

Pérez-Llorca

Newsletter  
Laboral



ORGANIZACIÓN  
INTERNACIONAL DE  
DIRECTIVOS DE  
CAPITAL HUMANO

1 / 2019



# Índice

## Artículos Doctrinales

- 5 El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral**  
Paula Chichón Gómez

## Novedades Jurisprudenciales

- 8 Consideraciones acerca de la negociación de buena fe en los procedimientos colectivos de grupo de empresas**  
Laura Pérez Benito
- 9 El plus “quebranto de moneda” no se incluye en el cálculo de la retribución durante las vacaciones**  
Miguel Ángel Almansa
- 10 Sanción por cesión ilegal a las Empresas de Trabajo Temporal**  
Marta Salamanca Martín
- 11 La transferencia bancaria como forma de pago de la indemnización en el despido objetivo**  
Miguel Ángel Almansa



## EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL EN EL ÁMBITO LABORAL

---

Paula Chichón Gómez • Abogada

En los últimos tiempos, el avance de la tecnología y la utilización cada vez más habitual de los dispositivos electrónicos en la prestación de servicios, ha supuesto un gran impacto en la organización de las relaciones laborales, permitiendo una mayor flexibilidad que afecta principalmente al tiempo y lugar de trabajo.

Así, el efecto de la tecnología sobre las relaciones laborales, en muchas ocasiones facilita la conciliación de la vida privada y la laboral. Sin embargo, al mismo tiempo, esta circunstancia supone que los trabajadores estén permanentemente conectados y accesibles ante las potenciales exigencias empresariales, lo cual dificulta la conciliación además de tener un potencial impacto sobre la salud.

En este contexto, se pone de manifiesto la dificultad que pueden encontrar los trabajadores para la desconexión del trabajo una vez finalizada la jornada laboral, durante sus vacaciones o permisos, especialmente cuando las exigencias se canalizan a través de dispositivos electrónicos.

Por ello, el derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral ha cobrado una gran relevancia mediática, especialmente con ocasión de la regulación de este derecho en Francia, en enero de 2017 y durante toda la tramitación de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (“**Ley de Protección de Datos**”) que incluye el reconocimiento del derecho a la desconexión legalmente en España.

### I. ¿Existía una necesidad real de regular legalmente el derecho a la desconexión?

Algunos expertos consideraban necesario el reconocimiento expreso del derecho a la desconexión y su regulación para facilitar su garantía.

Sin perjuicio de lo anterior, a criterio de otros expertos como Eduardo Rojo o Guillermo L. Barrios, un adecuado cumplimiento de la regulación laboral española sobre horarios, jornadas y descansos diarios, semanales o anuales facilitaría considerablemente y haría posible la desconexión de los trabajadores que ahora aparece como una realidad laboral a la que es necesario dar cobertura expresa.

### II. Con anterioridad a la aprobación de la Ley de Protección de Datos, ¿se reconocía o garantizaba el derecho a la desconexión?

Varias son las empresas que han favorecido, antes de la entrada en vigor de la Ley de Protección de Datos, la desconexión de los trabajadores mediante diferentes instrumentos como los convenios colectivos, planes de igualdad orientados a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral o los acuerdos interprofesionales.

Un ejemplo de lo anterior en nuestro país es el convenio colectivo del grupo AXA para los años 2017 a 2020 que fue el pionero en incluir un artículo reconociendo expresamente el derecho a la desconexión digital estableciendo el derecho de los trabajadores a no responder a los emails, o mensajes profesionales fuera de su jornada de trabajo haciendo referencia a la conciliación de la vida personal y laboral.

Sin embargo, en el mismo artículo del citado convenio se hace referencia expresamente a que dicha medida no resultará de aplicación en situaciones “excepcionales” o de “fuerza mayor” sin definir qué puede entenderse como tales.

### III. Ley de Protección de Datos

Por su parte, como se ha adelantado, en España, el reconocimiento legal de este derecho, se ha materializado en la Ley de Protección de Datos, la cual tiene por objeto:

- (i) tanto la transposición al ordenamiento jurídico español del Reglamento (UE) 2016/679 de 27 de abril relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Reglamento general de protección de datos);
- (i) como garantizar los derechos digitales de los ciudadanos de conformidad con lo establecido en el artículo 18.4 de la Constitución Española.

