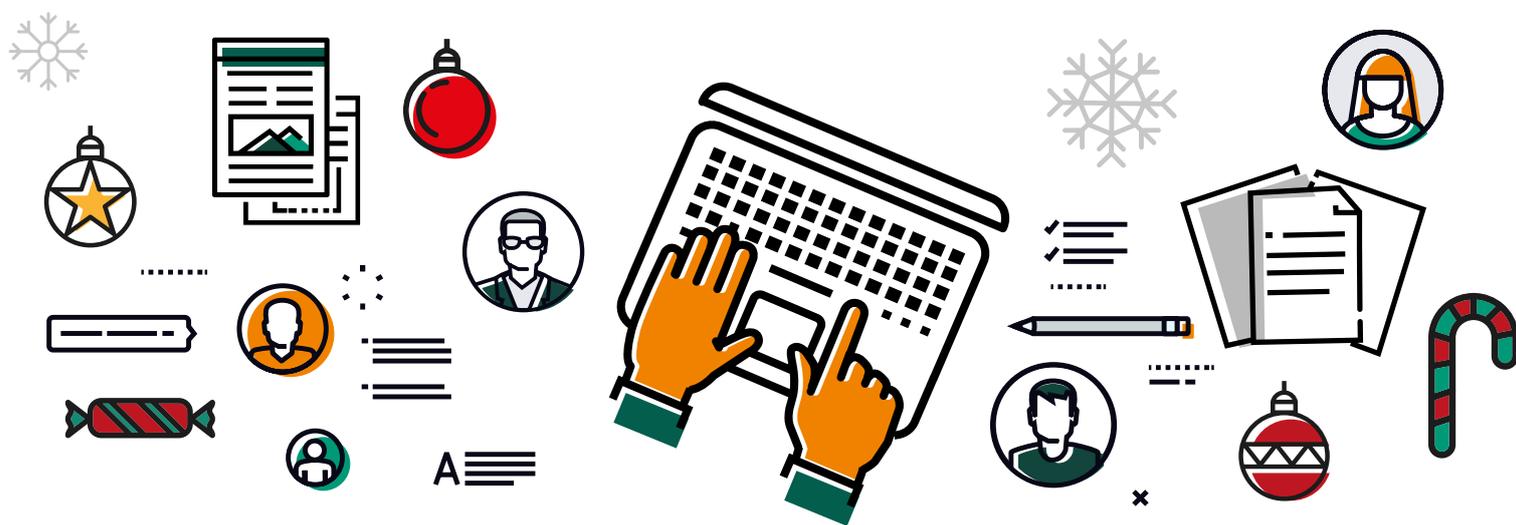


# Garrigues Digest Laboral

Edición Navidad 2018



# GARRIGUES

# Garrigues Digest Laboral

## Edición Navidad 2018

### Llega la Navidad, el fin de año ¡y las reformas laborales!

**En este nuevo número de nuestro Digest Laboral hacemos un repaso de los principales asuntos que hemos tratado durante 2018, mientras nos preparamos para un nuevo año 2019 que sin duda será intenso, más aún si cabe que el que termina, en lo que se refiere a novedades laborales.**

En nuestro anterior **Digest de verano** anticipábamos un fin de año apasionante, dada la previsión de importantes novedades legislativas en el ámbito laboral. No estábamos equivocados, 2018 ha sido un año especialmente intenso en novedades laborales, tanto judiciales como legislativas, que hemos venido analizando en nuestra Newsletter y en el Blog Laboral.

En esta edición del Digest Laboral, os ofrecemos una selección de los principales artículos que hemos publicado durante el año 2018 en los que, como siempre de manera sencilla y práctica, abordamos cuestiones novedosas y relevantes para quienes nos movemos en el ámbito de los recursos humanos y la gestión de personas. A modo de ejemplo, tratamos asuntos de máxima actualidad como los requisitos para firmar electrónicamente un contrato de trabajo, el derecho a la desconexión laboral, el uso de la video vigilancia con fines laborales, las nuevas fórmulas de colaboración profesional o el impacto del uso de las redes sociales en la relación laboral, así como otras cuestiones igualmente relevantes como los nuevos criterios para calcular las indemnizaciones por despido, la ultraactividad de los convenios colectivos y la prioridad aplicativa de los convenios de centro, la relevancia de los códigos de conducta o los efectos derivados de la ruptura de un compromiso de contratación.

Esperamos que resulte de vuestro interés y aprovechamos para desearos una muy Feliz Navidad y que 2019 sea un fantástico año en el que sigamos contando con vuestra confianza.

**Departamento Laboral de Garrigues**



- 1 Errores que pueden salir caros en las indemnizaciones por despido objetivo**  
Óscar Alcuña, asociado principal del departamento de Derecho Laboral de Garrigues
- 2 Romper el compromiso de contratación laboral, tiene consecuencias**  
María Muñoz, asociada sénior del departamento de Derecho Laboral de Garrigues
- 3 Requisitos para firmar electrónicamente un contrato de trabajo**  
Leire Franco, asociada sénior del departamento de Derecho Laboral de Garrigues
- 4 Reconocimientos médicos: voluntariedad y limitaciones del derecho a la intimidad**  
Carlos Déniz, asociado sénior del departamento de Derecho Laboral de Garrigues
- 5 Los tribunales introducen nuevos criterios para determinar la fecha de inicio de los permisos retribuidos**  
Elizabet Sánchez, asociada principal del departamento de Derecho Laboral de Garrigues
- 6 Sucesión de empresa: ¿baja voluntaria o despido improcedente?**  
Julián García, asociado sénior del departamento de Derecho Laboral de Garrigues
- 7 Hacer ejercicio: ¿una obligación contractual?**  
Julio Alemán, *junior associate* del departamento de Derecho Laboral de Garrigues.
- 8 Las redes sociales abren paso al Gran Hermano en las relaciones laborales**  
Miguel Ángel Díaz, asociado sénior del departamento de Derecho Laboral de Garrigues
- 9 La desconexión laboral, una cuestión a regular**  
Vanessa Sánchez, asociada principal del departamento de Derecho Laboral de Garrigues
- 10 Caso López Ribalda ¿una re-visión de la doctrina del TC sobre videovigilancia?**  
Unai Miguel, asociado sénior del departamento de Derecho Laboral de Garrigues
- 11 Sobre la eficacia y utilidad de los códigos de conducta**  
Sergio Santana, asociado sénior del departamento de Derecho Laboral de Garrigues
- 12 El Tribunal Supremo clarifica el régimen jurídico de la ‘ultraactividad’ de los convenios colectivos**  
Federico Durán, *of counsel* del departamento de Derecho Laboral de Garrigues
- 13 Las sanciones de la Inspección de Trabajo por incumplimientos en materia de igualdad aumentarán en los próximos meses**  
María José Ramo, socia del departamento de Derecho Laboral de Garrigues
- 14 Seguridad Social: Las empresas deberían poder beneficiarse de la eficiencia en la gestión de los fondos que dedican al autoseguro**  
Federico Durán, *of counsel* del departamento de Derecho Laboral de Garrigues
- 15 Estos son los proyectos en el ámbito laboral previstos para lo que queda de legislatura**  
Carlos García Barcala, socio del departamento de Derecho Laboral de Garrigues
- 16 La brecha salarial marca la agenda de los tribunales y el legislador**  
Elisa Caldeiro, socia del departamento de Derecho Laboral de Garrigues

## Errores que pueden salir caros en las indemnizaciones por despido objetivo

Óscar Alcuña, asociado principal del departamento de Derecho Laboral de Garrigues.



Uno de los aspectos que siempre ha generado más inquietud a la hora de acometer un **despido objetivo** es la correcta puesta a disposición de la indemnización prevista para esta modalidad de extinción de contratos.

