



URÍA
MENÉNDEZ

CÓMPUTO DEL TIEMPO DE TRABAJO: INTERPRETACIÓN DEL TS SOBRE CONTROL DE JORNADA DIARIA, EFECTOS SOBRE LAS HORAS EXTRAS

Juan Reyes Herreros

Barcelona, 18 de mayo de 2017

1. Antecedentes

- **STS 23-3-2017 publicada el 5 de abril. Recurso de casación ordinaria.**
- **Impugnación SAN de 4-12-2015 (conflicto colectivo) – Demanda sindical contra Bankia, S.A,**
- **Objeto:** que se declare “La obligación de que (i) la empresa (Bankia) establezca un sistema de registro de la jornada diaria efectiva que realiza la plantilla, que permita comprobar el adecuado cumplimiento de los horarios pactados, tanto en el convenio colectivo sectorial como en los pactos de empresa que sean de aplicación, (ii) así como proceda a dar traslado a la representación legal de los trabajadores, de la información sobre las horas extras realizadas, en conjunto mensual, de acuerdo con lo previsto en el artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores, en la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 1561/995, en el artículo 32,5 del Convenio Sectorial del Ahorro.
- **Fallo de la sentencia de la AN:** estimación íntegra de la demanda.

2. Supuesto de hecho

- Regulación jornada:
 - Convenio colectivo de Caja de Ahorros
 - Acuerdo colectivo que entre otros, regulaba el régimen horario: horario general; 6 horas singulares de oficinas, horario singular en Dirección, Finanzas y de riesgo, horario singular en la Dirección de Operaciones y Recursos.
- Inexistencia de un sistema de registro de la jornada diaria; sin embargo, sí se registra el control de ausencias.
- Acta de Infracción de la Inspección de Granada por falta de registro (requerimiento para su implantación con el debido consenso).
- No comunicación a los RRTT de información mensual sobre HE, por cuanto no existe resúmenes de HE.
- Recurso de casación: el Ministerio Fiscal emitió informe interesando la desestimación del recurso.

3. Fondo del recurso (I)

- Único motivo: infracción del artículo 35.5 del ET en relación con el 20.3 del ET, con la Disp. Ad. Tercera del RD 1561/1995 de 21 de septiembre, con el artículo 3.1 Cc.
- Art. 35.5 ET: “A efectos del cómputo de HE, la jornada de cada trabajador se registrará día a día y se totalizará en el periodo fijado para el abono de las retribuciones, entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente.”

3. Fondo del recurso (II)

- Art. 20.3 ET: “El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana y teniendo en cuenta la capacidad real de los trabajadores disminuidos, en su caso.”
- Disp. Adicional Tercera RD 1561/1995: “[__] los representantes de los trabajadores en materia de jornada [___] tendrán derecho a: ser informados mensualmente por el empresario de las horas extraordinarias realizadas por los trabajadores, cualquiera que sea su forma de compensación, recibiendo a tal efecto copia de los resúmenes a que se refiere el apartado 5 del artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores.”

4. Interpretación del Art. 35.5 del ET (I)

- **Literal**: “A efectos del cómputo de las HE”.
- Ello es acorde con los **antecedentes históricos y legislativos**.
- También es acorde con **“interpretación lógico sistemática”**. El legislador constriñe el deber empresarial al registro diario de las HE (art. 35.5 ET), pues, de haber sido otra su intención, lo habría incluido en el art. 34 ET que regula la jornada ordinaria.
- Art. 12.4 ET (contrato tiempo parcial). **Mandato innecesario si el legislador hubiese establecido la necesidad de registrar toda la jornada diaria**.
- Igualmente: art. 10 bis 5, 18 bis 2 del RD 1561/1995, sobre jornadas especiales de trabajo y su Adicional Séptima (trabajadores móviles , de la marina mercante, ferroviarios).

4. Interpretación del Art. 35.5 del ET (I)

- Contextual y finalista: cuando el legislador quiere un registro de toda la jornada laboral y control horario lo dice expresamente, pues, si quisiera que ese mandato fuera general no lo habría reiterado para supuestos especiales, sino que lo habría establecido con carácter general en art. 34 ET

4. Interpretación del Art. 35.5 del ET (II)

- Todo ello sería acorde con la **doctrina del TS sobre Art. 35.5 ET**: STS 11-12-2003 reiterada por STS 25-4-2006 y 18-6-2013:
- El registro y comunicación al trabajador ha de realizarse sólo cuando se realizan HE.
- “Incumbiendo acreditar tales hechos a la parte actora”.
- Esta doctrina, sólo obliga, salvo pacto que amplíe ese deber, a llevar el registro de HE realizadas y a comunicar a final de mes su número al trabajador y RRTT, en caso de haberse efectuado.
- Esta interpretación también se ajusta a la **normativa comunitaria** sobre la jornada laboral y ordenación del tiempo de trabajo (art. 6 Directiva 93/104/CE y art. 22 Directiva 2003/88).

