

75
ANIVERSARIO
1940 / 2015



ANTRÀS
ABOGADOS ASOCIADOS

Desde 1940



MARZO 2018

NEWSLETTER

INFORMACIONES LABORALES

Marzo 2018



Acceso empresarial al correo profesional del trabajador: condiciones para un acceso lícito.

El Tribunal Supremo, en una importante y reciente sentencia del pasado 8 de febrero, ha tenido ocasión de pronunciarse de nuevo sobre las condiciones que debe respetar la empresa para acceder lícitamente a los correos electrónicos profesionales de sus trabajadores. La importancia de la sentencia radica en que supone la primera ocasión en la que dicho órgano tiene ocasión de pronunciarse sobre el alcance que tiene la doctrina de la sentencia que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictó en el asunto conocido como *Barbulescu II* ([Newsletter de septiembre de 2017](#)). Y aunque el Tribunal considera “que sus criterios son sustancialmente coincidentes” con los que había mantenido nuestro Tribunal Constitucional, somete la conducta empresarial al filtro de los requisitos que el Alto Tribunal europeo exige para atribuir legitimidad a la actividad de control empresarial.

Los hechos que dan lugar a la sentencia tienen su origen en el despido disciplinario por “transgresión de la buena fe contractual así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo” de un trabajador, responsable de compras de una multinacional española del sector textil, que, contraviniendo lo que establecía la normativa interna de la empresa, recibió de un cliente un regalo consistente en un vehículo valorado en más de 40.000€. Debe tenerse en cuenta que el trabajador, en el ejercicio de su actividad profesional, efectuaba compras por una cuantía muy elevada a ese “dádivoso” cliente. La empresa conoce de la situación a través de unos

documentos que el trabajador despedido olvida en la fotocopidora del centro de trabajo, ante lo cual inicia un procedimiento de investigación en el que, entre otras comprobaciones, accede a los correos electrónicos que acreditan la situación. El Tribunal Supremo, en contra de lo que se había mantenido en instancia, va a considerar que dicho acceso no supuso una vulneración de los derechos fundamentales del trabajador. De esta forma, el Tribunal recuerda que es admisible la ordenación y regulación empresarial del uso de los medios informáticos de titularidad empresarial por parte del trabajador, así como la facultad empresarial de vigilancia y control del cumplimiento de las obligaciones relativas a la utilización del medio en cuestión, pero siempre que ello se haga con pleno respeto a los derechos fundamentales. Siendo ésta, por lo tanto, la clave de la cuestión: que el control y vigilancia se verifique con respeto a los derechos fundamentales del trabajador, señaladamente, su derecho a la intimidad y a la protección de datos.

En este sentido merecen destacarse algunos aspectos que las empresas deberían tener presentes, para evitar riesgos y contingencias indeseables, a la hora de ejercitar su poder de dirección y control:

- La necesidad de que en la empresa exista una normativa interna que limite la utilización de los sistemas de información y comunicación suministrados por la empresa a fines productivos y/o laborales.



- Dicha normativa interna debe advertir, adicionalmente, del posible control/monitorización del uso de esos medios a los efectos de garantizar su uso exclusivamente productivo.
- Dicha normativa, que puede adoptar la forma de código de conducta, instrucción o reglamentación interna, circular, puede ser elaborada unilateralmente por la empresa en el ejercicio del poder de dirección que le reconoce el art. 20 del TRLET. No obstante, es necesario consultarla previamente con los representantes de los trabajadores por cuanto el art. 64.5 e) del TRLET les reconoce el derecho a emitir informe, con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por éste, sobre “implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo”. No se debe identificar la consulta, necesaria, con la necesidad de un acuerdo, éste puede ser conveniente y adecuado como vía de legitimación adicional, pero no es preciso.
- La normativa o regulación interna debe comunicarse a todos los trabajadores, velando especialmente porque los trabajadores de nuevo ingreso reciban copia. En este sentido,

es conveniente protocolizar su comunicación, por ejemplo, incorporándola como anexo a los nuevos contratos, y que se comunique periódicamente, en forma de recordatorio (por ejemplo, en forma de ventana emergente o “pop up” al iniciar o actualizar el sistema informático). Resulta conveniente, a efectos probatorios, registrar el recibo por parte del trabajador de la normativa.