De entre todas las novedades que trae la Ley de Protección de Datos y que atañen a las relaciones laborales, nos centraremos en el derecho a la desconexión laboral, que como apuntan muchos expertos y la propia exposición de motivos, ha ocupado sin duda un papel protagonista en la nueva ley.

Así, el artículo 88<sup>1</sup> de la Ley de Protección de Datos consagra el derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral.

El citado precepto legal, reconoce expresamente el derecho a la desconexión con el fin de garantizar el respeto al tiempo personal del trabajador una vez finalizada su jornada. Sin embargo, seguidamente, deja la concreción del ejercicio de este derecho a la negociación colectiva y en su defecto, al acuerdo en el ámbito de la empresa.

A pesar del desencanto que esta previsión legal pueda suponer en algunos, dejar a la negociación de las partes la concreción del citado derecho es del todo razonable en atención a la diversidad de modelos y necesidades empresariales existentes en la actualidad, que harían impracticable una regulación sobre este derecho que fuera aplicable a todas las empresas sin tener en cuenta sus circunstancias.

Finalmente, el mismo artículo prevé la elaboración de un código interno por parte del empresario, previa audiencia de la representación de los trabajadores, dirigido a los empleados en el que se definan las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática.

La regulación del derecho a la desconexión, y del resto de derechos digitales en las relaciones laborales, conlleva que se hayan tenido que modificar tanto el Estatuto de los Trabajadores, como el Estatuto Básico del Empleado Público. Así:

- (i) En el Estatuto de los Trabajadores, se crea un nuevo artículo 20 bis que se encuentra en la sección de derechos y deberes de los trabajadores siendo el artículo 20 relativo a la dirección y control de la actividad laboral.
- (i) En el Estatuto Básico del Empleado Público, se añade una nueva letra j bis) al artículo 14 que recoge los derechos individuales, ubicándose tras la letra j) que recoge la adopción de medidas que favorezcan la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

A pesar de recogerse en diferentes lugares en los respectivos estatutos, ambas modificaciones se limitan a reconocer el derecho a la desconexión y remiten a los *“términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”*. Por ello, para llevar a cabo la interpretación del derecho a la desconexión deberemos atender a la regulación prevista en la Ley de Protección de Datos que se ha expuesto con anterioridad.

<sup>1</sup> *“1. Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar.”*

*2. Las modalidades de ejercicio de este derecho atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral, potenciarán el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar y se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores.*

*3. El empleador, previa audiencia de los representantes de los trabajadores, elaborará una política interna dirigida a trabajadores, incluidos los que ocupen puestos directivos, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática. En particular, se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia, así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas.”*

#### **IV. ¿Hacia dónde vamos tras la entrada en vigor de la Ley de Protección de Datos?**

Tras la reciente entrada en vigor de la Ley de Protección de Datos que incluye el derecho a la desconexión, solo falta esperar para ver si las empresas elaboran planes internos que contengan una regulación específica sobre este derecho que facilite un disfrute efectivo del mismo por parte de los trabajadores.

Sin duda, constituirá un reto diseñar mecanismos efectivos que permitan a los trabajadores desconectar digitalmente sin perjudicar la operatividad de las empresas.

Ante la previsible inclusión de excepciones al derecho de desconexión, sería interesante que en los acuerdos se concretara qué puede entenderse como situaciones excepcionales, qué puede entenderse como fuerza mayor, posibles consecuencias de la no atención por parte de los trabajadores, etc.

Igualmente, quedaría por determinar la naturaleza y manera de computar el tiempo trabajado fuera de la jornada a los efectos de la remuneración del mismo.

Por último, pero no menos importante, añadir que quizá debería ponerse hincapié en la formación y sensibilización de los trabajadores sobre el uso razonable de los medios electrónicos para crear un efecto disuasorio en los jefes a la hora de enviar emails o llamar a sus subordinados fuera de su jornada laboral, cuando no sea del todo necesario.

## CONSIDERACIONES ACERCA DE LA NEGOCIACIÓN DE BUENA FE EN LOS PROCEDIMIENTOS COLECTIVOS DE GRUPO DE EMPRESAS

---

Laura Pérez Benito • Socia

### Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 2018 (Rec. núm. 69/2017) <sup>2</sup>

En el presente caso la Sala de lo Social del Tribunal Supremo conoce de una impugnación colectiva de suspensión de contratos en la que se reclamaba la nulidad de la medida implementada por la empresa. La cuestión concreta que la Sala debía valorar era la posibilidad de alegar en la demanda de impugnación la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales cuando nada se había dicho al respecto durante el periodo de negociación.