5. Conclusiones STS

- **El Art. 35.5 ET no exige la llevanza general de un registro de la jornada** diaria efectiva de toda la plantilla.
- De “lege ferenda” **convendría una reforma legislativa**, pero de “lege data” esa obligación **no existe por ahora**.
- **Los Tribunales no pueden suplir al legislador** imponiendo un complicado sistema de control horario.
- Además, hay que respetar las **normativa de protección de datos**.
- En det. supuestos (trabajo en la calle o en casa) podría ser una intromisión indebida de la empresa en la intimidad y libertad del trabajador.
- Estos **razonamientos impiden una interpretación extensiva del art. 35.5 ET**. Limitaría el derecho del art. 20.3 ET y el principio de libertad de empresa del art. 38 CE.

6. Otras conclusiones STS

- El establecimiento de un sistema de control de la jornada **no supone una MSCT.**
- La falta de llevanza (o incorrecta llevanza) **no se tipifica de forma clara como infracción en la LISOS (interpretación restrictiva).**
- **No indefensión del trabajador cara a reclamar HE** (tiene a su favor el art. 217.6 LEC).

7. Votos particulares STS (I)

D^a Lourdes Arastey y D^a M^a Luisa Segoviano

- El incumplimiento de control general de la jornada vacía de contenido el control o registro de las HE.
- Ello es así porque la calificación como HE sólo es posible “ex post”.
- Recordatorio concepto HE.
- Las dificultades técnicas no deberían negar el verdadero espíritu del legislador.
- La norma sí exige el control pero no establece la fórmula para cada actividad (fiable y gestión objetiva).
- Inexistencia de control: además de perjudicar derechos probatorios del trabajador e informativos de los RRTT, perjudica cotizaciones SS.

7. Votos particulares STS (II)

Votos particulares de D. Antonio Sampere / D. Jordi Agustí

- La reclamación sindical es correcta pero no sólo en base al art. 35.5 ET sino por obligación general de control de jornada por razones de PRL, conciliación.
- El registro de la jornada diaria es la herramienta legal para asegurar el control de las HE.
- Si el registro diario sólo fuera obligatorio cuando se realicen HE, **“provocaríamos un círculo vicioso”**.
- La jurisprudencia tiene por misión complementar el ordenamiento jurídico (art. 1.6 Cc).

8. Sentencia del TS 20-04-2017

- **Impugnación SAN de 19-02-2016 (conflicto colectivo)** – Demanda sindical contra Abanca Corporación Bancaria, S.A.
- **Ponente:** D^a M^a Luisa Segoviano.
- **Fundamentación:** transcripción literal de los F. D^o Segundo a Quinto de la STS de 23-3-2017.
- **Fallo:** Estimación del recurso de casación ordinaria.
- **Consecuencias:** Consolidación doctrina del TS → Posible impacto en actuaciones inspectoras.

9. Posibles riesgos

- Infracción grave art. 7.5 LISOS.
- Infracción grave por superación 80 h/año.
- Infracción grave por impago de salario o por establecer condiciones laborales inferiores.
- Acta de liquidación de SS (infracotización)
- Acta de infracción por infracción muy grave: incrementar indebidamente bases de cotización.
- Infracción grave por incumplimiento de los derechos de información RRTT.

10. Conclusiones finales

- Mayor seguridad jurídica.
- Consolidación doctrina TS // reforma legislativa.
- Criterio de prudencia: establecimiento sistema de control.
- Instrumento idóneo: negociación colectiva.
- Ventaja probatoria empresarial (no inversión carga de la prueba).



URÍA
MENÉNDEZ

**VESTIMENTA EN EL TRABAJO: IMPACTO DE LAS SENTENCIAS DEL
TJUE DE 14 DE MARZO DE 2017 SOBRE EL USO DEL VELO ISLÁMICO.
IMAGEN DE LOS TRABAJADORES VERSUS “MARCA DE LA EMPRESA” Y
DERECHO A LA LIBERTAD E IGUALDAD VERSUS EL EJERCICIO DEL
PODER DIRECTIVO**

Inés Ríos García

Barcelona, 18 de mayo de 2017

IMPACTO SENTENCIAS TJUE

Derechos y libertades

La justicia europea respalda que las empresas puedan prohibir el velo en el trabajo

- 1 Estima que no es discriminatorio que una empresa prohíba a sus empleados el uso visible de cualquier signo político, filosófico o religioso
- 2 Se ha pronunciado sobre dos casos distintos, uno en Bélgica y otro en Francia, en que dos trabajadoras fueron despedidas por negarse a quitarse el velo



La justicia europea dictamina que prohibir el velo no es discriminatorio EFE



1. Marco legal (I)

- Artículo 16 CE:

“1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.

2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.

3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones.”

1. Marco legal (II)

- Artículo 17 ET:

“1. Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español.”

1. Marco legal (III)

- Artículo 9 del CEDH (1950): Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.”

1. Marco legal (IV)

- Artículo 10 de la CDFUE (la “**Carta**”): Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.”

1. Marco legal (V)

- Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.
 - “Artículo 2: Concepto de discriminación
 1. *A efectos de la presente Directiva, se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1.*
 2. *A efectos de lo dispuesto en el apartado 1:*
 - a) *existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1;*

1. Marco legal (VI)

b) existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que:

i) dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios; o que

ii) respecto de las personas con una discapacidad determinada, el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto en la presente Directiva, esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas de conformidad con los principios contemplados en el artículo 5 para eliminar las desventajas que supone esa disposición, ese criterio o esa práctica.”

1. Marco legal (VII)

- Artículo 4: Requisitos profesionales

“1. No obstante lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 2, los Estados miembros podrán disponer que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1 no tendrá carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado.”

