica; puesto que este tipo de proyectos, por definición, tienen una duración limitada desde el punto de vista temporal y, además, su propia existencia se justifica por la interacción de profesionales interesados en colaborar, habitualmente, desde su independencia.

¿Tiene sentido, pues, que la Inspección de Trabajo ponga sus esfuerzos en controlar, como así recoge el plan estratégico hasta 2020, entre otras, este tipo de colaboraciones propias del siglo XXI sobre la base de una legislación más cercana al siglo XIX?

Parece razonable, pues, afrontar, como ya se hizo en 2007 con la creación de la figura del **trabajador autónomo** económicamente dependiente, un debate que permita, por ejemplo, excluir del ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores, como así se hace por ejemplo con

los transportistas, a aquellos profesionales que trabajen por proyectos concretos y determinados si reúnen determinadas características que podrían ser previamente supervisadas por la propia Inspección de Trabajo.

Se trata de una propuesta que, sin duda, debería ser consensuada entre los principales agentes sociales, pero que permitiría ofrecer la necesaria **seguridad jurídica** a una tendencia que contribuye a la generación de empleo, y eso siempre desde el escrupuloso respeto por la legalidad.

En la era de WhatsApp, las apps, LinkedIn, etc. en la que nos encontramos, cabe cuestionarse la posibilidad de incorporar la firma electrónica a los contratos de trabajo en lugar de la tradicional firma manuscrita.

Para resolver esta cuestión, es preciso acudir a la regulación establecida en el **Reglamento 910/2014** relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior, que regula la firma electrónica de manera unificada en la Unión Europea, así como en la **Ley 59/2003**, sobre firma electrónica, cuya finalidad es la de dotar al tráfico jurídico de instrumentos dirigidos a garantizar la autoría y autenticidad de un documento suscrito electrónicamente. En concreto, dicha Ley contempla los siguientes tipos de firma electrónica:

Requisitos para firmar electrónicamente un contrato de trabajo

Leire Franco Rodríguez, asociada sénior del departamento de Derecho Laboral de Garrigues.



- **Firma electrónica**, que se define como el conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante.
- **Firma electrónica avanzada**, que permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados, que está vinculada al firmante de manera única y a los datos a los que se refiere y que ha sido creada por medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control.

- **Firma electrónica reconocida** (denominada firma electrónica cualificada por el Reglamento 910/2014), que es la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma.

De los tipos de firma electrónica indicados, a la firma electrónica reconocida se le otorga la equivalencia funcional con la firma manuscrita respecto de los datos consignados en forma electrónica. Así, la citada

Ley indica que *“la firma electrónica reconocida tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel”*.

No obstante lo anterior, la misma Ley también indica que *“No se negarán efectos jurídicos a una firma electrónica que no reúna los requisitos de firma electrónica reconocida en relación a los datos a los que esté asociada por el mero hecho de presentarse en forma electrónica”*.

Siendo el contrato de trabajo de naturaleza personalísima, resulta especialmente conveniente asegurar la autenticidad de la prestación del consentimiento y la prueba correspondiente, respecto a cada singular contrato de trabajo celebrado. La firma electrónica reconocida o cualificada garantizaría la autenticidad, autoría e identidad del consentimiento prestado a través de la misma, proporcionando seguridad frente a su falsificación y protección frente a su utilización por terceros, lo que hace que resulte admisible como prueba en eventuales procedimientos judiciales. No obstante lo anterior, ello no significa que la firma electrónica que no reúna los requisitos de firma electrónica reconocida o cualificada carezca de efectos jurídicos, conforme a lo anteriormente indicado. Cuestión distinta serían los efectos probatorios de la misma, en caso de que se llegara a cuestionar.

En todo caso, la implantación de la firma electrónica reconocida para la suscripción de los contratos de trabajo puede suscitar interrogantes, tales como:

- Si para dicha implantación ha de recabarse la autorización del trabajador.
- La necesidad de que el trabajador disponga de un soporte informático a través del cual poder firmar electrónicamente su contrato de trabajo.
- El control que habrá de llevarse por la empresa de que la firma electrónica utilizada por el trabajador reviste las características de la firma electrónica reconocida.