La propia puesta a disposición de la **indemnización** de forma simultánea a la comunicación del despido, mediante cheque o transferencia. La determinación del salario a considerar para el cálculo de la indemnización, en especial en aquellos casos con conceptos retributivos complejos. La identificación correcta de la antigüedad del trabajador, cuando existen contratos temporales precedentes o posibles situaciones de **sucesión empresarial** previas. El propio cálculo aritmético, que puede jugarnos una mala pasada.

En definitiva, son muchos los elementos que deben ser tenidos en consideración y distintos los factores que pueden fallar y que pueden provocar que se considere que no ha llegado a producirse una efectiva puesta a disposición de **la indemnización**. Como ya sabemos, la consecuencia actual de tal circunstancia es la consideración del **despido** como improcedente por defectos de forma.

El concepto de error excusable ha servido para mitigar los rigores formales de los despidos objetivos, impidiendo que cualquier defecto en la determinación de la indemnización pueda llevar a la consecuencia ya indicada de la improcedencia del **despido**.

La Sala Social del Tribunal Supremo, en una **sentencia** de 28 de septiembre de 2017, ha compilado la doctrina jurídica del error excusable y ha delimitado su contenido

hacia una interpretación restrictiva de las circunstancias y supuestos que pueden calificar de excusable un error cometido en la determinación de la indemnización.

La doctrina tradicional del Tribunal Supremo respecto de la excusabilidad del error ha identificado factores tales como la importancia cuantitativa del error, la complejidad jurídica del supuesto y la buena fe. No obstante, matiza el Alto Tribunal, no todo error jurídico es necesariamente inexcusable ni toda diferencia, aun cuando sea de escasa cuantía, lleva automáticamente a considerar el error como excusable. La calificación de inexcusable se impone en aquellos supuestos en los que la empresa ha podido y ha debido evitarlo, empleando una diligencia normal. En definitiva, no será excusable el error que, atendiendo al conjunto de circunstancias, no tenga justificación en su comisión, aplicando para su valoración dicha diligencia normal.

Respecto al elemento de la buena fe, si bien el **Tribunal Supremo** considera un indicio de ésta la subsanación del error tan pronto sea identificado, es también importante señalar que dicha subsanación puede no ser suficiente si el importe de la diferencia indemnizatoria es elevado (en el caso analizado en la Sentencia citada, la diferencia ascendía al 18%).

Como conclusión, debemos recordar la importancia de una adecuada determinación de los elementos integrantes en el cálculo de la **indemnización de los despidos objetivos** y la necesidad de revisar dichos cálculos con la máxima diligencia. Si, a pesar de ello, se produce un error, es recomendable la subsanación del mismo tan pronto como éste se identifique.

# Romper el compromiso de contratación laboral, tiene consecuencias

María 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.

# Requisitos para firmar electrónicamente un contrato de trabajo

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



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:

- **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.

## Reconocimientos médicos: voluntariedad y limitaciones del derecho a la intimidad

Carlos Déniz, asociado sénior del departamento de Derecho Laboral de Garrigues.



Conforme a lo dispuesto en el artículo 22 de la **Ley 31/1995**, de 8 de noviembre, de **Prevención de Riesgos Laborales**, el empresario tiene la obligación de garantizar a los trabajadores la vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo, debiendo ofrecer al personal la posibilidad de someterse a reconocimientos médicos de manera periódica, concretamente, según nuestra jurisprudencia, al menos una vez al año y siempre previo consentimiento del trabajador.

Así pues, como regla general, la vigilancia periódica del estado de salud se constituye como un derecho del trabajador, y no como una obligación que le pueda ser exigida por el empresario, ya que el sometimiento a los reconocimientos médicos requerirá siempre el consentimiento previo del trabajador. Es lo que se denomina por la jurisprudencia como **principio de voluntariedad**.

No obstante lo anterior, la regla general del principio de voluntariedad admite excepciones, reguladas expresamente en el mencionado artículo 22 en el que se prevé que la vigilancia periódica del estado de salud de los trabajadores no requerirá el consentimiento de los trabajadores cuando la realización de los reconocimientos sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores o para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa o, por último, cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad.

En tales casos, en atención a los riesgos inherentes al trabajo desempeñado, la vigilancia periódica del estado de salud pasa a convertirse en una obligación para los trabajadores, quienes deben someterse necesariamente a los reconocimientos médicos que el empresario ponga a su disposición.

Recientemente, **en fecha 7 de marzo de 2018, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo**, valorando el alcance del principio de voluntariedad, se ha pronunciado sobre el carácter no absoluto del mismo y sobre la posibilidad de exigir a los trabajadores el sometimiento a los reconocimientos médicos en aquellas situaciones en las que la falta de vigilancia periódica de su salud pueda colisionar o poner en riesgo otros derechos fundamentales y otros bienes jurídicamente protegidos.

Concretamente, el caso estudiado en la referida sentencia, consiste en una demanda de conflicto colectivo planteada por los sindicatos mayoritarios, cuyo objeto es que se declare nula la decisión adoptada por una empresa dedicada a la seguridad privada de exigir a sus trabajadores que se sometan a reconocimientos médicos periódicos de manera obligatoria.

Pues bien, el Tribunal Supremo, al analizar los colectivos de **trabajadores afectados** por el conflicto, concluye indicando que, si bien en el caso de algunos trabajadores la protección del **derecho a la intimidad** está por encima de la del bien jurídico con el que colisiona, en otros casos no es así. De esta manera, el derecho a la intimidad no puede utilizarse siempre como justificación para no

someterse a los reconocimientos médicos, existiendo una serie de circunstancias que hay que tener en cuenta en relación al principio de voluntariedad.

Conforme a lo anterior, el Tribunal Supremo en esta sentencia (cuya doctrina podría incluso llegar a extrapolarse a otros sectores como, por ejemplo, el de la sanidad, el transporte de viajeros y mercancías, la educación...) ha entendido que la norma que protege la **intimidad del trabajador** y en la cual se fundamenta la voluntariedad de éste a someterse o no a los reconocimientos médicos exige, al mismo tiempo, que el trabajador se someta a sacrificios cuando la negativa

a realizar los citados reconocimientos pueda colisionar con otros derechos básicos y fundamentales o con otros bienes jurídicamente protegidos.

Como podemos comprobar, el Tribunal Supremo ha venido a facilitar en parte la aplicación de las excepciones a la voluntariedad de los reconocimientos médicos fijados en el ya citado artículo 22 y abre la puerta a una situación en la que se debe ponderar la importancia del derecho a la intimidad del trabajador que no desee someterse a los reconocimientos frente a la posible colisión que ello puede implicar en otros derechos básicos que gozan de un mismo nivel de protección jurídica.

## Los tribunales introducen nuevos criterios para determinar la fecha de inicio de los permisos retribuidos

Elizabet Sánchez, asociada principal del departamento de Derecho Laboral de Garrigues.



**En los últimos meses, varias sentencias del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional –algunas de ellas contradictorias– han interpretado el momento en que debe entenderse que empieza el periodo de disfrute de los permisos retribuidos de los trabajadores.**

El pasado 5 de abril publicamos un **post** sobre el momento de inicio de los permisos retribuidos en el que se analizó la **sentencia del Tribunal Supremo de fecha 13 de febrero de 2018**.

En ella, el Tribunal Supremo analiza el caso concreto de la regulación de los permisos retribuidos del convenio estatal de contact center y concluye que el día inicial de disfrute de los permisos debía ser el primer día laborable que siguiera al hecho causante. El argumento que utilizaba era, en esencia, que los permisos están previstos para su disfrute en días laborables y no en festivos. Dicha sentencia generó un gran revuelo en el ámbito empresarial y sindical y fueron abundantes las noticias que se hicieron eco de la misma.