La Audiencia Nacional, que había conocido del caso en primera instancia, defendió la necesidad de que la posible existencia de un grupo de empresas a efectos laborales se alegara en el periodo de consultas para que pudiera traerse al procedimiento judicial posterior.

No comparte, sin embargo, el Tribunal Supremo el criterio sostenido por la Audiencia Nacional, al menos en términos tan rotundos.

Así, la Sentencia pasa a analizar en qué situaciones podría la representación de los trabajadores vulnerar el deber de buena fe y concluye que es insuficiente la mera ausencia de cualquier referencia expresa a la posible existencia de un grupo laboral de empresas durante el periodo de consultas.

Entiende que dicha vulneración sí se produciría si los representantes ocultaran datos notorios y públicos, o aquellos que ya conocieran por anteriores actuaciones sindicales, de forma dolosa, sin reclamar información ni documentación al respecto durante el periodo de consultas, para negociar con quien saben que no es el empleador real, y posteriormente invocar la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales, y por tanto de un empleador diferente, por primera vez durante el proceso judicial.

Matiza, no obstante, que si la empresa, que es la que tiene conocimiento de los vínculos internos que pudieran existir con otras sociedades, no ofrece información alguna al respecto, no es exigible a los representantes de los trabajadores que aludan a la posible concurrencia del grupo laboral durante el periodo de consultas como requisito para alegarlo en la demanda judicial.

Tras el análisis anterior, la Sala concluye que los representantes de los trabajadores sí negociaron de buena fe, habida cuenta que durante el periodo de consultas manifestaron la existencia de elementos relativos a sociedades vinculadas e incluso pidieron documentación en este sentido, circunstancia que les habilitaba a solicitar legítimamente el reconocimiento del grupo laboral de empresas.

La Sentencia es interesante, especialmente porque, como se reconoce a través de la misma, el deber legal de negociación de buena fe ha sido en gran medida analizado por nuestra jurisprudencia en relación con la empresa, pero no en relación con la actuación de los representantes de los trabajadores, como se hace de forma extensa en la presente resolución.

## EL PLUS “QUEBRANTO DE MONEDA” NO SE INCLUYE EN EL CÁLCULO DE LA RETRIBUCIÓN DURANTE LAS VACACIONES

---

Miguel Ángel Almansa • Abogado

### Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 21 de noviembre de 2018 (Rec. 219/2017) [🔗](#)

El Tribunal Supremo entra a conocer en esta sentencia sobre qué conceptos salariales deben integrar la retribución de los trabajadores en vacaciones.

El procedimiento tiene su origen en una demanda de conflicto colectivo presentada por un sindicato frente a una entidad mediante la que se solicitaba que se incluyeran en la remuneración a percibir en vacaciones la media de todos los pluses percibidos por los trabajadores durante los 11 meses previos al mes de vacaciones (incluyendo el plus “Quebranto de Moneda”).

En un primer momento, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional estimó la demanda, condenando a la empresa a que se incluyeran la totalidad de los pluses reclamados en el mes de vacaciones.

No obstante, tras la presentación del preceptivo recurso de casación ordinaria por parte de la entidad, el Tribunal Supremo lo estima, declarando que el plus quebranto de moneda no debe incluirse en la retribución a percibir en vacaciones por los trabajadores por no tener naturaleza salarial.

Expone el Tribunal Supremo que el “Plus quebranto de moneda” no tiene naturaleza salarial ya que dicho concepto salarial tiene como función compensar los riesgos, y en su caso perjuicios, derivados de la realización de operaciones con dinero (errores de cobro, pago o pérdidas involuntarias), teniendo carácter indemnizatorio, independientemente de que en el convenio colectivo se incluya como un complemento de puesto de trabajo.

## SANCIÓN POR CESIÓN ILEGAL A LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

---

Marta Salamanca Martín • Abogada

### Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 23 de noviembre de 2018 (Rec. núm. 4877/2018)<sup>13</sup>

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha resuelto sobre la controversia en relación con la potencial sanción que debe ser impuesta a una Empresa de Trabajo Temporal (“ETT”) cuando la causa de temporalidad alegada por la empresa usuaria es inexistente.