En definitiva, nos encontramos ante una posibilidad con la que poder reducir los trámites burocráticos, conseguir un ahorro de tiempo y un avance en materia medioambiental. Sin embargo, pueden surgir controversias en relación con la validez y la prueba del contenido del propio contrato de trabajo, u otros documentos de índole laboral, con todo lo que ello conllevaría, en función del tipo de firma electrónica utilizada.

Acabar con la brecha salarial, ¿un reto alcanzable?

Laura García Gordo, asociada sénior del departamento de Derecho Laboral de Garrigues.



Los principales resultados de la Encuesta Anual de Estructura Salarial 2017, en la línea con los datos recogidos en el [Informe Mundial sobre Salarios 2016/2017 de la Organización Internacional del Trabajo](#), muestran un salario medio anual de las mujeres de 20.051,58 euros, mientras los hombres alcanzan los 25.992,76 euros; es decir, el salario medio anual femenino representa el 77,1% del masculino. Asimismo, el 18,2% de las mujeres tuvo en el año 2017 ingresos menores o iguales al Salario Mínimo Interprofesional, frente al 7,4% de los hombres. Estos datos muestran la existencia de la tan sonada brecha salarial entre hombres y mujeres.

Esta desigualdad conlleva que las mujeres perciban salarios inferiores a los hombres, lo que se traduce, consecuentemente, en una menor cotización a la Seguridad Social, lo cual supone una **desigualdad** en materia de prestaciones y ello, sin que exista causa alguna que pueda justificar las diferencias de trato.

Aunque el concepto de la brecha salarial está en boga, hay que tener en cuenta un concepto de desigualdad multidimensional que no se limita al mero hecho de que las mujeres perciban un salario inferior a los hombres sino que, lamentablemente, va más allá y afecta a distintas esferas del ámbito laboral, como por ejemplo, al hecho de

que el colectivo de mujeres en situación de **desempleo** sea considerablemente superior al de los hombres. Asimismo, esa desigualdad se manifiesta en otra serie de obstáculos a lo largo de la carrera profesional de la mujer como puede ser el acceso al empleo, la promoción profesional, etc.

En este escenario es donde ha nacido la propuesta de poner en marcha una **ley de igualdad en materia salarial** que, a su vez, pudiera incluso recoger un régimen sancionador para aquellas empresas que, de manera injustificada, profieran un trato desigual a sus empleados hombres y mujeres en situaciones comparables entre sí.

Ahora bien, y sin entrar en el tan manido debate político sobre la necesidad o no de adoptar medidas adicionales en materia de igualdad o, más concretamente, sobre el contenido de la **propuesta** de nueva ley de igualdad, o si el cauce adecuado es el marco del diálogo social, lo cierto es que ya existen países europeos en los que se han aprobado distintas medidas con la finalidad de reducir la **brecha salarial**. Concretamente, en Alemania destaca la Ley para el fomento de la transparencia en las estructuras salariales, que permitirá conocer el salario de los trabajadores varones que desempeñen el mismo trabajo que las mujeres. En esta misma línea,

en Islandia existe la obligación de certificar la igualdad salarial en aquellas empresas con una plantilla mínima de 25 trabajadores.

A nivel nacional, el Gobierno propuso varias modificaciones del **Estatuto de los Trabajadores** (ET) con el fin de incluir medidas concretas para favorecer la igualdad salarial, entre las que se encuentra la modificación del artículo 26 del ET para fomentar la realización de auditorías salariales por parte de las empresas de mediano y gran tamaño, la incorporación de información desagregada en función del género sobre componentes y cuantía de retribución para los puestos de trabajo de igual valor y la modificación de la normativa sobre registro y depósito de convenios colectivos, con objeto de obligar a los empresarios a inscribir los planes de igualdad salarial.