Sin embargo, el mismo día que se publicaba nuestro post, el Tribunal Supremo (de hecho, la misma Sección de la Sala Cuarta) dictaba otra **sentencia** que no ha tenido la

misma repercusión mediática y que, obviando referencia alguna a su sentencia previa, desestimaba el recurso interpuesto frente a una **sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de diciembre de 2016** (en este caso respecto del **convenio colectivo de banca y la normativa interna de una entidad bancaria**), concluyendo que el permiso por matrimonio debía comenzar a computarse desde el mismo día de la formalización del matrimonio, incluido éste, por ser ésta la interpretación literal que procedía efectuar del convenio analizado.

La escasa fundamentación jurídica de esta última sentencia (la resolución se limita a resolver en realidad si la sentencia de la Audiencia Nacional incurrió o no en una incongruencia omisiva, sin entrar de lleno al fondo de la cuestión) y lo discutible de los argumentos que dieron lugar a la **sentencia del 13 de febrero de 2018** (expuestos en nuestro **post citado de 5 de abril**), unido al hecho de que la redacción del permiso por matrimonio

tanto del convenio de contact center como del de banca no sea tan diferente como para alcanzarse conclusiones tan dispares, no ha hecho sino contribuir a generar más confusión a una cuestión (la de la fecha de inicio de los permisos retribuidos) ya de por sí compleja.

En este contexto, dada la falta de una línea jurisprudencial consolidada, la Audiencia Nacional ha considerado necesario dictar otras **sentencias** en las que clarifica algunas cuestiones respecto a los permisos retribuidos. Dichas sentencias están relacionadas con el **convenio colectivo de las ETT** (sentencia del **13 de junio de 2018**); con el convenio estatal de empresas de consultoría y estudios de mercado y de la opinión pública (resolución del **20 de junio de 2018**) y con el del sector de empresas de ingeniería y oficinas de estudios técnicos, también del pasado 20 de junio.

En concreto, la Audiencia Nacional considera que, a efectos de determinar la fecha de inicio del cómputo de **los permisos laborales**, han de diferenciarse los **permisos de larga duración**, como el matrimonio, de los permisos cortos, como los nacimientos, la enfermedad grave, accidente, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, o el fallecimiento de parientes hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad.

La Audiencia Nacional estima razonable que los permisos de larga duración se activen desde el hecho causante y no desde el primer día laborable, en la medida en que corresponden a días naturales y no a días laborables. Por el contrario, considera lógico que los permisos cortos comiencen a computarse en **días laborables**, dada la finalidad de los mismos, que pretenden atender determinadas contingencias (como la inscripción en registros, la gestión de prestaciones o la notificación de

partes de baja) que normalmente no pueden realizarse en días inhábiles.

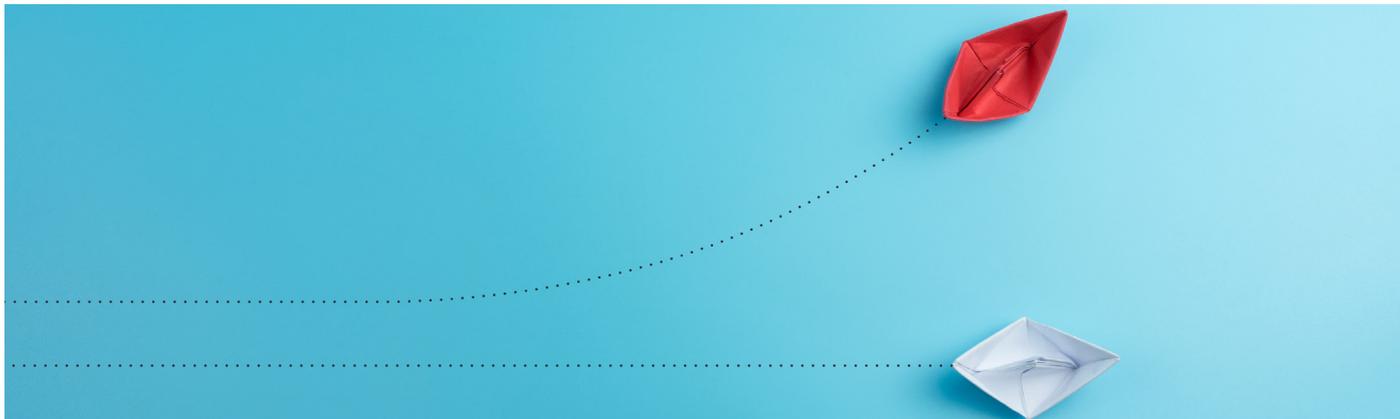
Cabe destacar que, en la sentencia del 20 de junio de 2018 dictada con motivo del convenio colectivo del sector de empresas de ingeniería y oficinas de estudios técnicos, la Audiencia Nacional va incluso más lejos y, en relación con los permisos cortos (que en el convenio analizado se determinan por días, sin mayor especificación), no se limita a considerar que los mismos han de iniciarse en día laborable, sino que han de disfrutarse en días laborables siempre que se mantenga la vinculación con el hecho causante, arguyendo para ello los mismos motivos que justificarían el que el inicio de su cómputo se haya de producir en días hábiles (esta cuestión había quedado sin clarificar por la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2018).

En todo caso, la Audiencia Nacional ha decidido plantear, mediante **auto de 3 de septiembre de 2018**, una cuestión prejudicial ante el **Tribunal de Justicia de la Unión Europea** con ocasión de un procedimiento en el que se plantea la controversia en relación con la regulación que sobre la materia se contiene en el convenio colectivo de un grupo empresarial del comercio de la alimentación. En concreto, la cuestión que la Audiencia Nacional somete a análisis del Tribunal Europeo es si una normativa interna en la que se permite simultanear el descanso semanal o las vacaciones con el disfrute de **permisos retribuidos** para atender finalidades distintas del descanso, el ocio y el esparcimiento, resulta contraria o no a la normativa europea en materia de ordenación del tiempo de trabajo.

Por tanto, no queda lugar a dudas de que estamos ante una cuestión que va a seguir generando controversia y que habrá que esperar todavía un tiempo para poder tener un criterio pacífico al respecto.

# Sucesión de empresa: ¿baja voluntaria o despido improcedente?

Julián García, asociado sénior del departamento de Derecho Laboral de Garrigues.



La contrata implica la suscripción de un acuerdo entre dos empresas o entidades en virtud del cual una de ellas se compromete a ejecutar una obra o prestar un servicio determinado en favor de la otra. En este ámbito, y dada la configuración de nuestro ordenamiento jurídico, se producen muchos **conflictos laborales** como consecuencia del cambio de la empresa que asume el servicio o la obra a realizar.

El principal problema surge cuando se ha de determinar si concurre o no la **figura jurídica de la sucesión de empresa** y, por tanto, si la empresa entrante en el servicio ha de subrogarse en la posición de la saliente, debiendo asumir a los **trabajadores** y respetando todas sus condiciones laborales. Y ello es importante porque si procediera la sucesión, en el caso en que la empresa entrante no asumiera al trabajador, ésta podría ser declarada responsable de un **despido improcedente**. Mientras que, por otro lado, si no concurriera el supuesto de sucesión de empresa, el cese del trabajador en la saliente también podría considerarse un despido improcedente.

En este escenario, en ocasiones, entra en juego una nueva variante: la posible baja voluntaria del trabajador en su vertiente de **dimisión tácita**. Este efecto puede producirse cuando el empleado cesa en la empresa saliente y, sin solución de continuidad, comienza a prestar servicios en la nueva empresa que asume la obra o servicio.