STJUE DE 14 DE MARZO DE 2017, C-157/2015 (BELGICA)

2. Supuesto de hecho (I)

- Sra. Samira Achbita recepcionista de G4S Secure Solutions desde febrero 2003.
- Norma no escrita prohíbe el uso de signos visibles de sus convicciones políticas, religiosas o filosóficas.
- Abril 2006: Sra. Samira comunica que llevará pañuelo islámico y la Dirección le indica que no lo tolerará.
- Mayo 2006 el Comité de Empresa aprueba una modificación del Rgto. interno de la empresa *“Se prohíbe a los trabajadores llevar signos visibles de sus convicciones políticas, filosóficas o religiosas u observar cualquier rito derivado de éstas en el lugar de trabajo”*.

2. Supuesto de hecho (II)

- Despido el 12 de junio de 2006 por su persistente voluntad de llevar el pañuelo islámico en su lugar de trabajo.
- Tribunal Laboral de Bélgica desestima la demanda.
- Tribunal Superior de Amberes desestima demanda ya que no hay discriminación directa, ni indirecta.
 - No es despedida por profesar la fe islámica sino por hacerla patente durante horas de trabajo.
 - Prohibición general que afecta a todos los trabajadores, con independencia de la religión.
- Tribunal Casación: ¿Debe interpretarse el art. 2.2.a) de la Directiva 200/78 en el sentido de que prohibir llevar un pañuelo como musulmana en el lugar de trabajo no constituye discriminación directa si la norma interna prohíbe a todos los trabajadores signos religiosos externos?

3. Fondo de la sentencia (I)

- Concepto amplio de “religión”
 - “foro interno”: dº a tener convicciones
 - “foro externo”: manifestación pública de la religión
- La norma interna es general y trata por igual a todos los trabajadores.
- Neutralidad indumentaria. **No discriminación directa.**
- Sin embargo, el Tribunal interno deberá analizar si dicha norma aparentemente neutra ocasiona una desventaja particular a quienes profesan una determinada religión → discriminación indirecta.
- En ese caso, deberá analizar si tiene una finalidad legítima + medios adecuados y necesarios.

3. Fondo de la sentencia (II)

- ¿Finalidad legítima?: **Sí** lo es mantener una política de neutralidad religiosa.
 - Vinculado a la libertad de empresa.
- ¿Medio apto?: la norma interna **es apta** para garantizar la correcta aplicación del régimen de neutralidad religiosa.
 - Aplicación sistemática y congruente: El Tribunal interno deberá comprobar si G4S había establecido antes del despido un régimen general de prohibición.
- ¿Es estrictamente necesaria?: comprobar que la prohibición sólo aplica a los trabajadores en contacto con clientes. Si es así, será estrictamente necesaria para el fin perseguido.

3. Fondo de la sentencia (III)

- El TJUE señala que la empresa debería haber valorado ofrecer a la trabajadora otro puesto de trabajo donde no estuviera en contacto con clientes antes de su despido.
- Fallo: La norma interna que prohíbe no constituye discriminación directa.
- Puede constituir discriminación indirecta salvo que (i) exista una finalidad legítima como es el mantenimiento de un régimen de neutralidad religiosa con sus clientes y (ii) los medios para conseguir tal finalidad sean adecuados y necesarios lo que debe valorar el tribunal interno.

STJUE DE 14 DE MARZO DE 2017, C-188/2015 (FRANCIA)

4. Supuesto de hecho (I)

- Sra. Bougnaoui realiza prácticas en la empresa Micropole y usa el velo islámico desde febrero 2008.
- Aviso previo de posibles problemas por el uso del velo.
- El 15 de mayo de 2009 es contratada como ingeniero de proyectos y debe prestar servicios en el domicilio del cliente.
- Uno de esos clientes se queja del uso del velo por parte de la Sra. Bougnaoui.
- La empresa le indica que deben mantener un criterio de neutralidad y no debe llevar velo a lo que ella se niega.
- Resolución de su contrato de trabajo.

4. Supuesto de hecho (II)

- Demanda → despido discriminatorio.
- Tribunal Laboral → desestima demanda y solo condena al pago de la indemnización por defecto formal de la carta de despido.
- Tribunal de Apelación de París → No discriminación por razón de convicción religiosa. Restricción legítima ya que no afecta al ámbito interno, sino a los clientes de la empresa, sin tener en cuenta la sensibilidad de estos.
- Tribunal de Casación de París → ¿Es el deseo de un cliente un requisito profesional esencial y determinante, debido a la naturaleza de la actividad profesional o el contexto en el que se lleva a cabo (artículo 4 de la Directiva 2000/78)?

5. Fondo de la sentencia (I)

- Concepto amplio de “religión”
 - “foro interno”: dº a tener convicciones
 - “foro externo”: manifestación pública de la religión
- Al no haber normal interna procede analizar si existe:
 - un requisito esencial y determinante;
 - un objetivo legítimo; y,
 - si este es proporcionado.
- El requisito “esencial y determinante” no es el motivo de la diferencia, sino una característica relacionada con dicho motivo.

5. Fondo de la sentencia (II)

- Fallo: El requisito profesional esencial y determinante debe estar relacionado con la actividad profesional o el contexto pero

NO puede cubrir consideraciones subjetivas como la voluntad del empresario de tener en cuenta deseos particulares del cliente.