A la vista de lo anterior, y pese a la celebración del Día Internacional de la Igualdad Salarial (22 de febrero) y del Día de la Mujer (8 de marzo), será el tiempo el que confirme si las medidas propuestas terminan implantándose y si los resultados arrojados por las mismas consiguen reducir la brecha salarial existente entre **hombres y mujeres** o, por el contrario, los esfuerzos realizados quedan en meras propuestas de intenciones.

Sobre la eficacia y utilidad de los códigos de conducta

Sergio Santana Bertrán, asociado sénior del departamento de Derecho Laboral de Garrigues.



La actual complejidad del entorno empresarial global, consecuencia de un mayor dinamismo de las actividades comerciales y de las relaciones personales, ha propiciado que sean ya muchas las empresas que tienen implantado un **código de conducta** interno para su plantilla.

Desde un punto de vista **laboral**, ya sea integrados en políticas más genéricas de **compliance** o responsabilidad social corporativa, o bien de manera independiente, tales códigos de conducta suponen una útil herramienta para establecer un marco de referencia ético-profesional a seguir por parte de la plantilla, tanto en sus relaciones interpersonales como para con terceros (proveedores, clientes, etc.).

Un reciente estudio de la **International Bar Association** (IBA) –asociación internacional de **abogados**– publicaba, tras una encuesta realizada a 36 grandes multinacionales, que las principales materias objeto de regulación en tales códigos van, entre otras, desde los comportamientos interprofesionales, la protección de la información interna confidencial, el manejo de los activos corporativos, los conflictos de interés y la transparencia hasta, desde un tiempo más reciente, el uso de las redes sociales.

Sin embargo, ¿qué eficacia jurídica real tienen tales códigos de conducta? ¿hasta qué punto se encuentra legitimado jurídicamente el empresario para sancionar conductas de trabajadores sobre la base de tales códigos de conducta?

Para responder a tales interrogantes, hemos de recordar que en el ordenamiento **jurídico-laboral** español rige el *principio de tipicidad* de faltas y sanciones. Así, nuestro legislador, al contrario de lo que sí acontece en otros sistemas normativos cercanos (por ejemplo, Francia), ha otorgado únicamente a los convenios colectivos y a la ley la potestad de tipificar hechos sancionables por el empresario, sin que, por el contrario, las empresas puedan crear normas internas que constituyan fuente de derecho en tal ámbito.

Dicha reserva legal, prevista el art. 58 del **Estatuto de los Trabajadores** ("ET"), no impide, sin embargo, que los comportamientos regulados en los códigos de conducta sí puedan ser exigibles a los trabajadores.

En efecto, nuestro Tribunal Supremo ha venido admitiendo la posibilidad de que la asunción de estos códigos se integre en los *principios de la buena fe contractual y del cumplimiento de las instrucciones de la empresa*, principios sí recogidos en el propio ET y en los convenios colectivos, cuya transgresión grave y culpable puede llevar aparejada, incluso, la máxima sanción de despido.

Desde esa perspectiva, nuestra jurisprudencia ha legitimado la aplicación de sanciones por incumplimientos de los códigos de conducta por parte de los trabajadores,

no atendiendo únicamente al código como fuente de sanción en sí mismo, pero sí considerando, en su caso, si tales incumplimientos son subsumibles en el elenco de faltas -y sanciones- previstos en el convenio colectivo aplicable y/o en el ET.

