



LABOUR TECHNOLOGY
& COMPLIANCE
REPORT

Marzo

2017

ECIJA

Labour Technology & Compliance Report - Marzo 2017

Jurisprudencia relevante

P.4

Novedades legislativas y
compliance laboral

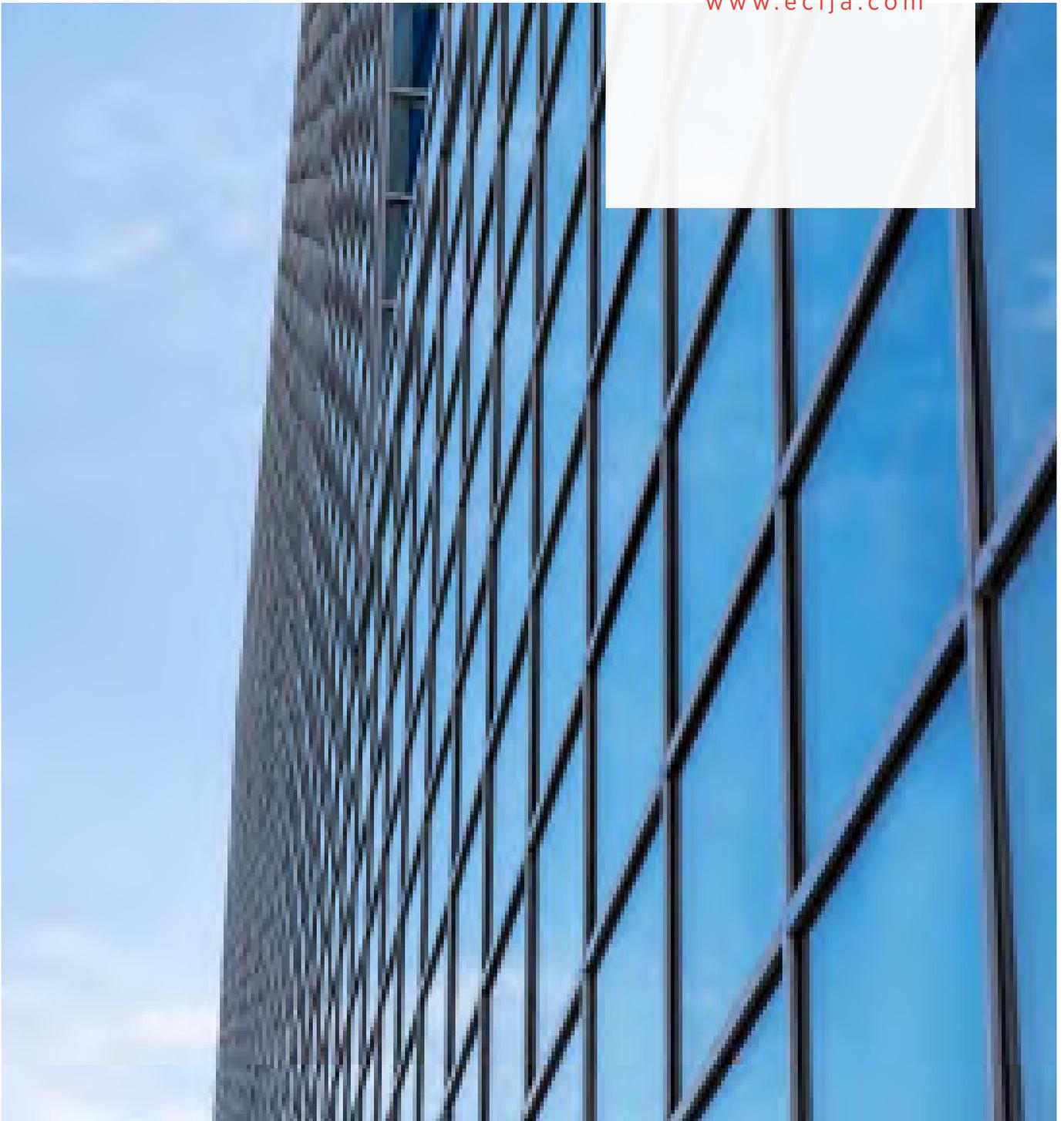
P.8

Noticias destacables en
laboral 3.0

P.10

Área de
Derecho
Laboral

www.ecija.com



01. JURISPRUDENCIA RELEVANTE

Ahora sí: la nómina puede enviarse
por medios telemáticos

Ha tenido que llegar el día 1 de diciembre de 2016 para que Tribunal Supremo, en su Sentencia nº 1023/2016 de dicha fecha, cambiando de criterio respecto de su Sentencia de 22 de diciembre de 2011, en un supuesto de hecho absolutamente idéntico en el que se negó la posibilidad a Air Europa de hacer llegar a los pilotos la nómina a través de su intranet, acepte y valide que las empresas envíen por medios telemáticos las nóminas a sus empleados.

No obstante, asumiendo que la normativa aplicable al justificante de pagos de los recibos salariales se encuentra desarrollada en la Orden de 27 de diciembre de 1994 no puede extrañarnos que hayamos debido esperar a la segunda década del Siglo XXI para admitir esta realidad...

Sin embargo, conviene advertir que desde el año 1994 (incluyéndose, por tanto, el año 2011 y el conflicto de Air Europa) el propio artículo 2 de la citada Orden desvirtúa la exigencia de rebabar la firma del empleado "[c]uando el abono se realice mediante transferencia bancaria, el empresario entregará al trabajador el duplicado del recibo sin recabar su firma, que se entenderá sustituida, a los efectos previstos en el apartado anterior, por el comprobante del abono expedido por la entidad bancaria". Por lo que, tal y como recoge la Sentencia del pasado mes de diciembre, "[e]n definitiva, se admite que el trabajador no firme el duplicado del recibo de salarios cuando quede constancia de su abono mediante el comprobante que expide la entidad bancaria, por lo que el hecho