6. Otras sentencias (I)

Caso Eweida y otros contra Reino Unido: Sentencia del TEDH de 15 de enero de 2013

- 1ª demandante: Sra. Eweida, trabajadora de British Airways, cristiana.
- Normativa interna de BA prohíbe llevar signos religiosos visibles.
- En una fecha la trabajadora decide llevar cruz visibles y se le sanciona.
- TEDH cambio de tendencia.
- Sí existe vulneración libertad religiosa:
 - signo inocuo
 - tolerancia con otros símbolos (turbante y hiyab)

6. Otras sentencias (II)

Caso Eweida y otros contra Reino Unido: Sentencia del TEDH de 15 de enero de 2013

- 2ª demandante: Sra. Chaplin, trabajadora de un hospital portaba una cruz al cuello.
- Normativa del hospital: minimizar los artículos de joyería. Discretos para minimizar el riesgo de infección y se indica que *“no se utilizarán collares para reducir el riesgo de lesiones al manipular a los pacientes”*.
- Se le ofreció llevarla colgada en la tarjeta de identificación. Ella se negó.
- TEDH: no vulneración DF. *“la protección de la salud y seguridad en una sala de hospital, era, en esencia, de una magnitud mayor que la que se aplicó respecto de la señora Eweida”*.

6. Otras sentencias (III)

Sentencia JS 1 Palma de Mallorca 6 de febrero 2017

- Sanciones reiteradas a una trabajadora de Acciona por llevar el velo islámico.
- Alegación discriminación religiosa: permisividad cruces y vírgenes.
- Empresa tiene manual de uniformidad pero no alega política de neutralidad religiosa (no prohíbe la exhibición de símbolos).
- No alegación de perjuicio alguno por el uso del hiyab.
- Precedente: STJ de las Islas Baleares de 9/9/2002→ prohibición de uso de la gorra (al ser judío) a un conductor de autobuses: no hay daño al interés empresarial ni a la imagen.
- Indemnización por daños y restitución de lo descontado.
- Decisión pendiente de sentencia del TSJ.

7. Conclusiones

- Análisis caso por caso:
 - Interés legítimo
 - P^o proporcionalidad
 - Tolerancia con otras religiones, tamaño de los símbolos religiosos
- Recomendaciones: regular en la negociación colectiva el uso de la vestimenta laboral y su compatibilidad con signos religiosos o ideológicos.
- Políticas de neutralidad religiosa (i.e. trato con el cliente).
- Planes de igualdad cultural.
- Códigos de responsabilidad social de las empresas → gestión de la diversidad cultural en las empresas (“sello de la diversidad” en Francia).

Dº IMAGEN VS. “MARCA EMPRESA”

LOS TRIBUNALES AVALAN QUE LAS TRABAJADORAS SE NIEGUEN A MAQUILLARSE Y UNIFORMARSE SI ES DISCRIMINATORIO

03/08/2015 10:46 , [Leave a Comment](#) , Fabián Valero Moldes

Normalmente, cuando pensamos en la discriminación de las mujeres trabajadoras, lo que nos viene a la cabeza son las diferencias salariales, la excesiva contratación a tiempo parcial derivada de la desigualdad en las cargas familiares, el diferente trato de la paternidad y la maternidad destinado a perpetuar el rol más familiar de la mujer, etc. Pero junto a esto, muchas veces pasa desapercibido otro elemento más sutil de la discriminación laboral femenina. Me refiero a las diferencias existentes en la vestimenta, el calzado y a la apariencia física externa de la mujer trabajadora frente a su compañero de trabajo masculino.

Dos recientes sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en concreto las de 17 de marzo de 2015 (Rec. 931/2014, Ponente: señora García Alarcón) y la 3 de junio de 2015 (Rec. 663/2014, Ponente: señor Muñoz Esteban), han abordado la vulneración de los derechos fundamentales que padecen las mujeres trabajadoras en materia de vestuario o apariencia externa.

8. Dº imagen vs. “marca empresa”(I)

- Empresa: tener “buena imagen” es un activo esencial:
 - posicionamiento en el mercado
 - captación de nuevos clientes y fidelización de los existentes
 - mejorar resultados
- Instrumento para conseguir “buena imagen”: presencia o aspecto externo de los trabajadores.
- Instrucciones o protocolos sobre indumentaria y apariencia física.
- Posible colisión con DF de los trabajadores:
 - Dº a la propia imagen (art. 18 CE)
 - Dº a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE)
 - Dº a la libertad religiosa (art. 16 CE)

8. Dº imagen vs. “marca empresa”(II)

- Incremento de la conflictividad en los últimos años.
- Precedentes del TS (conflictos colectivos)
 - Caso AVE (23/01/2001): falda azafatas sin opción de optar por pantalón.

No lesión igualdad ni discriminación por razón de sexo: empresa pública que debe ofrecer una imagen. Vestimenta habitual en sectores (hostelería, congresos) con contacto directo con clientes.

- Caso Hospitales Pascual (19/4/2011): enfermeras falda, delantal, cofia y medias sin opción por el pijama sanitario masculino.

Sí lesión igualdad/discriminación por razón de sexo. Análisis medida equilibrada, ponderada, necesaria + usos sociales. No es objetiva pues proyecta una imagen distinta hombre-mujer alejada de la visión actual del personal sanitario. No es necesaria.