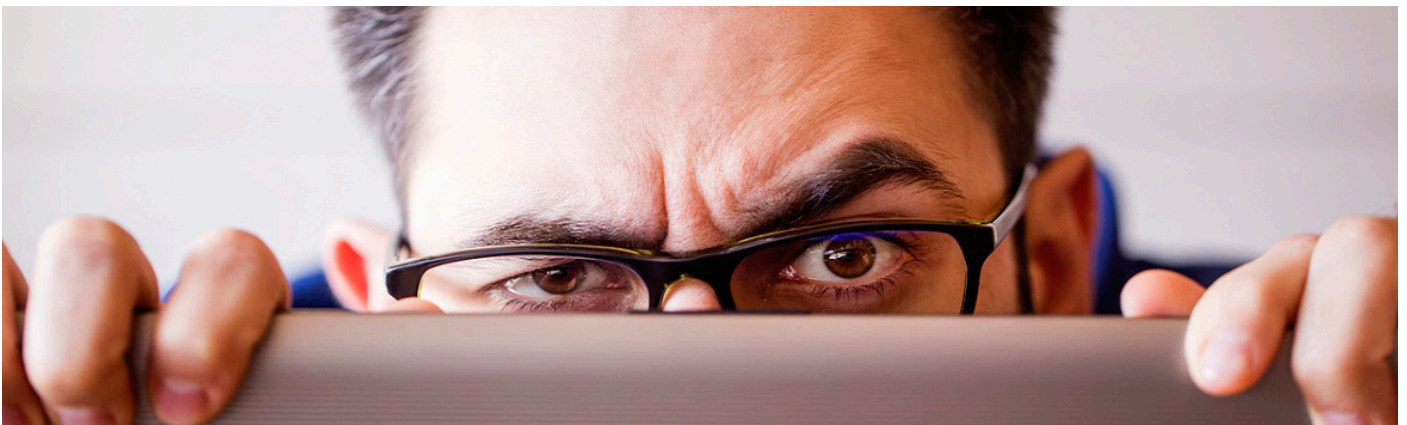
Así, será determinante, para tal objetivo, que la plantilla conozca y asuma el citado código de conducta como un conjunto de comportamientos, valores o principios que deben regir el buen hacer laboral, debiendo tener encaje la desatención de tales obligaciones en el **régimen disciplinario** del convenio colectivo o del ET, sin perder de vista, en cualquier caso, el debido respeto de la regulación de estas conductas a los derechos constitucionalmente protegidos de los trabajadores.

En definitiva, los códigos de conducta se configuran como mecanismos de autorregulación empresarial eficaces para enfatizar el debido seguimiento por la plantilla de determinadas políticas internas concretas cuyo incumplimiento, a la postre y siempre que se tome en consideración el régimen sancionador convencional o legal, puede ser objeto de sanción disciplinaria.

De forma premonitoria, allá por 1949, George Orwell publicó su novela 1984 en la que nos describía el papel

Las redes sociales abren paso al Gran Hermano en las relaciones laborales

Miguel Ángel Díaz Gómez, asociado sénior del departamento de Derecho Laboral de Garrigues.



Cada vez más convenios colectivos están regulando aspectos relacionados con el uso de las redes sociales. Las empresas pueden articular normas de buen uso y regular determinadas conductas en la medida en que puedan incidir en la imagen, buen nombre o funcionamiento de la empresa.

omnipresente y vigilante hasta la asfixia de un Gran Hermano. Con esta inspiración de ficción, en el año 2000 llegaba a España Gran Hermano, una experiencia televisiva que consistía en **monitorizar** la vida de sus concursantes durante las 24 horas del día. Con la perspectiva que dan los 69 años de vida de la novela

de Orwell y los 18 del programa televisivo, parece que esa monitorización de la actividad humana se está trasladando al mundo de las relaciones laborales.

Según el **Estudio Anual de Redes Sociales (IAB Spain)**, el 85% de los internautas de entre 16 y 65 años utilizan

las redes sociales (Facebook, WhatsApp, YouTube, etc.). Vistas las edades que comprende el estudio cabría preguntarse cómo afecta esta generalización del uso de redes en el ámbito laboral.

A efectos de ver la incidencia de las redes sociales en las relaciones laborales, basta con teclear en las bases de datos jurídicas las palabras “Internet”, “WhatsApp” o “Facebook”: hasta el 31 de diciembre de 2017 existían más de 7.150 resoluciones judiciales del orden social que contenían alguna de esas palabras.

Ante esta realidad, muchas empresas se preguntan si es posible adoptar medidas disciplinarias con base en la actividad de los empleados en las redes sociales fuera de la jornada laboral o solo durante la misma. Y surgen otros muchos interrogantes: ¿se puede limitar a los empleados el uso de estas **tecnologías en tiempo de trabajo**?, ¿cabe la posibilidad de exigir su utilización con fines profesionales, principalmente de comunicación?