de que no se le entregue el recibo en soporte papel se ajusta a esta última previsión."

Así las cosas, por primera vez y hace poco más de dos meses, el Alto Tribunal acepta que la normativa vigente no establece la forma en que deben hacerse llegar las nóminas a los empleados sino unas meras exigencias, absolutamente razonables y perfectamente realizables por diversos medios.

En efecto, el artículo 29.1 del Estatuto de los Trabajadores establece la obligación de las empresas de pagar puntualmente el salario a sus trabajadores y formalizar documentalmente la fecha y lugar en que se abone. Asimismo, exige la "entrega al trabajador de un recibo individual y justificativo del pago del mismo" lo que, en ningún caso, dados los avances tecnológicos en nuestros días, requiere la entrega de un documento físico y la firma manuscrita del empleado.

Como resulta obvio, las únicas cautelas que deberán respetarse por parte de la empresa en todo caso serán (i) que el acceso del empleado quede debidamente protegido, (ii) garantizándose la identidad del empleado en el acceso y (iii) la seguridad de la información contenida en la plataforma en que se contenga dichos recibos salariales.

Caso Blablacar



El Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid, en su Sentencia del pasado día 2 de febrero de 2017, resolvió la demanda por competencia desleal interpuesta contra BLABLACAR por CONFEBUS.

En este primer asalto, no sin argumentos exentos de discusión, el Juez entiende que BLABLACAR es un mero intermediario (al más puro ejemplo de la economía colaborativa) en la que usuarios particulares se ponen en contacto, siguiendo unas reglas del juego básicas que la plataforma ha instaurado como un mecanismo de simple gestión y organización de la misma.