Cada vez es más habitual que, ya conocido el cambio de empresa, la nueva entidad se ponga en contacto con los trabajadores que hasta ese momento estaban asignados al servicio para negociar con ellos la posibilidad de ser contratados con nuevas **condiciones laborales** y con la finalidad de conservar la calidad del servicio, valiéndose de la formación y experiencia de esos trabajadores. Paralelamente, sucede también que la empresa saliente comunica al trabajador la posible existencia de **sucesión de empresa** y, por tanto, su cese en esa entidad y su nueva

alta en la empresa continuadora de la actividad. En este contexto, cabe la posibilidad de que los trabajadores, aun habiendo iniciado una nueva relación laboral, reclamen por despido frente a ambas empresas, bien por considerar que la nueva empleadora les debía haber conservado su anterior relación laboral y las condiciones vigentes durante la misma, defendiendo así la sucesión de empresa, o bien por entender que, de no existir sucesión, su cese en la empresa saliente se debe calificar como despido improcedente.

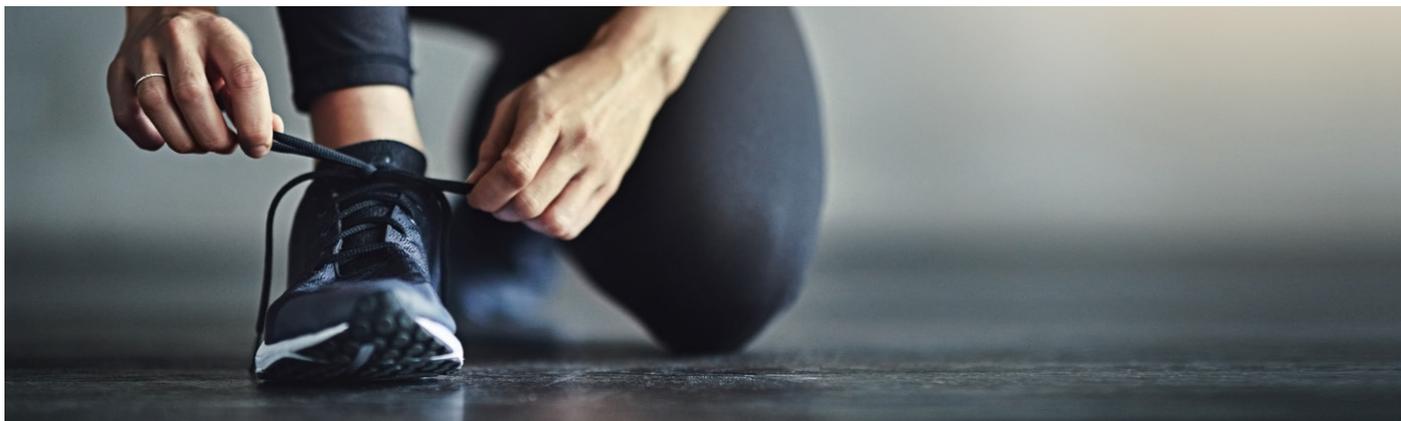
Expuesto lo anterior, debemos tener en cuenta que, cuando esto sucede, existen pronunciamientos judiciales que desestiman la pretensión de despido del trabajador frente a la empresa saliente, cuando no ha existido sucesión de empresa. Y ello por entender que, en este contexto, lo que verdaderamente ha existido es una baja voluntaria del empleado en su anterior empleadora para incorporarse a la nueva empresa.

Para declarar la existencia de una válida baja voluntaria, los Tribunales basan su decisión en determinados actos concluyentes llevados a cabo por el trabajador como son, por ejemplo: que el trabajador, estando vigente su relación con la empresa saliente, haya pre-negociado con la nueva empresa sus nuevas condiciones laborales o haya suscrito un precontrato con la nueva empleadora; que el trabajador haya pasado a prestar servicios, sin solución de continuidad en la nueva empresa; o, que no haya acudido a su puesto de trabajo en la anterior empresa, el primer día del cambio del servicio, por haber iniciado la relación laboral con la nueva compañía.

Por tanto, en estos supuestos se deberán analizar con detalle las circunstancias concurrentes para determinar si, verdaderamente, en el caso de no existir sucesión de empresa (lo que eximiría de responsabilidad a la nueva empleadora) ha existido un despido improcedente de la empresa saliente o bien una **baja voluntaria del trabajador**, lo cual impediría que se le abonara la indemnización por **despido**.

## 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.

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

Miguel Ángel Díaz, 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.**

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

## La desconexión laboral, una cuestión a regular

Vanessa Sánchez, 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.

# Caso López Ribalda ¿Una re-visión de la doctrina del TC sobre videovigilancia?

Unai Miguel, asociado sénior del departamento de Derecho Laboral de Garrigues.



Otra vez un pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) vuelve a generar una gran controversia sobre el siempre cuestionado y difícil equilibrio entre el **derecho de la empresa** al control y vigilancia de la actividad de sus empleados y el derecho de los mismos a la **protección de su privacidad** (intimidad y datos de carácter personal).

La **sentencia** dictada por el Caso López Ribalda ¿Una re-visión de la doctrina del TC sobre **videovigilancia**?, el pasado día 9 de enero de 2018 (Caso López Ribalda) ha vuelto a suscitar las permanentes incertidumbres a las que se ven abocados los empresarios respecto a la utilización de medios de **videovigilancia** para controlar la actividad de sus empleados.

El supuesto analizado se refería a la instalación por parte de un supermercado de **cámaras ocultas** para vigilar a sus cajeras, con el fin de investigar ciertas irregularidades que se habían advertido entre la mercancía almacenada y las ventas reales, lo que estaba generando al supermercado pérdidas económicas.

Dicho pronunciamiento considera que la instalación de **cámaras de vigilancia** ocultas durante un período ilimitado de tiempo constituye, atendiendo a los concretos hechos enjuiciados, una conducta vulneradora del derecho a la vida privada de los empleados tanto por el incumplimiento del deber de información a los mismos previsto en la **Ley Orgánica de Protección de Datos (LOPD)**, como por no resultar proporcional la medida de control y vigilancia adoptada, al existir otros medios menos lesivos para acreditar los incumplimientos cometidos por parte de los empleados.

La doctrina referida del TEDH puede implicar la revisión de la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional (TC) sobre el uso de sistemas de videovigilancia destinados al control y vigilancia de la actividad de los trabajadores. Dicha doctrina viene recogida por ejemplo en la Sentencia

del TC de fecha 3 de marzo de 2016, resumiéndose básicamente en lo siguiente:

- La primera cuestión que dicho pronunciamiento analiza es si resulta necesario contar con el consentimiento expreso del trabajador para poder someterle a un control a través de sistemas de videovigilancia, concluyéndose que el consentimiento del trabajador se entiende implícito, siempre que el tratamiento de datos de carácter personal sea necesario para el mantenimiento y cumplimiento del contrato de trabajo firmado por las partes.
- En segundo lugar, y respecto del deber de información, se destaca que la relevancia constitucional de la ausencia o deficiencia del cumplimiento del deber de información a los trabajadores en los supuestos de videovigilancia exige, en cada caso, la ponderación entre el derecho a la protección de datos del trabajador y el poder de dirección empresarial.

Según el TC, son las circunstancias de cada caso en concreto las que determinarían si el control empresarial vulnera el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal de cada trabajador o no.

Así, la obligación del deber de **información a los trabajadores** carecería de relevancia constitucional en aquellos casos en los que se supere el juicio de proporcionalidad, esto es, si existe una justificación que permita la adopción de la medida de control susceptible de conseguir el objetivo propuesto (idoneidad), si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otro medio más moderado para la consecución del objetivo propuesto (necesidad), y si finalmente de la misma se pueden derivar más beneficios para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (proporcionalidad).