Con carácter previo a resolver estas cuestiones, hay que precisar que nuestra normativa laboral no se está actualizando al ritmo que exige la llegada de las nuevas tecnologías al mundo del trabajo, lo que está abocando a que sean los jueces los que estén perfilando las facultades y límites del empresario al respecto. En este sentido, sí es cierto que cada vez más convenios colectivos están regulando aspectos relacionados con el uso de las redes sociales. A título de ejemplo tenemos el convenio colectivo provincial para el sector de Oficinas y Despachos de la provincia de Zamora que tipifica como falta grave “la utilización de las redes sociales Facebook, WhatsApp, Twitter... durante la jornada laboral, bien desde el móvil personal, móvil de la empresa o desde cualquier ordenador”.

Ante esa falta de regulación, una de las principales recomendaciones puede pasar por incorporar normas de buen uso de las redes sociales en los **códigos de conducta empresariales** a efectos de que contemplen la realidad existente en relación con el uso de los medios tecnológicos.

Retomando los interrogantes planteados, nuestros tribunales han determinado ya en algún caso que, efectivamente, el empresario puede adoptar medidas disciplinarias **con fundamento en un comentario**

vertido por un trabajador en un grupo de WhatsApp o en Facebook siempre que vulnere sus obligaciones y deberes laborales, **con independencia de que éste se produzca fuera o dentro del tiempo de trabajo**.

Esto no quiere decir que el empresario pueda hacer las veces de Ed Harris en su papel de Christof en El Show de Truman en busca continuada y desproporcionada de incumplimientos laborales. Esto es, el empresario no puede acceder a las conversaciones privadas de WhatsApp de sus empleados o al muro de Facebook sin su consentimiento, pero sí se pueden articular normas de buen uso y **regular estas conductas** en la medida en que puedan incidir en la imagen, buen nombre o funcionamiento de la empresa.

Ahora bien, ello no obsta a que si un compañero de trabajo, miembro del grupo de WhatsApp o con permiso para ver el perfil de Facebook de otro compañero, facilita al empresario la conversación de WhatsApp o la publicación en Facebook en la que se incumplen sus deberes como trabajador, el empresario pueda imponer una sanción disciplinaria.

Esto fue lo que acaeció en un supuesto analizado por el **Tribunal Superior de Justicia de Cataluña**, relativo al despido de la directora de una guardería y de una de sus educadoras por el envío de una fotografía y de comentarios en un grupo de WhatsApp. Concretamente, en este caso, tras enviar una de las trabajadoras despedidas una foto de un niño desnudo, realizando comentarios totalmente inadecuados, otra empleada –que formaba parte del grupo de WhatsApp– decidió revelar al empresario el contenido del mismo. La sentencia declaró **la validez de los mensajes de WhatsApp** como medio de prueba y la procedencia del despido disciplinario.

Tras este aviso a navegantes, pues casi con total seguridad todos nosotros formamos parte de un grupo de WhatsApp con compañeros de trabajo, solo queda esperar que en el futuro la aplicación WhatsApp no se erija como una de las principales causas de “ruptura” en las relaciones laborales, como parece que ya sucede en las relaciones sentimentales.

¿El lector ha salido del grupo “**Empresa**”?

Romper el compromiso de contratación laboral tiene consecuencias

María Muñoz Muñoz, asociada sénior del departamento de Derecho Laboral de Garrigues.



Cada vez es más habitual que los **trabajadores**, en especial aquellos con un nivel de formación elevado y que gozan de una estabilidad laboral, soliciten la firma de una oferta de trabajo o un **precontrato** con anterioridad a causar baja en una empresa o iniciar una nueva etapa laboral.

Del mismo modo, las empresas acuden a la **oferta de trabajo** o al precontrato a efectos de lograr retener al trabajador elegido durante el proceso de selección. Por tanto, con el compromiso de contratación, o precontrato, ambas partes intentan asegurar sus intereses.