8. Dº imagen vs. “marca empresa”(III)

- Sentencia TSJ Madrid 15/03/2015: Guía Patrimonio Nacional, obligación de llevar zapato de tacón sin opción zapato plano. Sanción.

Sí discriminación. componente vinculado al sexo femenino no justificada. No se corresponde con la visión de lo organismo públicos. No es proporcional ni necesaria. No hay ventaja para la empresa y potencial riesgo de seguridad y salud y repercusión en su trabajo.

- Sentencia TSJ Madrid 03/06/2015: Despido por no usar maquillaje. Dependienta. Existencia de “Normativa de Imagen Personal”

Despido nulo vulneración DF propia imagen. Política exige maquillaje discreto pero no obliga a llevar maquillaje. Intromisión ilegítima e injustificada. No se exige una apariencia acorde con los usos sociales, se incide en un aspecto relacionado con su imagen más básica.

8. Dº imagen vs. “marca empresa”(IV)

- Sentencia TSJ Andalucía (Málaga) 19-11-2015: Agente de seguros. “Manual de estilo” indica que cuando se trate con clientes o 3º. Trabajador solicita que se le entregue un traje o 1.600€ o su dº a no usarlo.

Desestimación de la demanda. No es una prenda de trabajo ni un EPI que deba facilitar la empresa. Las normas de estilo aplican cuando no hay uniformes y es legítima. Decoro y respeta regalias de uso y DF.

- Sentencia TSJ Madrid 05/11/2007: Despido por acudir en bambas, vaqueros y camiseta. Comercial.

Despido procedente. Aunque no hubiera normativa interna ni convencional, actividades requieren cierta pulcritud de acuerdo con el trato social. Además las negativas reiteradas a cumplir denotan provocación.

8. Dº imagen vs. “marca empresa”(V)

CONCLUSIONES:

- Análisis caso por caso.
- Dificultad cuando son “aspectos inmutables” (altura, peso, rasgos faciales, corporales). → potencialmente discriminatorias salvo casos excepcionales (esencial para la actividad).
 - También en las ofertas de empleo.
- Rasgos “mutables” (cabello, barba, piercings, tatuajes) → se pueden imponer instrucciones de vestimentas. Límites → Dignidad, honor, discriminación. Pº proporcionalidad y prohibición de arbitrariedad.



URÍA
MENÉNDEZ

DERECHO A LA DESCONEXIÓN LABORAL. TELETRABAJO.

Barcelona, 18 de mayo de 2017



URÍA
MENÉNDEZ

DERECHO A LA DESCONEXIÓN LABORAL.

Juan Reyes Herreros

Barcelona, 18 de mayo de 2017

1. Contexto

- Desarrollo tecnológico: avance social y económico importante.
- Inconveniente: no permite a los trabajadores desconectarse fuera de su horario laboral → Stress/Burn out.
 - Exigencia disponibilidad (¿es la flexibilidad una trampa?)
 - Marco “global” (diferencia horaria, multinacionales)
 - El móvil es nuestro trabajo
 - Afecta especialmente a directivos o puestos de cierta responsabilidad → necesidad de que éstos den ejemplo.

2. Derecho comparado (Francia)

- Ley El Khomri (principios de 2017)
- Insta a las empresas “a garantizar un uso razonable de las herramientas digitales”.
- Objetivos del derecho a la desconexión: que los trabajadores disfruten del adecuado tiempo de descanso y vacaciones; lograr un equilibrio entre vida profesional y personal.
- La ley se limita a establecer la necesidad de regular estos objetivos en la negociación colectiva pero no prevé sanciones.
- Modificación del art. L-2242-8 del Code du Travail: entre las materias objeto de negociación colectiva anual se debería incluir las modalidades de ejercicio del “derecho a la desconexión”.

3. Situación en España

- SAN de 17-7-1997: declaró nulas las instrucciones empresariales que obligaban a mantener una conexión ininterrumpida y en todo momento de sus teléfonos móviles con los de la empresa y los de los clientes.
- STS de 21-9-2015: nulidad de una cláusula contractual en la que se indica que cualquier tipo de comunicación relativa al trabajo podrá ser enviada por SMS o correo electrónico según los datos facilitados por el trabajador.
- Plano legislativo: Ministerio Empleo se compromete a impulsar medidas de conciliación de la vida laboral y familiar.
- Objetivo: pactar medidas con sindicatos y empresarios en la mesa de diálogo social.
- Posible alternativa: ¿desconexión obligatoria?