- La monitorización o registro de archivos no debería realizarse genéricamente sino de forma limitada (por ejemplo, a través de la búsqueda de conceptos o términos clave) y sólo cuando existan indicios de que se está ante comportamientos irregulares.
- Resulta muy conveniente advertir, sin que sea necesario el preaviso, a la representación de los trabajadores de la realización de la monitorización y, en la medida de lo posible, verificarla en su presencia.

En cualquier caso, se evidencia, una vez más, la importancia de que las empresas dispongan de políticas internas actualizadas que doten de transparencia y certidumbre a las condiciones de uso y control de los medios tecnológicos en el ámbito laboral.

Dos iniciativas legislativas en materia de igualdad salarial.

El pasado 8 de marzo se celebró el día de la Mujer, una jornada en la que, entre otros motivos, se reclamó contra la discriminación por razón de sexo y, en concreto, contra la brecha salarial. Con independencia de que se compartan o no los medios que se eligieron para celebrar ese día o de que se consideren suficientes o insuficientes los avances realizados en la materia, lo que sí resulta indiscutible es la existencia de lo que se conoce como brecha salarial. Una situación que, resultado de factores diversos como puede ser la segregación vertical y horizontal de la mujer, la asunción mayoritariamente femenina de las cargas familiares o los roles sociales, también

encuentra su origen en una asignación no equitativa o incluso discriminatoria de los salarios en la empresa. La brecha de género afecta a todos los países de la UE y a todas las categorías profesionales (aunque con incidencia desigual, siendo la más alta, según datos de EUROSTAT, la que afecta a las trabajadoras con funciones directivas y la más baja a los trabajos poco cualificados y altamente feminizados).

Aunque la actuación frente a esta situación requiere de medidas transversales, la UE, además de prohibir cualquier discriminación directa o indirecta por razón de género, ha incidido de



modo específico en el fomento de la transparencia salarial como instrumento para detectar y actuar frente a la discriminación salarial. Así, el art. 21.4 de la Directiva 2006/54 establece que los Estados “deberán alentar a los empresarios a presentar con una periodicidad adecuada a los empleados y/o a sus representantes información adecuada sobre la igualdad de trato de hombres y mujeres en la empresa” una información entre la que se puede incluir la relativa a los salarios y su distribución por géneros y las diferencias salariales entre hombres y mujeres. Una línea de fomento que también se sigue en la Recomendación de la Comisión de 7 de marzo de 2014 y en la Resolución del Parlamento Europeo de 14 de marzo de 2017.

Inspiradas en estas normas, pero yendo más allá, en fechas recientes se han presentado dos proposiciones de Ley en materia de igualdad retributiva entre hombres y mujeres. Una primera, por el [Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea](#) y otra por el [PSOE](#). A pesar de que aún no han sido tramitadas y de que, en un contexto político como el actual, resulta casi imposible hacer pronósticos sobre cuál puede ser el resultado de esa tramitación, creemos que, en cualquier caso, resulta de interés adelantar algunos de los elementos que mayor trascendencia pueden tener:

- Incorporación expresa del salario como contenido de la copia básica del contrato a entregar a la representación de los trabajadores.
- Modificación del art. 28 del TRLET para recoger una presunción de discriminación indirecta si la diferencia en la retribución abonada a las trabajadoras por la empresa supera en 20 puntos el abonado a los trabajadores. Se establece que la presunción se aplicará tanto cuando la diferencia de los 20 puntos aparezca en la retribución global como cuando se produzca respecto a percepciones concretas.
- Derecho individual de las trabajadoras y trabajadores a acceder a la información

promediada y desglosada por género de la retribución abonada por la empresa, en los mismos términos establecidos para la información debida a los representantes de los trabajadores en el nuevo artículo 64.3 del TRLET.