Pero, ¿qué sucede cuando empresa o trabajador incumplen la oferta o el precontrato?

No son infrecuentes los supuestos en que los **trabajadores** deciden renunciar a la oferta de contratación en favor de una mejor oferta laboral, incumpliendo así el compromiso de contratación o el precontrato.

Por su parte, en ocasiones las empresas optan finalmente por otro candidato o por cualquier causa no firman el contrato laboral con el profesional con quien habían suscrito un compromiso de contratación.

Ante el incumplimiento de cualquiera de las partes de su compromiso de suscribir un contrato laboral han sido nuestros tribunales del orden social los que han venido definiendo y delimitando las obligaciones y responsabilidades de las partes ante la firma de una oferta o un precontrato de trabajo.

En este sentido, al no encontrarnos ante un contrato, sino ante un compromiso de **contratación** en un futuro próximo, y ante la ausencia de regulación laboral en la materia, corresponde a los órganos judiciales establecer el régimen de responsabilidades de la parte incumplidora.

¿Qué responsabilidades se derivan?

Las sentencias vienen señalando que son susceptibles de reclamación a la parte incumplidora de la oferta o del precontrato los daños y perjuicios derivados del incumplimiento. Se inicia así un procedimiento en que deberán ser objeto de reclamación y, por supuesto, acreditación, los daños y perjuicios sufridos por el incumplimiento.

En este sentido, en caso de que la parte incumplidora sea la empresa, no es extraña la condena a la misma a indemnizar al trabajador con los salarios dejados de percibir por la pérdida de empleo, ausencia de prestación por desempleo e incluso con aquellos gastos en los que haya incurrido bajo la premisa de que la empresa iba a suscribir un **contrato laboral**, como podría ser en caso de ser necesario el traslado de la ciudad de residencia. Incluso puede llegar a condenarse a la empresa que incumple la oferta de contratación o el precontrato al abono de una cantidad equivalente a la indemnización por despido improcedente correspondiente a la antigüedad devengada en la anterior empresa en la que el candidato causa baja tras firmar la oferta o el precontrato.

Sin embargo, los órganos judiciales son más reticentes a reconocer a las empresas el derecho a ser indemnizadas por los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento de los trabajadores de suscribir un contrato laboral.

Ante esta situación, es recomendable incluir en la oferta o el precontrato una **cláusula penal** definiendo las responsabilidades de las partes en caso de incumplimiento. De este modo, en caso de incumplimiento por los trabajadores de su compromiso de trabajo la empresa podrá reclamar al trabajador y, ante la negativa de éste a cumplir con el régimen de responsabilidades establecido en la oferta o el precontrato, la jurisdicción social estimará, siempre y cuando el importe indemnizatorio acordado sea razonable y proporcional a los perjuicios sufridos, el **derecho de la empresa** a ser indemnizada.

Hacer ejercicio: ¿una obligación contractual?

Julio Alemán, *junior associate* del departamento de Derecho Laboral de Garrigues.



Existen numerosos análisis que vinculan la práctica habitual de **ejercicio físico** con una mayor **productividad** en el trabajo. Hacer ejercicio mejora la salud en general, por lo que lógicamente permite a nuestro organismo estar en mejores condiciones para desempeñar las funciones de nuestro puesto de trabajo. Así lo han determinado numerosos estudios, entre los que podemos destacar el denominado *Efecto del ejercicio físico en la **productividad laboral** y el bienestar* realizado por la Universidad de las Islas Baleares y la Universidad Autónoma de Barcelona.

El ejercicio regular previene males como el sedentarismo o el **estrés laboral**, aumenta la productividad, **reduce el absentismo** y mejora el ánimo de los trabajadores, por lo que las ventajas de facilitar el deporte en el entorno de trabajo son innegables.