URÍA
MENÉNDEZ

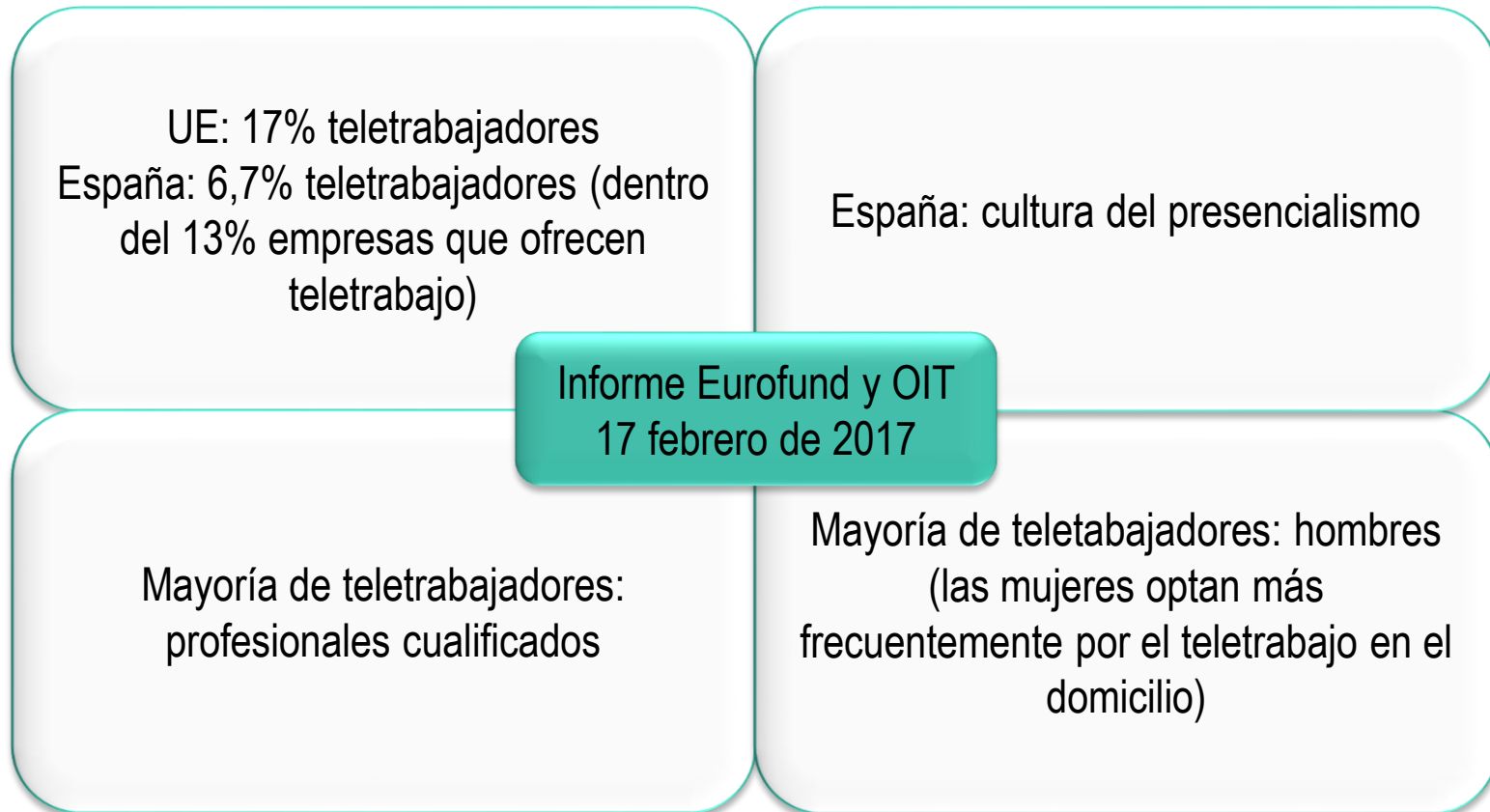
EL TELETRABAJO

Inés Ríos García

Barcelona, 18 de mayo de 2017

1. Contexto

Datos



Ventajas e inconvenientes

VENTAJAS	INCONVENIENTES
TRABAJADOR	
Ahorro de tiempo y dinero	Tendencia a trabajar más horas
Mayor autonomía respecto al tiempo de trabajo	Superposición entre el trabajo remunerado y la vida personal
Mejora integración la vida laboral y personal	Posible afectación a la promoción y retribución
Aumento de las sensaciones de bienestar , autoestima y libertad	Sensación de aislamiento
EMPRESA	
Aumento de la productividad y la eficiencia de los trabajadores	Percepción como amenaza a su posición y capacidad de control
Aumento de la motivación y reducción de la rotación del personal en la empresa	Necesidad de inversión tecnológica
Reducción de la necesidad de espacio → transformación lugar de trabajo	Necesidad de herramientas de evaluación y remuneración adecuadas

Cambio cultural

2. Definición legal

- **Artículo 13 ET (trabajo a distancia):** (i) la prestación se realiza de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en el lugar que escoja libremente, (ii) de manera alternativa al trabajo presencial en el centro de trabajo.
- **Artículo 2 Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo (AMET):** (i) forma de organización y/o de realización del trabajo, (ii) se utilizan las tecnologías de la información en el marco de un contrato o de una relación laboral.

Notas características: trabajo fuera del centro físico de la empresa y utilización de la tecnología.

2.1 Voluntariedad

En dos momentos, tanto si la oferta proviene del empresario como si la propone el trabajador (art. 3 AMET):

- Al **contratar**: el trabajador consiente la forma en que se trabajará.
- **Durante** la relación laboral: acuerdo entre empresario y trabajador.

La negativa del empleado a teletrabajar no es un motivo de rescisión de la relación laboral ni de modificación de sus condiciones de trabajo (art. 3 AMET).

Delimitación trabajadores beneficiarios: criterios objetivos para determinar que trabajadores podrán optar al teletrabajo

- Organizativos / productivos
- No discriminación

¿Puede el empresario pasar unilateralmente al trabajador que presta servicios en la sede de la empresa a la situación de teletrabajo?