Son muchos los aspectos que se valoran, analizan y argumentan por ambas partes, así como relevantes y, en ocasiones, lapidarias reflexiones del órgano juzgador. Sin embargo, en la materia que nos ocupa en este momento, desde el punto de vista laboral, la afirmación más importante se refiere a la relación o vínculo existente entre BLABLACAR y los particulares que ofrecen sus viajes en dicha plataforma:

“Tampoco el que identifique al conductor y su perfil como persona idónea para contactar por el posible usuario puede ser motivo de la inclusión en el ámbito del transporte, pues aparte de no tener ninguna relación laboral, aceptando todos la falta de responsabilidad de la plataforma, el hecho de prohibir determinadas actitudes, de hacer cumplir determinados parámetros de cortesía, como que no pueda fumar en el viaje, que ponga o no música, o que no cobre más de lo que podría significar compartir gastos, tampoco puede ser incluido en la normativa de transporte.”

Así las cosas, podemos afirmar que, cuanto menos y de forma provisional puesto que de momento CONFEBUS ya ha confirmado su intención de recurrir esta sentencia, ya tenemos una primera validación de un modelo de economía colaborativa puro en nuestro país que genera un importante precedente para generar algo de seguridad en esta nueva forma de convivir y participar socialmente... O, en palabras de D. Jaime Rodríguez, responsable de BLABLACAR en España, “despeja todas las dudas sobre nuestro modelo” mientras llega el ansiado marco normativo que ofrezca una mayor garantía.

La buena noticia es que, coincidiendo de nuevo con el Sr. Rodríguez, de la lectura de esta sentencia se desprende que el juez ha entendido el modelo de negocio y la realidad de una sociedad que necesita este tipo de plataformas tanto como las mismas plataformas a sus usuarios.

INCAPACIDAD TEMPORAL: NULIDAD VS IMPROCEDENCIA DEL DESPIDO

Que el ámbito procesal-laboral se caracteriza por ser un paraje inseguro e incierto, especialmente para las empresas, es una realidad. Así, cuando parece que existe cierto consenso en dicho ámbito, aparece un pronunciamiento judicial que descoloca a los actores de este escenario y genera gran incertidumbre a los profesionales del sector.

Esto ha ocurrido con la reciente declaración de nulidad del despido relativo a un trabajador que se encontraba en situación de incapacidad temporal. En este sentido, la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Asunto C-395/2015), dictada con motivo de una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social Nº 33 de Barcelona, entiende que la Directiva 2000/78/CE del Consejo, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido que una incapacidad temporal “duradera” puede asimilarse a la definición de discapacidad si concurren determinadas circunstancias y, entre los indicios, que permiten considerar tal limitación funcional como duradera figuran el que, a la fecha del hecho presuntamente discriminatorio (despido), la incapacidad del empleado no presente perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o, el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona.

En resumen, el TJUE asimila el concepto de discapacidad con la incapacidad temporal cuando ésta sea duradera o no se pueda prever de forma objetiva o razonable la finalización de la situación. En consecuencia, nos encontraríamos ante un

caso de discriminación contrario a los Derechos Fundamentales de nuestro Ordenamiento Jurídico y los Derechos Humanos reconocidos y protegidos al amparo comunitario.

Este nuevo planteamiento modifica la doctrina constitucional anterior, cuando el Tribunal Constitucional entendía que el despido de un empleado en situación de incapacidad temporal no podía ser considerado per se como un hecho discriminatorio susceptible de generar la declaración de nulidad. Obviamente, considerar que los empleados no son “productivos” por estar en situación de incapacidad, aunque sea temporal, no se considera una causa justificada para proceder a su despido pero los tribunales nacionales, al más alto nivel, aceptaban que se trataba de una extinción improcedente.

Asumiendo como ciertos los argumentos vagos e inciertos del TJUE, la realidad es que el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona ya ha dictado una Sentencia en la que se considera nulo el despido del empleado que da origen a la cuestión prejudicial utilizando los criterios y parámetros contenidos en el pronunciamiento comunitario. Lo más preocupante desde un punto de vista técnico en este asunto es que el TJUE parece reducir la cuestión al siguiente hecho: si a la fecha del despido la duración de la incapacidad temporal del empleado afectado se considera incierta y previsiblemente prolongada se considera una situación análoga a la discapacidad y, por ende, la extinción puede ser declarada nula.