En este sentido, cada vez son más las empresas que han decidido facilitar o **promover el deporte entre sus trabajadores**, a través de distintas formas. Por ejemplo, algunas empresas han optado por subvencionar el coste del gimnasio o disponer de un espacio en sus instalaciones destinado a la práctica del ejercicio, y otras por organizar clases colectivas de yoga o pilates y algunas, incluso, cuentan con equipos de fútbol

o baloncesto. Otra opción es **instalar vestuarios en las oficinas** para permitir a los trabajadores practicar ejercicio durante los descansos de la jornada laboral. De esta manera muchos empleados pueden aprovechar la hora de la comida para salir a practicar **running**.

En Suecia, algunas empresas han ido un paso más allá y han optado por incluir el ejercicio físico como una obligación establecida en el contrato de trabajo. Los trabajadores de las empresas *Kalmar Vatten* y *Björn Borg* **deben realizar obligatoriamente una hora de entrenamiento semanal** en un centro deportivo cercano a sus oficinas. Estas empresas han tomado esta decisión porque consideran que la hora de entrenamiento es un elemento indispensable para aumentar la productividad y la rentabilidad y también, como elemento añadido, la integración del trabajador en la cultura de la empresa. No cabe duda de que pueden surgir enormes ventajas de combinar ejercicio físico y trabajo, pero **es más que discutible que jurídicamente las empresas en España puedan exigir a sus trabajadores la práctica de algún deporte**, por lo que, hoy por hoy, la mejor opción es la promoción y la concienciación en el ámbito de la salud. Con seguridad, redundará en beneficios para los trabajadores y para las empresas.

¿Se puede prohibir fumar en todo el centro de trabajo, incluidos los espacios al aire libre?

Isabel Esteban, asociada sénior del departamento de Derecho Laboral de Garrigues.



En una **sentencia** dictada el 13 de noviembre de 2017, el **Tribunal Superior de Justicia de Cantabria** desestimaba la demanda planteada frente a una decisión empresarial que establecía la prohibición de fumar en todo el recinto de una fábrica, incluidos los espacios al aire libre en los que los trabajadores acudían a fumar durante los quince minutos de descanso para el bocadillo, esto es, en su tiempo de descanso.

El tema en cuestión es interesante porque no se trata de dilucidar si **es lícito fumar durante el horario de trabajo**, sino en momentos de descanso pero dentro de las propias instalaciones al aire libre de la empresa.

En el caso analizado, el sindicato demandante alegaba que la prohibición de fumar en un espacio al aire libre en el propio centro de trabajo implicaba tener que salir fuera del recinto de la fábrica, lo cual imposibilitaba hacerlo en dicho período de quince minutos habida cuenta de que para ello debía recorrerse el camino hasta la salida del recinto, fichar a la salida y a la entrada al volver al mismo, así como tener que cambiarse de ropa de trabajo.

Amparándose en la libertad de empresa así como en el poder de dirección y control de la **actividad laboral** que corresponde al empresario, el citado Tribunal estima

correcta la decisión de la compañía. La sentencia argumenta que no se aprecia una vulneración de los derechos fundamentales de los empleados por no ser estos absolutos sino que deben ceder ante intereses u otros derechos constitucionalmente relevantes, como es el poder de dirección y control de la actividad laboral por parte del empresario, que se desarrolla dentro de la jornada de trabajo (aun en el tiempo destinado a bocadillo) y en el lugar de trabajo. Máxime cuando la empresa ejerce una facultad organizativa amparada por normas de salud pública, no solo tendentes a garantizar la salud de los fumadores pasivos sino también de sus propios empleados fumadores.

En conclusión, el Tribunal rechaza la petición del sindicato demandante entendiendo que el empresario, en su cualidad de titular del centro de trabajo, puede prohibir que se fume en el interior del recinto fabril, incluidos los espacios que se hallen al aire libre, sin que tal facultad se halle coartada por la circunstancia de que los trabajadores de la plantilla vinieran haciendo uso con anterioridad de aquellos patios interiores para **fumar** con la autorización y consentimiento del empresario.

¿Quieres estar al día de las últimas novedades y tendencias en el ámbito laboral?

Suscríbete a nuestro blog



GARRIGUES

www.garrigues.com

Síguenos en