- Se corrige la regulación del artículo 37.6 del TRLET con relación a la reducción de la jornada por cuidado de hijos y familiares estableciendo la posibilidad de que se flexibilice su uso incorporándose parámetros de referencia más extensos (diario, semanal, mensual o incluso anual) que el actualmente aplicable (parámetro diario). Se limita el acceso a la reducción de jornada por cuidado de dependientes refiriéndolo exclusivamente a los familiares por consanguinidad.
- Modificación del artículo 42.2 del TRLET para configurar el principio de igualdad retributiva entre trabajadores/as que prestan servicios para la misma empresa, independientemente de si forman parte de la plantilla de la empresa principal o si han sido contratados por una contratista.
- Se modifica el artículo 64.3 del TRLET para reconocer el derecho a la información a los representantes de las trabajadoras/es de las cuantías retributivas desglosadas por género. Un derecho que actuará en todas las empresas con representación de los trabajadores y no sólo en las que tengan más de 50 trabajadores.
- Las listas electorales que se presenten para las elecciones a representantes de los trabajadores en empresas de más de 250 trabajadores deberán tener una participación equilibrada de hombres y mujeres.
- Obligación de que los planes de igualdad incorporen auditorías salariales “que deberán analizar, diagnosticar y establecer actuaciones dirigidas a corregir disparidades retributivas en la empresa entre hombres y mujeres, para



lo cual deberán partir de una evaluación de puestos de trabajo en la empresa”.

- Se incorporan también modificaciones en el Estatuto Básico del Empleado Público (arts. 14 i), 18.1, 20.2, 22, 31.8, 33.1 y 2, 34.7, 35.3, 37.1, 40, 69.2 y en la la Ley 9/1987, de 12 de junio, de Órganos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo

y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas (art. 9).

Las propuestas también implican modificaciones en otras normas como la Ley General de la Seguridad Social, la Ley reguladora de la jurisdicción social y la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.



La designación de delegados sindicales con las garantías reconocidas en el art. 10 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical.

La reciente sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2018 (Rec. 30/2017) reitera la doctrina conforme a la cual el sindicato es “dueño de organizar su estructura”, correspondiéndole, por ello, la decisión de constituir las secciones sindicales a nivel de empresa y/o centro de trabajo. A los efectos de que la sección sindical pueda designar un delegado sindical con los derechos reconocidos en el art. 10.3 de la LOLS (los mismos que le corresponderían caso de ser miembro del comité de empresa o delegado de personal), la sentencia aclara que el requisito de que la sección sindical tenga presencia “en los comités de empresa” se refiere al ámbito en que se organiza la sección sindical pero sin que sea necesario que dicha implantación se produzca en los órganos de representación de todos los centros de trabajo. La determinación de si la sección sindical supera los resultados electorales mínimos establecidos para tener derecho a más de un delegado sindical debe realizarse en el ámbito tomado en cuenta para determinar el tamaño mínimo de la plantilla (250 trabajadores).

A estos efectos debe recordarse que el art. 10 de la LOLS establece que, a falta de acuerdos específicos al respecto, el número de delegados sindicales por cada sección sindical de los sindicatos que hayan obtenido el 10 por 100 de los votos en la elección al Comité de Empresa o al órgano de representación en las Administraciones públicas se determinará según la siguiente escala:

De 250 a 750 trabajadores: Uno.

De 751 a 2.000 trabajadores: Dos.

De 2.001 a 5.000 trabajadores: Tres.

De 5.001 en adelante: Cuatro.

Precisando que las secciones sindicales de aquellos sindicatos que no hayan obtenido el 10 por 100 de los votos estarán representadas por un solo delegado sindical.

Recordar que los derechos y garantías que la LOLS reconoce a los delegados sindicales que cumplan los requisitos establecidos en su art. 10.3 (empresa o centro de trabajo con más de 250 trabajadores, presencia en los órganos de representación unitaria y haber obtenido más del 10% de los votos en las elecciones para tener derecho a más de un delegado) no se acumulan a los que pudieran disfrutar como delegados de personal o miembros del comité.