Firma líder en asesoramiento en Derecho de
Tecnología, Medios y Telecomunicaciones

02. NOVEDADES LEGISLATIVAS

Francia y el derecho de desconexión

Después de generar opiniones contrarias y un gran debate sobre la pertinencia y aplicabilidad, así como la necesidad de “copiar” o trasladar esta iniciativa a sus vecinos (incluyendo España), el pasado 1 de enero de 2017 ha entrado en vigor el derecho de desconexión digital de los empleados cuando finalicen su jornada.

Modificación introducida por la Loi 2016-1088, de 8 de agosto de 2016 (o Loi Travail), esta reforma añade un apartado séptimo al artículo L.2242-8 del Código de Trabajo francés que, en una traducción liberal del texto, viene a decir que dentro de la calidad de vida en el trabajo se incluye “el pleno ejercicio por el trabajador de su derecho de desconexión [...], con la finalidad de asegurar su tiempo de descanso y vacaciones, así como su vida personal y familiar”. En palabras del diputado socialista Benoit Hamon, “padre” de esta medida, los empleados pueden salir de su lugar de trabajo pero no dejan de trabajar y esta situación genera importantes riesgos psicosociales a los empleados, haciendo especial hincapié al estrés, cansancio y el síndrome de estar quemado.

Para garantizar el respeto de dicho derecho, se obliga a las empresas a elaborar una política al respecto, en la que, como mínimo, deberá incluirse la modalidad de ejercicio del derecho a la desconexión y la puesta en marcha de acciones formativas y sensibilizadoras sobre el uso razonable de los dispositivos digitales. Asimismo, se exige que dicha política será de aplicación, y su respeto una exigencia, para todos los empleados de la compañía con independencia de su posición en el organigrama de la empresa.

Por otro lado, conviene advertir que la política deberá negociarse, y en caso de imposibilidad de acuerdo, como mínimo abrirse un período de consultas, con los representantes de los trabajadores. Aunque se entiende que los representantes de los trabajadores no tienen un derecho de negativa (o veto) a la política que finalmente instaure el empresario, resulta especialmente relevante que su intervención en el proceso sea obligatoria incluso cuando haya desacuerdo entre las partes.

Por último, la obligatoriedad se extiende a la totalidad del tejido empresarial con independencia de su tamaño.

Como reflexión conviene resaltar que el legislador francés aboga por imponer obligaciones sencillas en la normativa aplicable para que sean los destinatarios finales de la norma, quienes negocien y pacten los términos en que se cumplirá con esas obligaciones. En nuestra opinión, en pleno Siglo XXI, con una sociedad tan dinámica en la que el Ordenamiento Jurídico suele ir por detrás de la realidad, no existe mejor opción que sean los propios interesados quienes organicen y gestionen sus relaciones que, en todo caso, quedarán sometidas al control del poder judicial.



El Parlamento Europeo y la economía colaborativa

El pasado 8 de diciembre de 2016 se emitió Dictamen del Comité de Empleo y Asuntos Sociales del Parlamento Europeo al Comité de Mercado Interior y Protección del Consumidor en relación con la económica colaborativa.

De esta forma, las instituciones europeas manifiestan, al menos inicialmente, su parecer sobre una realidad en nuestros días como ocurre, por ejemplo, con el desarrollo de la inteligencia artificial.

Dado que el Dictamen procede del Comité de Empleo y Asuntos Sociales, una de las disyuntivas más relevantes en el documento es la distinción entre “profesionales” y “no profesionales” con la intención de aclarar uno de los principales aspectos de controversia en nuestros días. En efecto, en los últimos meses hemos podido comprobar que, tanto a nivel internacional como nacional, se está produciendo cierto revuelo sobre el modelo de negocio de plataformas que cada día adquieren mayor relevancia en el día a día de millones de usuarios.