El análisis de la Sentencia del TEDH y de la doctrina constitucional plantea el interrogante de si el Tribunal comunitario considera que la ausencia o deficiencia

del incumplimiento del deber de información previo a los trabajadores supone, de manera automática, la vulneración del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal con independencia de las circunstancias concurrentes en cada supuesto o si, por el contrario, lo relevante en estos casos es la superación del **juicio de proporcionalidad**.

Deberán ser los órganos judiciales españoles los que deban fijar cuál es el criterio aplicable en estos casos, si, en todo caso, debe cumplirse con la obligación de información previa a los trabajadores o, por el contrario,

si en supuestos en los que existe una sospecha previa de un **incumplimiento laboral** de suficiente entidad, la superación del juicio de proporcionalidad eximiría del cumplimiento del deber de información previa a los trabajadores desde una perspectiva constitucional.

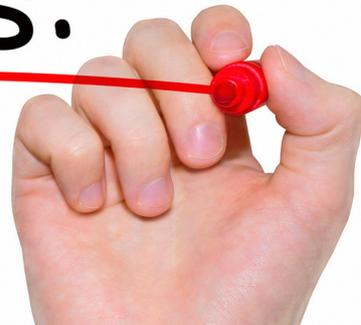
La cuestión no es baladí, porque el resultado de dicha interpretación y aplicación de normas comunitarias y nacionales puede llegar a conllevar, en determinados supuestos, la imposibilidad de utilización de medios probatorios tradicionales entre los que cabe subrayar la prueba videográfica.

## Sobre la eficacia y utilidad de los códigos de conducta

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

# Rules:

- 1.
- 2.



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

## El Tribunal Supremo clarifica el régimen jurídico de la 'ultraactividad' de los convenios colectivos

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



**Dos sentencias del Alto Tribunal perfilan los contornos de la figura de la 'ultraactividad'. Estos pronunciamientos son especialmente relevantes en un momento en el que se plantea una posible reforma legislativa con la que se pretende, entre otras muchas cosas, restablecer el carácter indefinido de la aplicación 'ultraactiva' del convenio colectivo.**

En la intensa labor judicial que desde la entrada en vigor de la reforma laboral de 2012 se viene desarrollando, con mayor o menor acierto, para precisar los perfiles de la confusa regulación que de la vigencia y *ultraactividad* de los convenios colectivos contiene el artículo 86 del Estatuto de los Trabajadores, se han registrado dos importantes decisiones judiciales clarificadoras del régimen jurídico de esa peculiar figura, a través de la que se impone la continuidad aplicativa de un convenio cuya vigencia ha finalizado.

Ya he insistido, en anteriores ocasiones, en el carácter excepcional que en el sistema contractual tiene la figura de la *ultraactividad* (en el capítulo *Ultraactividad: sentido y alcance, dentro de la obra El Estatuto de los Trabajadores en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, estudios dedicados al catedrático y magistrado D.

Antonio Martín Valverde, Tecnos, 2015, p.958 y sigs.). Y he sostenido que el legislador confunde, en la regulación del artículo 86 del Estatuto de los Trabajadores, vigencia, prórroga y *ultraactividad* del convenio colectivo. Este, prescindiendo ahora de la inexplicable supervivencia de esa antigualla corporativa que es su pretendido carácter normativo (en el que se funda su caracterización como una figura híbrida con cuerpo de contrato y alma de ley, figura que hubo de inventar el genio jurídico de Carnelutti para justificar la peculiar concepción de las fuentes del derecho en un régimen corporativo), es un contrato (colectivo, pero contrato), y tiene, como todos los contratos, la vigencia que sus partes hayan pactado. Vigencia que, en plena sintonía con el Código Civil, permite la tácita reconducción de año en año, si no media denuncia de alguna de las partes. Y vigencia que, aparte de ello, puede ser prorrogada por las partes en los

términos que estimen oportunos, en uso de su libertad contractual. No habría que subrayar que tanto durante su vigencia pactada, como durante los periodos en los que opere la tácita reconducción así como durante las prórrogas pactadas, el contrato está plenamente vigente. Pero tampoco cabe duda de que, mediada la denuncia y vencido el término pactado, el contrato deja de estar vigente. No puede hablarse ya de vigencia del convenio, como hace equivocadamente el artículo 86 del Estatuto (que viene a regular algo tan surrealista como la vigencia del convenio colectivo una vez terminada su vigencia) y como reproducen acríticamente sentencias y construcciones doctrinales.

Lo que sucede es que, en esta situación, ante la pérdida de vigencia (por tanto, de aplicabilidad) del convenio, interviene, por motivos sociales, el legislador. Y lo hace con una regulación excepcional que, contrariando los principios contractuales, impone la aplicabilidad de un convenio (contrato) que ya no está vigente y no debería ser aplicable. Por motivos sociales, como he dicho, se fuerzan los términos de la regulación contractual y se exige a las partes del convenio (en realidad a la parte empresarial) que mantengan la aplicación del mismo a pesar de su pérdida de vigencia. Las partes de un contrato que ha perdido su vigencia deben, por imperativo legal, seguir aplicándolo.

Es esta figura excepcional de la exigencia de aplicación de un convenio cuya vigencia ha finalizado, la que debe ser precisada. Y, entre las múltiples cuestiones planteadas al respecto, había dos (quedan otras) que no tenían una respuesta inequívoca de los tribunales y que ahora la encuentran.

La primera se refiere a si la *ultraactividad*, la aplicación por imperio de la ley de un convenio ya vencido, ha de ser *estática* o *dinámica*. Esto es, si la continuidad aplicativa del convenio ha de producirse con todas sus previsiones, incluidas las referidas a la actualización o a la maduración de nuevos derechos, o si por el contrario lo que ha de mantenerse es, estrictamente, lo aplicable en el momento de finalizar la vigencia del convenio, sin actualizaciones ni desarrollos posteriores.

La estática es la que haría una foto de las condiciones vigentes en el momento de imponerse la aplicación *ultraactiva* del convenio, para mantenerlas, pero sin variaciones. La dinámica, por el contrario, permitiría que durante la *ultraactividad* operen los mecanismos de actualización o revalorización (subidas salariales, maduración de antigüedad) previstos en el convenio. La doctrina judicial, aunque con vacilaciones, había venido sosteniendo el carácter dinámico de la *ultraactividad*, permitiendo actualizaciones retributivas durante la misma. Ahora, el Tribunal Supremo viene a aclarar el debate: la sentencia de 25 de julio de 2018 (Rec.3584/2016, ponente Virolés Piñol), sienta una doctrina importante y, en mi opinión, acertada. Dice el tribunal que “el mantenimiento de las condiciones económicas anteriores, en las que están implícitas el mantenimiento

del complemento salarial de antigüedad (...), no va más allá de la fecha de la referida pérdida de vigencia del convenio colectivo, de modo que se mantendrá la cuantía percibida en tal fecha, si bien sin incrementos posteriores por devengo de nuevos cuatrienios, en tanto que las partes no negocien uno nuevo en el que se reconozca tal derecho”.

Aunque referida a la maduración del complemento de antigüedad, esto es al devengo de nuevos trienios o cuatrienios, la sentencia, si bien podría haber aprovechado para sentar con más claridad y contundencia una doctrina más general, debe ser interpretada en el sentido de que avala el carácter estático de la *ultraactividad* y, por tanto, el mantenimiento, durante la misma, de las condiciones existentes en el momento de la pérdida de vigencia del convenio colectivo, sin actualizaciones ni desarrollos posteriores (salvo si expresamente pactados por las partes). Esto es, lo que se garantiza, como decía, es, y solo es, la foto fija existente en el momento de comenzar la aplicación *ultraactiva* del convenio.