- No son aplicables los artículos 39 (movilidad funcional) y 40 (movilidad geográfica) ET.
- ¿Se puede imponer la decisión por vía del artículo 41 ET (modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo)?

Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2005: La vía del artículo 41 ET es inadecuada. El teletrabajo afecta a las “condiciones de ocupación”, pero el artículo 41 ET se aplica a las “condiciones de trabajo”. **El paso al teletrabajo se deberá producir de mutuo acuerdo entre la empresa y el trabajador.**

2.2 Reversibilidad

Tanto el empresario como el trabajador pueden solicitar que el teletrabajador vuelva a trabajar en los locales de la empresa.

Regulación variada por los **Convenios Colectivos**:

- La mayoría **no contemplan límites** en el ejercicio de la reversibilidad.

Ej.: Convenios Colectivos de Numil Nutrición, S.R.L. y de France Telecom España, S.A..

- A veces se impone un **preaviso** a la reversibilidad.

Ej.: Convenios Colectivos de Repsol YPF Lubricants y Especialidades y de Alcatel-Lucent España.

- En algunos supuestos, además del preaviso, se establecen restricciones respecto al **momento** de ejercitar la reversibilidad.

Ej.: Convenios Colectivos de Telefónica o del Grupo ONO.

3. Cuestiones laborales que se derivan de la implantación del teletrabajo

3.1 Naturaleza de los contratos de trabajo

Teletrabajo **autónomo o dependiente**: en función de la concurrencia de las notas propias de laboralidad (Art. 1.1 ET)

Indicios de laboralidad:

- Programador informático de la empresa, control estricto del trabajo, penalización del retraso, asignación de zonas de trabajo y realización del trabajo siempre por la misma empresa (STS de 22 de abril de 1996).
- Todo el trabajo desde el domicilio, comunicación continua con la empresa, control y dirección del teletrabajo por la empresa (STSJ de Madrid de 30 de setiembre de 1999).
- Delimitación de las tareas del teletrabajador por la empresa, entrega de medios materiales y abono de dietas (STSJ de Asturias de 14 de abril de 2000).
- Facilitación por la empresa de los medios materiales necesarios e instrucciones sobre el trabajo (STSJ de Cataluña de 21 de diciembre de 2005).

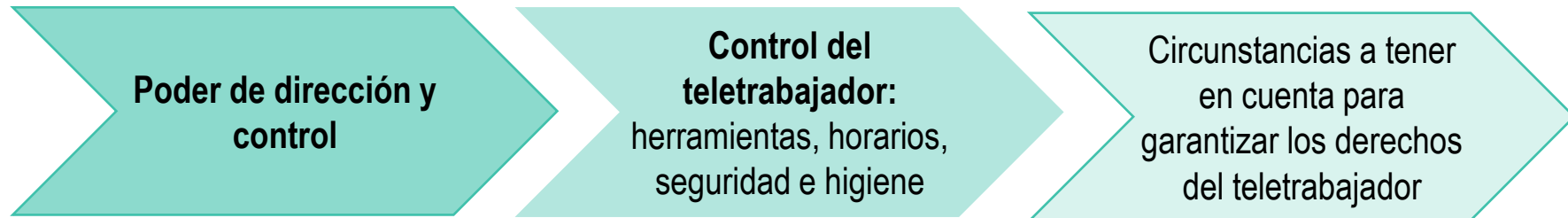
Indicios del trabajo autónomo:

- Ordenadores y programas informáticos propiedad del trabajador, sin acudir al centro, no sujeto a horarios, percepción de % de la facturación de los clientes, clientes propios (STSJ de Cataluña de 22 de diciembre de 1996).
- Utilización del propio equipo informático, no vigilancia por parte de la empresa, no sumisión a jornada, sin pacto de exclusividad, retribución en función del tiempo de conexión (STSJ de Madrid de 8 de marzo de 2002).

Debate actual:

- Economía colaborativa
- Trabajo a tiempo parcial

3.2 Los poderes del empresario



Control de los medios informáticos del teletrabajador: límites

- Necesidad de establecer una política de uso de los medios informáticos proporcionados por la empresa (jurisprudencia del TS y del TC).
 - Objetivo: evitar que se vulnere una **expectativa razonable de intimidad**.
- Informe previo de los representantes de los trabajadores.
- Diferentes niveles de supervisión.
- Consistencia en la aplicación de la política y no discriminación.

Control mediante la entrada al domicilio del teletrabajador

- Será necesario avisar al trabajador con antelación.
- Se deberá obtener el consentimiento del trabajador: derecho a la intimidad personal y familiar e inviolabilidad del domicilio.

3.3 Seguridad y salud en el trabajo

Obligaciones del empresario en materia de seguridad y salud en el teletrabajo:

1. Valorar la **capacidad y aptitudes** de los trabajadores en el momento de seleccionar los teletrabajadores.
2. **Evaluar** los riesgos: herramientas adecuadas, espacio adecuado, posibles riesgos psicosociales.
3. Proporcionar los **equipos** de protección adecuados.
4. **Informar** y **formar** a los trabajadores: previamente a la incorporación como teletrabajadores y durante la prestación.
5. **Vigilar** el estado de salud de los trabajadores.