Uber, Blablacar, Deliveroo, Glovo,... todas estas plataformas, entre otras, han soportado que las autoridades competentes en cada materia pongan en tela de juicio su modelo y, en consecuencia, su viabilidad como resultado de una evidente falta de adecuación de la normativa a la realidad y una ineficacia probada de nuestros poderes públicos para resolver su situación, que les ha condenado a una gravísima situación de inseguridad e incertidumbre al mismo tiempo que miles de usuarios nuevos cada día solicitan sus servicios.

En este sentido, el Comité exige que se aclare de forma objetiva y razonable qué actividades podremos clasificar como “trabajo” en el sentido más literal del término. Sin embargo, como en tantas otras ocasiones en el área laboral de nuestro ordenamiento, tendremos que conformarnos con indicios: de esta forma, el Comité entiende que serán los indicios habituales en nuestro Derecho interno (como, por ejemplo, la subordinación o inclusión en un modelo de organización y dirección específico o la remuneración fija, etc.) los que nos permitan determinar la existencia o inexistencia de una relación laboral.

Asimismo, el Comité aboga por implementar modelos de Seguridad Social que se adecuen a la realidad de la economía colaborativa y, en especial, a los profesionales autónomos. De esta forma se reformula una idea que, en el fondo, siempre ha permanecido en la mente de los legisladores comunitarios y es que, como normal general en los países de nuestro entorno, los sujetos incluidos en el régimen especial de trabajadores autónomos (RETA) no disfrutaran de los mismos derechos ni protección que los empleados por cuenta ajena.

Por último, el Comité de Empleo y Asuntos Sociales insta a la Unión Europea a promulgar una Directiva sobre las condiciones laborales mínimas que deberían regir o regular las relaciones entre las plataformas de economía colaborativa y los usuarios activos de las mismas. En nuestra opinión, sin olvidar la poca agilidad que acompaña a las instituciones comunitarias, coincidimos con el Comité en la necesidad de dicho texto normativo que obligue a los Estados miembro directamente puesto que, en caso contrario, el marco regulador de este tipo de entidades quedará al margen de nuestro ordenamiento por mucho más tiempo del deseado.

Un paso más hacia la regulación de las personas electrónicas

A raíz del Informe sobre Persona Electrónicas del pasado año, se ha dictado una Resolución del Parlamento Europeo de fecha 16 de febrero de 2017 (con 396 votos a favor, 123 en contra y 85 abstenciones), que propone establecer un marco normativo adecuado a la realidad de los robots y la inteligencia artificial en el mercado, garantizando "la seguridad, la privacidad, la integridad, la dignidad, la autonomía y la propiedad de los datos", según señala el texto que no tiene carácter vinculante.

Esta cuestión está ha generado en los últimos meses una auténtica marea de publicaciones, noticias y testimonios de relevantes personalidades que abogan por desarrollar una normativa eficiente en materia de inteligencia artificial.

En este sentido, si hace más o menos un año, un grupo de científicos, académicos y expertos de distintas especialidades, entre ellos, Stephen Hawking y Elon Musk (fundador de PayPal y Tesla), firmaban una suerte de manifiesto en el que solicitaban responsabilidad a la hora de gestionar la normativa aplicable a este asunto e implementar una suerte de renta universal (sin especificar la modalidad o sus condiciones) para paliar las posibles interferencias perjudiciales de la inteligencia artificial en el mercado laboral, ahora es Bill Gates quien entiende que debería revisarse la fiscalidad de los robots. En su opinión, los gobiernos deberían cobrar un tributo a las empresas que los compran y, para servir mejor al público, estos fondos podrían destinarse al desarrollo de políticas activas de empleo en otras actividades donde las habilidades de los humanos no pueden ser sustituidas por máquinas.