En el presente caso, una ETT ha suscrito numerosos contratos de puesta a disposición cuya causa era la acumulación de tareas para la implantación de procedimientos operativos internos. Según se menciona en la sentencia, no existían trabajadores en plantilla en la mencionada empresa.

Así, tras una Inspección de Trabajo en el centro de trabajo de Barcelona, se declara la existencia de fraude de ley en la contratación y se impone a la ETT una sanción de 60.000 euros por la comisión de una infracción catalogada como muy grave.

A este respecto, es importante destacar las diferentes sanciones aplicables al presente caso previstas en el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (en adelante, “LISOS”) para las ETTs.

- (i) El artículo 8.2 LISOS, que recoge las infracciones muy graves, establece entre las mismas “*la cesión de trabajadores en los términos prohibidos por la legislación vigente*”. A esta infracción le corresponde una sanción de entre 6.251 y 187.515 euros.
- (ii) El artículo 18.2.c LISOS, que regula las infracciones graves cometidas por las ETTs, establece la siguiente infracción “*formalizar contratos de puesta a disposición para supuestos distintos de los previstos en el apartado 2 del artículo 6 de la Ley por la que se regulan las empresas de trabajo temporal [...]*”. A esta infracción le corresponde una sanción de entre 626 y 6.250 euros.

El objeto de la sentencia se centra en determinar si la infracción cometida debe ser regulada por la previsión normativa general para las empresas (artículo 8.2 LISOS) o, por el contrario, por la previsión específica para las ETTs (artículo 18.2.c LISOS).

El Tribunal Superior de Justicia termina reconociendo que las infracciones en materia de ETTs y empresas usuarias tienen una regulación específica en los artículos 18 y siguientes de la LISOS, a las que se debe acudir en controversias como la presente. En este sentido, el artículo 8 LISOS quedaría reservado para infracciones de empresas dedicadas a otra actividad.

Además, añade que, por aplicación del principio de especialidad con arreglo al cual la ley especial deroga a la ley general, el artículo aplicable es el 18.2.c y no el 8.2 LISOS, rebajando por tanto la sanción a 3.125 euros (grado medio).

## LA TRANSFERENCIA BANCARIA COMO FORMA DE PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN EN EL DESPIDO OBJETIVO

---

Miguel Ángel Almansa • Abogado

### **Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 28 de noviembre de 2018 (Rec. núm. 2826/2016)** <sup>1</sup>

Bien es sabido que uno de los requisitos de forma que hay que cumplir en los despidos por causas objetivas es la puesta a disposición, de forma simultánea a la entrega de la carta de despido, de la indemnización ascendente a 20 días de salario por año de servicio con límite de 12 mensualidades.

El Tribunal Supremo entra a conocer en la presente sentencia si se cumple dicho requisito de simultaneidad con el abono de la indemnización legal mediante transferencia bancaria realizada el mismo día del despido, sucediendo que, al momento de la recepción de la carta, el trabajador en cuestión no tenía a su disposición la indemnización legal.

Con carácter previo, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid entendió que no se entendía cumplido ese requisito de simultaneidad por lo que declaró que el despido era improcedente.

No obstante, el Tribunal Supremo, tras la interposición por la empresa del preceptivo recurso de casación en unificación de doctrina concluye, que habiendo realizado la empresa la transferencia bancaria a favor de la trabajadora en el mismo día de la entrega y fecha de efectos de la carta de despido, queda cumplido el requisito de “simultaneidad” exigido en el precepto legal, ya que el Estatuto de los Trabajadores no establece el modo en que ha de abonarse dicha indemnización, habiendo sido aceptado como medio de pago la transferencia bancaria.

Coordinadores de la Newsletter

—

Luis Enrique Fernández Pallarés

Socio

lefernandez@perezllorca.com

Tel: +34 91 436 04 23

Fax: +34 91 423 04 30

Laura Pérez

Socia

lperez@perezllorca.com

Tel: +34 91 423 67 38

Fax: +34 91 423 04 30

Sede  
Castellana 50  
28046 · Madrid

Paseo de la Castellana, 259 A  
28046 Madrid

—  
Diagonal 640, 8<sup>ª</sup>A  
08017 · Barcelona

—  
24 Monument Street, 8<sup>th</sup> floor  
EC3R 8AJ · London

—  
375 Park Avenue, 38th floor  
10152 · New York