La segunda cuestión resuelta por el Tribunal Supremo aclara también un tema que venía siendo debatido en la doctrina científica y judicial: los términos en que, finalizada la *ultraactividad*, ha de ser, en su caso, de aplicación el convenio colectivo de ámbito superior (sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2018, nº 587/2918, Rec. 364/2017, ponente Blasco Pellicer). La duda de si la sustitución del convenio por otro (el vencido por el de ámbito superior) ha de ser plena, incluso en el caso de que la nueva regulación sea menos favorable para los trabajadores o se produzcan vacíos normativos, al no regular el nuevo convenio todas las cuestiones contempladas en el anterior, que había provocado pronunciamientos judiciales contradictorios (sosteniendo algunos tribunales la pervivencia de las regulaciones más favorables del anterior convenio, así como de las no contempladas en el nuevo), es zanjada también en esta sentencia por el Tribunal Supremo: en estos casos, nos dice, cuando, finalizada la aplicación *ultraactiva* de un convenio pasa a ser aplicable el de ámbito superior, “no existe una sucesión natural de un convenio de ámbito inferior por otro de ámbito superior, sino una *sustitutio in integrum* del convenio inferior por el convenio de ámbito superior que pasa a ordenar, de manera independiente, las relaciones laborales de la empresa. No existe, pues, contractualización del convenio cuya vigencia ha terminado sino su total desaparición del ordenamiento jurídico por decaimiento de su vigencia y completa sustitución por el de sector”.

Quedan así, a través de estas dos sentencias, mejor perfilados los contornos de esta figura de la *ultraactividad*, lo cual, además, reviste particular importancia, sobre todo en lo referente a la primera cuestión relativa al carácter estático o dinámico de la misma, teniendo en cuenta que se están sugiriendo planteamientos de reforma normativa a través de los que se pretende, entre otras muchas cosas, restablecer el carácter indefinido de la aplicación *ultraactiva* del convenio.

# Las sanciones de la Inspección de Trabajo por incumplimientos en materia de igualdad aumentarán en los próximos meses

María José Ramo, socia del departamento de Derecho Laboral de Garrigues.



**Hasta ahora, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social apenas ha sancionado por cuestiones relativas a la tutela y promoción de la igualdad de trato en las empresas, pero todo apunta a que la situación puede cambiar. Las multas para las infracciones más graves pueden ir de 6.251 a 187.515 euros, además de conllevar la pérdida de ayudas.**

Entre las normas cuyo cumplimiento compete vigilar a la Inspección de Trabajo están las relativas a la tutela y promoción de la igualdad de trato y oportunidades y a la no discriminación en el trabajo. Así pues, cuando una empresa incurre en algún incumplimiento en esta materia, está cometiendo una infracción administrativa en el orden social que podrá ser sancionada, previa instrucción del oportuno expediente, a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social; y ello sin perjuicio de las responsabilidades de otro orden que también pudieran concurrir.

La Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS) tipifica como infracción muy grave las discriminaciones en las que la empresa pueda incurrir, incluso desde antes de la contratación, ya que la mera difusión del anuncio en el que se buscan candidatos podrá ser considerado discriminatorio si establece condiciones favorables o adversas por motivos de sexo. Este sería el caso de un anuncio en el que se dijera, o se dedujera de forma más o menos explícita, que solo se admiten candidatos de sexo masculino o que se abstengan las personas del sexo femenino.

Pero también, una vez ya establecida la relación contractual con el trabajador, la empresa puede incurrir en otra infracción muy grave si adopta alguna decisión unilateral que contenga discriminaciones favorables o adversas en materia de retribuciones, jornada, formación, promoción y demás condiciones de trabajo.

En ambos casos, la Inspección de Trabajo podrá sancionar a la empresa con la multa correspondiente

a las infracciones muy graves que puede ser de 6.251 a 187.515 euros, pudiendo, además, imponer otras sanciones accesorias, tales como:

- Perder, automáticamente, y de forma proporcional al número de trabajadores afectados por la infracción, las ayudas, bonificaciones y, en general, los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo.
- Poder ser excluida del acceso a tales beneficios por un período de seis meses a dos años.
- Si la empresa lo solicita, estas sanciones pueden ser conmutadas por la elaboración y aplicación de un plan de igualdad, siempre que la empresa no estuviera ya obligada a la elaboración de dicho plan. Ahora bien, una vez conmutadas las sanciones accesorias, si la empresa no elabora o no aplica el plan de igualdad, además de volver a ser sancionada por la comisión de una infracción muy grave, se le impondrán de nuevo las sanciones accesorias que habían sido sustituidas.

La LISOS tipifica como infracción grave el incumplimiento de las obligaciones que en materia de planes de igualdad establece el Estatuto de los Trabajadores o el convenio colectivo que sea de aplicación. Por otro lado, conforme al artículo 45 de la Ley Orgánica de Igualdad, las empresas están obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y, con esta finalidad, deben adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres. Además, cuando la empresa tenga más de doscientos cincuenta trabajadores o cuando así se establezca en el convenio colectivo de aplicación, estas

medidas, de forma ordenada, se recogerán en un plan de igualdad que deberá negociarse con la representación legal de los trabajadores. La elaboración del plan de igualdad deberá ir precedida de diagnóstico de situación que ponga de manifiesto dónde está la empresa en materia de igualdad.

El plan de igualdad fijará los concretos objetivos de igualdad a alcanzar, las estrategias y las prácticas a adoptar para su consecución, así como el establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados. Las materias sobre las que versará serán, entre otras, el acceso al empleo, la clasificación profesional, la promoción, la formación, la retribución, la ordenación del tiempo de trabajo, la conciliación laboral, personal y familiar, y la prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo. El incumplimiento de esta obligación podrá ser sancionado por infracción grave, con multa que puede ser desde 626 a 6.250 euros.

Asimismo, no está de más recordar que en el Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para el periodo 2018-2020 se establece como uno de sus objetivos el de “mejorar la garantía de cumplimiento de la legislación en materia de igualdad y no discriminación”. Dicho plan recoge medidas concretas que abarcan tanto la vigilancia del cumplimiento de la obligación empresarial de la elaboración del plan de igualdad, como la aplicación efectiva de las medidas derivadas

del mismo. Y, para dar cumplimiento a estas medidas, se contempla en el plan la especialización funcional de los inspectores de trabajo y seguridad social en materia de igualdad y el lanzamiento de campañas específicas.

A lo anterior hay que añadir la designación de inspectores de trabajo y seguridad social especializados en igualdad en cada inspección provincial, medida prevista en el reciente Plan Director por un Trabajo Digno 2018-2019-2020, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de julio de 2018.

La Inspección de Trabajo, al menos hasta 2017, apenas ha sancionado por incumplimientos relacionados con los planes de igualdad, pero todo apunta a que esto va a cambiar y a que la actividad inspectora, y con ella la sancionatoria en materia de igualdad, se va a incrementar notablemente en los próximos meses. Las empresas obligadas a tener plan de igualdad podrán ser sancionadas tanto por no tenerlo, como por tener un plan de igualdad que no responda a un previo diagnóstico de situación o que no sea acorde con el mismo.

Solo queda recordar que las medidas que se incluyen en el plan de igualdad obligan a la empresa de la misma forma que le obliga el clausulado del convenio colectivo que le resulta de aplicación, por lo que si no se cumplen, los trabajadores podrán acudir tanto a la Inspección de Trabajo, como a los tribunales.