Aplicación LPRL y
RD 488/1997

Obligaciones del trabajador en materia de seguridad y salud en el teletrabajo:

1. Velar por su propia seguridad y salud y por la de las personas a las que pueda afectar su actividad profesional.
2. Utilizar correctamente los utensilios del trabajo.
3. Cooperar con el empresario.

Incumplimiento laboral
Ej. art. 58.1 ET

3.4 Tiempo de trabajo: relativización de la jornada

El impacto del teletrabajo en el tiempo de trabajo varia según la modalidad de teletrabajo:

- En función del **lugar de prestación del teletrabajo**:
 - Propio domicilio: gran elasticidad del tiempo de trabajo.
 - Telecentro: posible limitación de la jornada.
 - Trabajo itinerante: condicionantes de los clientes y la actividad.
- En función del **tipo de conexión informática con la empresa**:
 - Interactiva: horarios de trabajo de la empresa.
 - Desconexión o vinculación unilateral: libre distribución de la jornada.
 - Fórmulas mixtas: regulación variada del los Convenios Colectivos.
- La necesidad de determinados permisos, licencias o reducciones de jornada puede verse modulada por la flexibilidad del teletrabajo.

3.4 Tiempo de trabajo: control de jornada y teletrabajo

Sentencia del TSJ de Castilla y León, de 3 de febrero de 2016: establece la obligación de control de la jornada también en caso de teletrabajo.

Argumento de la empresa para no pagar las horas extraordinarias del teletrabajador:

- Se cuestiona el concepto de hora extraordinaria en aquellos casos de teletrabajo desde el domicilio mediante el uso de medios informáticos.
- El domicilio esta protegido por el derecho a la intimidad y la empresa no puede efectuar un control sobre lo que hace el trabajador dentro del mismo.
- Si el teletrabajador realiza horas extraordinarias es exclusiva decisión y responsabilidad suya.

Decisión del Tribunal

- El control del tiempo de trabajo forma parte del derecho del trabajador a la protección de su seguridad y salud y es la empresa la que ha de registrar la jornada del trabajador día a día.
- El derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio son derechos del trabajador que habita, por lo que no pueden ser invocados por la empresa en contra del trabajador.

En caso de trabajo realizado con conexión a internet, el control del ejercicio laboral a distancia, mediante la comprobación de la conexión del trabajador al internet empresarial y de su actividad en la red, no supone **en principio y en condiciones normales la invasión del espacio protegido bajo el concepto de domicilio.**

4. Ejemplos de Convenios Colectivos que regulen el teletrabajo

Convenio Colectivo o Acuerdo	Regulación del teletrabajo
Convenio Colectivo de la provincia de Alicante de Industrias Transformadoras de Materias Plásticas (2015-2018).	<ul style="list-style-type: none"> • Todos los días de la semana o solo una parte de los días. • Autorización del acceso de la empresa al domicilio.
Acuerdo Colectivo sobre las condiciones de la prestación de servicios en el BBVA en régimen de teletrabajo (julio de 2011).	<ul style="list-style-type: none"> • Desde el domicilio del trabajador. • Únicamente por algunos puestos de trabajo. • Reversible: preaviso de 2 meses. • Máximo del 90% de la jornada. • Compaginación con la necesaria presencia del trabajador en el centro. • Equipo informático, de comunicación y material de trabajo. • Controles remotos o presenciales oportunos. • Complemento por teletrabajo.
Convenio Colectivo estatal de perfumería y afines (diciembre 2015).	<ul style="list-style-type: none"> • Facilitación y mantenimiento de equipos necesarios. • Seguridad y salud laboral: acceso al domicilio + medidas para prevenir el aislamiento del trabajador.

Convenio Colectivo o Acuerdo	Regulación del teletrabajo
<p>Convenio Colectivo estatal del sector de empresas de publicidad (febrero de 2016).</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Durante toda la jornada laboral o únicamente una parte. • Facilitación o mantenimiento de equipos necesarios. • Se cubren gastos.
<p>Convenio Colectivo de la empresa Teleinformática y Comunicaciones, S.A.U. (agosto 2016) Incluye en su anexo 2 el Acuerdo de Teletrabajo 2016-2017.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Mínimo 2 días a la semana. • Compaginación con la necesaria presencia del trabajador en el centro. • Posibilidad de horarios flexibles. • Seguridad y salud laboral: recomendaciones de prevención de riesgos + autorización para el acceso al domicilio. • Incluye modelo de Solicitud de acceso al teletrabajo.
<p>Convenio Colectivo de Repsol Butano, S.A. (diciembre 2016) Artículo 72: Acuerdo de implantación progresiva del teletrabajo.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • 5 modalidades de teletrabajo. • Requisitos básicos para poder acceder al teletrabajo: <ul style="list-style-type: none"> ○ Relacionados con el perfil profesional y personal del trabajador. ○ Requisitos técnicos y espaciales del lugar desde donde se quiera trabajar.

URÍA
MENÉNDEZ



www.uria.com

BARCELONA · BILBAO · LISBOA · MADRID · PORTO · VALENCIA · BRUXELLES · FRANKFURT · LONDON · NEW YORK · BOGOTÁ · BUENOS AIRES · CIUDAD DE MÉXICO · LIMA · SANTIAGO DE CHILE · SÃO PAULO · BEIJING