## Seguridad Social: Las empresas deberían poder beneficiarse de la eficiencia en la gestión de los fondos que dedican al autoseguro

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



**En el marco de la colaboración empresarial con la Seguridad Social, se plantea un debate en torno a dos preguntas: ¿de quién son los fondos que las empresas no ingresan en la Seguridad Social a cambio de asumir a su cargo el pago de las prestaciones? y ¿a quién debe beneficiar la eficiencia en la gestión de dichos fondos?**

Hasta ahora, la respuesta al doble interrogante planteado no parecía ni siquiera discutible: los recursos manejados por las empresas que colaboran en la gestión de la Seguridad Social, en particular los que se ponen en juego en los casos de autoseguro, serían recursos de la

Seguridad Social y la eficiencia en su gestión debería redundar, exclusivamente, en beneficio de la misma. Y esta respuesta ha venido inspirando los desarrollos normativos y todas las actuaciones de supervisión y control, como las desarrolladas a través de la intervención

de la Seguridad Social. El mismo planteamiento se refleja en las actuaciones del Tribunal de Cuentas y en algunas decisiones judiciales.

Sin embargo, creo que, con vistas a una reforma del régimen jurídico del autoseguro que sustituya la vieja regulación contenida en la Orden Ministerial de 25 de noviembre de 1966, **algunas cuestiones de fondo deben replantearse**. Dentro de la colaboración de las empresas en la gestión de la Seguridad Social, la modalidad conocida como autoseguro, regulada en el artículo 102,1,a) LGSS, consiste en que los sujetos obligados a cotizar para financiar las prestaciones legalmente establecidas ante determinadas contingencias (derivadas de riesgos profesionales) se hacen cargo, directamente, del pago de dichas prestaciones, a cambio de ser eximidos (parcialmente) del pago de las cotizaciones correspondientes. La escueta regulación del artículo 102,1,a) citado, al igual que la de sus precedentes, no aclara los aspectos esenciales de esta modalidad de colaboración. Fue la Orden Ministerial de 1966, también citada, la que se ocupó de ello. Por tanto **estamos ante una regulación de ínfimo rango normativo, que no tendría cabida en el ordenamiento constitucional** (al tratarse de una orden que no constituye meramente un desarrollo de las previsiones legales sino que innova el ordenamiento jurídico, lo que explica probablemente que se hayan producido diversas modificaciones de su texto pero no se haya aprobado una nueva Orden) y cuyo contenido, ante una nueva regulación de la materia, no hay que dar ni mucho menos por sentado.

Los principios implícitos en la figura de la colaboración en la gestión de los riesgos profesionales, que no debe olvidarse que tienen aún un tratamiento diferenciado del resto de contingencias, en el que afloran principios propios del régimen jurídico de los seguros, que conviven con los más específicos del sistema de Seguridad Social (fundamentalmente, el establecimiento de cotizaciones, que son en puridad primas, diferenciadas en función de la actividad desarrollada por la empresa y de su peligrosidad), son básicamente dos:

- **La empresa asume a su cargo el pago** de las prestaciones establecidas para las contingencias profesionales en la normativa de Seguridad Social. Al asumir el pago se asume plenamente la responsabilidad por dichas prestaciones, de tal forma que han de quedar garantizadas incluso en supuestos de insuficiencia de los fondos destinados a cubrirlas.
- A cambio, **la empresa se ve eximida de aportar a la Seguridad Social las cotizaciones (primas) previstas para la financiación de las prestaciones por contingencias profesionales** de las que se hace cargo. Esta exención, y esto es muy importante, no es total sino parcial. Las empresas deben realizar aportaciones para el sostenimiento de los servicios comunes y sociales de la Seguridad Social y para la contribución a los demás gastos generales y a la satisfacción de las exigencias de la solidaridad nacional (artículo 6 de la Orden Ministerial de 25 de noviembre 1966), por lo que

no dejan de ingresar la totalidad de las cuotas sino solo parte de las mismas.

Sentando esos principios surgen los interrogantes planteados al principio de estas líneas. **¿De quién son los fondos no ingresados en la Seguridad Social por las empresas a cambio de asumir a su cargo el pago de las prestaciones? ¿Son fondos de la Seguridad Social o son fondos de las empresas colaboradoras? Y, por otra parte, ¿a quién debe beneficiar, en su caso, la eficiencia en la gestión de dichos fondos? ¿A la Seguridad Social o a las empresas, que deben hacer frente a la eventual insuficiencia de los mismos y que por tanto deberían también beneficiarse de los resultados positivos de su gestión?**

La postura tradicional, prevalente hasta ahora, es que se trata de recursos de la Seguridad Social, y eso se refleja en la prolija normativa de la Orden Ministerial de 1966 citada, que va bastante más allá de las previsiones legales e innova, como dijimos, el ordenamiento jurídico (constituyendo un ejemplo de reglamento autónomo cuyo rango normativo es claramente insuficiente en el sistema constitucional de fuentes del derecho). Y se refleja igualmente en las actuaciones de la Intervención General de la Seguridad Social y en los planteamientos del Tribunal de Cuentas. Sin embargo, no creo que deba darse eso por sentado. **No estamos en presencia de fondos recaudados por la Seguridad Social, o que formen parte de sus recursos, que esta confía para su gestión a las empresas colaboradoras. Al contrario, son fondos de particulares, de las empresas, que estas utilizan para hacer frente a las prestaciones asumidas y que dejan por consiguiente de aportar a la Seguridad Social.** No se trata, pues, jurídicamente, y en contra de la opinión prevalente, de fondos de la Seguridad Social, sino de las empresas. Estas no están gestionando, en la colaboración, fondos de la Seguridad Social que le vengan por ella asignados, sino fondos propios, que no se aportan a la Seguridad Social y que se dedican a financiar las prestaciones asumidas. Prestaciones que las empresas **han de garantizar en todo caso**, aunque se produzca una situación de insuficiencia de tales fondos.

Teniendo esto último en cuenta, la respuesta al segundo interrogante también debería resultar clara: garantizadas íntegramente las prestaciones establecidas, la eficiencia en la gestión de los fondos debe beneficiar a la empresa que los gestiona. Siempre podrá plantearse que los eventuales excedentes tengan determinados condicionamientos (constitución de reservas) e incluso que deban dedicarse a la mejora de la protección de las contingencias o de la situación de los trabajadores, pero reconociendo un amplio margen a las empresas, muy alejado de la prolija regulación actual de la Orden Ministerial.

**Las empresas deberían poder gestionar los fondos dedicados al autoseguro con mucho mayor margen que en la actualidad, pudiendo establecer mejoras y beneficios para los trabajadores no directamente vinculados a las prestaciones legalmente establecidas**

**para las contingencias aseguradas.** Incluso, por qué no, debería poder premiarse la gestión eficiente de los recursos. El control y la supervisión de la Seguridad Social debe, claro es, mantenerse, pero limitado a comprobar que queden aseguradas la suficiencia y la calidad de las prestaciones. Si las prestaciones quedan garantizadas con la amplitud y calidad requeridas, el exhaustivo control de la Seguridad Social respecto de las mejoras financiadas con los excedentes de la gestión no tiene mucha lógica. La lógica del sistema es que la empresa asume directamente la responsabilidad por las prestaciones (sin límites), deja de ingresar por ello en la Seguridad Social las primas correspondientes (parcialmente, tras

haber contribuido a los gastos comunes del sistema y a la exigencias de la solidaridad) y tiene **plena libertad para utilizar los excedentes que se obtengan como consecuencia de una eficiente gestión** (si bien puede exigirse la constitución de reservas e incluso limitarse el uso de tales excedentes al establecimiento de mejoras laborales y de seguridad social).

Este es el debate que creo que hay que abordar, como en algún momento habrá que abordar también el de la figura de las Mutuas, inmersas en una derrota de progresiva equiparación a las entidades gestoras, cuando para eso ya tenemos a las entidades gestoras.

## Estos son los proyectos en el ámbito laboral previstos para lo que queda de legislatura

Carlos García Barcala, socio del departamento de Derecho Laboral de Garrigues.



**Posibles retoques a la reforma laboral, medidas de igualdad entre hombres y mujeres, negociación colectiva o registro de la jornada diaria son algunas de las proposiciones de ley de esta legislatura. Repasamos los principales proyectos objeto de estudio.**

Tras la toma de posesión del nuevo Gobierno en el mes de junio, son muchos los anuncios que se han ido haciendo sobre la intención de reformar diversos aspectos de nuestro sistema de relaciones laborales. Ahora bien, la aritmética parlamentaria condiciona (y dificulta) la acción de gobierno y, por ende, la conversión en nuevas leyes de las intenciones reformistas expresadas por los nuevos gobernantes.

La desconexión, mayor o menor, que esperamos que para todos haya supuesto el descanso estival, puede que haya contribuido a que en estos momentos tengamos cierta confusión sobre cuáles de los anuncios reformistas que, entre baño y baño en la playa o tumbados en la hamaca de la piscina, hemos ojeado en los medios de comunicación o en las redes sociales, se han convertido realmente en nuevas normas jurídicas que debemos tener en cuenta una vez reincorporados a la actividad.

Por ello, hemos creído oportuno dedicar un artículo en nuestra primera Newsletter tras el verano a hacer un repaso de cuáles son los proyectos y proposiciones de ley que están en tramitación y pueden introducir novedades en los próximos meses.

A este respecto, el aspecto más significativo es el anuncio de una renuncia, efectuada ya antes del verano, a llevar a cabo una derogación total de la reforma laboral del 2012, lo cual no es óbice para que algunos de sus aspectos más significativos puedan ser objeto de nueva regulación, como ha anunciado el Gobierno.

Lo cierto es que son varios los proyectos y proposiciones de ley que actualmente se encuentran en tramitación en el Congreso de los Diputados. Repasaremos a continuación cuáles son los más relevantes y cuáles son las novedades más significativas que pretenden introducir.

Destacan, en primer lugar, las diferentes proposiciones de ley que van dirigidas a **fomentar la igualdad entre hombres y mujeres**. Así, podemos destacar la presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, “*para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación*” y la de “*igualdad retributiva entre mujeres y hombres*”, presentada por el grupo parlamentario de Unidos Podemos, En Comú Podem y En Marea. Dentro de este conjunto de proposiciones de ley podemos incluir también las que van dirigidas a mejorar la conciliación de la vida laboral y familiar, como la presentada por el grupo parlamentario de Ciudadanos sobre “*conciliación, igualdad y apoyo a las familias*” y la del grupo parlamentario de Unidos Podemos, En Comú Podem y En Marea sobre la reforma del “*sistema de permisos y prestaciones para el cuidado y atención de menores por parte de sus progenitores en los casos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento*”.

Estas proposiciones de ley contemplan medidas como la equiparación del tratamiento de los permisos y prestaciones de maternidad y paternidad, el establecimiento de permisos de disfrute obligatorio para ambos progenitores para el cuidado y atención de los hijos, la obligación de las empresas de más de 250 trabajadores de informar sobre el promedio de retribución mensual de los trabajadores de su mismo grupo profesional, la obligación de elaborar planes de igualdad para las empresas de más de 100 trabajadores, la necesidad de publicar, registrar y depositar los planes de igualdad que sean aprobados o la obligación de hacer auditorías de igualdad salarial para las empresas de más de 250 trabajadores. También se abordan cuestiones como la limitación de las facultades empresariales para llevar a cabo distribuciones irregulares de la jornada, procesos de movilidad geográfica o de modificación sustancial de condiciones de trabajo, en atención a las exigencias de conciliación de la vida laboral y familiar, la regulación más amplia del derecho de adaptación de la jornada para el cuidado de los hijos y de la posibilidad de reducir la jornada por cuidado de hijos menores de 12 años en atención a la jornada diaria, semanal o mensual (no sólo a la diaria).

La **negociación colectiva** es objeto de una proposición de ley, presentada por el grupo parlamentario de Unidos Podemos, En Comú Podem y En Marea, cuya finalidad es “*fortalecer*” la negociación colectiva en la regulación de las relaciones laborales, para lo cual se propone limitar la posibilidad del descuelgue del convenio colectivo a situaciones económicas graves en las que esté en peligro el mantenimiento del empleo en la empresa, pudiendo afectar únicamente a los aspectos salariales. Asimismo, se propone la supresión de la prevalencia del convenio colectivo de empresa sobre el sectorial y se reestablece la ultraactividad indefinida del convenio colectivo, limitada en la reforma laboral del Gobierno del Partido Popular a un año salvo pacto en contrario, lo cual **ha sido validado recientemente por el Tribunal Supremo**. En el

terreno de los procesos de modificación sustancial de condiciones de trabajo, se limita el ámbito de materias que el empresario puede modificar unilateralmente y se prevé la obligación de indemnizar a los trabajadores por los daños y perjuicios causados cuando la modificación impuesta es declarada no justificada por los tribunales.

De enorme calado, por las repercusiones que puede tener sobre nuestro tejido empresarial y sobre los procesos de descentralización productiva, es la proposición de ley presentada por el grupo parlamentario socialista, **en materia de subcontratación**, para modificar el artículo 42.1 del Estatuto de los Trabajadores, obligando a las empresas contratistas a garantizar a sus trabajadores las condiciones salariales, de contratación, tiempo de descanso y trabajo, igualdad, protección de la maternidad, lactancia y paternidad y frente a los riesgos laborales, previstas en el convenio colectivo aplicable a la empresa principal o, en su caso, las que tendrían si fueran trabajadores contratados directamente por dicha empresa principal.

Hay también varias proposiciones que contemplan la introducción de la obligatoriedad del **registro de la jornada diaria de trabajo**, obligando a la empresa a conservar esa información durante cuatro años y tipificando el incumplimiento de esta obligación como infracción grave. Y ello sin perjuicio de las cuestiones prejudiciales planteadas ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la normativa actual de esta cuestión.

La denominada **precariedad laboral y la estabilidad en el empleo** son el objeto de la proposición de ley presentada por el grupo parlamentario de Unidos Podemos, En Comú Podem y En Marea, que propone medidas como la desaparición del contrato temporal por obra y servicio determinado, por haber sido la modalidad contractual “*que más ha canalizado el fraude en la contratación laboral temporal*”, la prohibición expresa de hacer coincidir la finalización de la contrata de servicios con la relación laboral temporal, y el establecimiento de la indemnización de veinte días de salario por año de servicio para el caso de finalización de un contrato de trabajo temporal.

Todo ello sin olvidar las proposiciones de ley que van destinadas a la **reforma de las pensiones**, la indexación de las mismas al Índice de Precios al Consumo, la eliminación del factor de sostenibilidad, la recuperación de la edad de jubilación a los 65 años, etc., sobre las que no merece la pena extenderse más en este momento, al estar siendo la cuestión objeto de estudio en el seno de la Comisión sobre el Pacto de Toledo, que próximamente publicará sus recomendaciones al Gobierno de la Nación sobre la reforma de las pensiones.

Estaremos atentos en los próximos meses a las novedades que se vayan aprobando, de las cuales iremos informando oportunamente.

# 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 desglosado 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.

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

**Suscríbete a nuestro blog**



# GARRIGUES

[www.garrigues.com](http://www.garrigues.com)

Síguenos en