Sobre este particular, el fundador de Microsoft, alega que "si usted adopta una máquina que es capaz de realizar las tareas que antes hacía un trabajador, y a través de la financiación y formación correctas pone a esa persona a hacer otras cosas, entonces usted irá un paso por delante. Pero ese empleado pagaba impuestos a los que no puede renunciar, porque ésa es precisamente una de las maneras de financiar esa formación".

Por su parte, los europarlamentarios pretenden evitar que la legislación sea un obstáculo en el desarrollo de una tecnología que consideran de especial potencial en favor del ser humano. Sin embargo, exigen cierta cautela en su desarrollo, así como la creación de una Agencia Europea de Robótica que ofrezca asesoramiento técnico y ético a las autoridades competentes en la materia y la elaboración de una suerte de "código de conducta" que sirva de guía y complemento a la legislación.

En opinión de los representantes comunitarios, el último paso en este camino sería la creación de un "estatus jurídico específico" para las "personas electrónicas" con "derechos y obligaciones" aplicables a los robots más sofisticados.

Sin embargo, conviene finalizar reflexionando sobre una idea del Sr. Gates: será necesario establecer programas de transición cuanto antes, especialmente ante los colectivos más vulnerables (que suelen identificarse con las personas de menor formación) puesto que "es realmente malo que la gente en general sienta más miedo que entusiasmo con respecto a la innovación".

NewFusion: chips a sus empleados

Hace unos meses saltó a los medios de comunicación una noticia que, a muchos espectadores, dejó completamente anonadados: existe la posibilidad de utilizar microchips como una medida de control y/o gestión de los empleados.

En esa línea se encuentra NewFusion, una empresa belga de software especializada en marketing digital que decidió colocar unos chips a ocho de sus empleados con la finalidad de que éstos pudieran usarlos para acceder a las instalaciones corporativas, así como a los medios tecnológicos que utilizan para su prestación de servicios.

Tim Pauwels, socio director de NewFusion, aseguró en los medios de comunicación que la implantación de este sistema es absolutamente voluntario para sus empleados y que únicamente se utilizará para los fines anteriormente indicados, no pudiendo ser utilizado, por ejemplo, para geolocalizar a los empleados o controlar su desempeño profesional en modo alguno.

Sin embargo, o precisamente por eso, el debate no ha hecho más que comenzar: como todas las medidas innovadoras, esta noticia ha generado tantas opiniones a favor como en contra, dentro y fuera de la propia entidad.

En ese sentido, muchos se plantean qué beneficios obtiene la empresa de utilizar ese tipo de mecanismo intrusivo en el cuerpo de sus empleados si únicamente tienen las finalidades descritas. No obstante, la empresa defiende que estamos ante un inicio y que, en el futuro, esta tecnología podrá ser utilizada incluso para sustituir a los pasaportes o documentos de identidad de los ciudadanos, abonos transporte o incluir la información médica de los pacientes facilitando la actuación de los facultativos en caso de urgencia médica o accidente, por ejemplo. Consideran, por tanto, que aunque como pioneros, la aplicación que se le está dando a estos chips son muy elementales, todo desarrollo tecnológico requiere de un examen exhaustivo de la aplicación, evaluación y respuesta, así como, en definitiva, un mecanismo de “ensayo-error” para mejorar tanto posibles reacciones del cuerpo humano a los elementos extraños que se le imponen como posibles consecuencias sobre la salud de los sujetos a los que se aplica este mecanismo.

Por otro lado, desde la Dirección de NewFusion entienden que se haya generado este debate sobre la cuestión pero defienden su actuación advirtiendo que las finalidades de la implantación del chip son legítimas, y que hay otras medidas de control de las personas que afectan más a su libertad. Para justificar esta reflexión utilizan un ejemplo muy sencillo y claro: en Londres (o, en nuestra opinión, cualquier otra ciudad relevante) no puedes dar un simple paseo sin que alguna o varias cámaras de seguridad registren tus pasos. Y lo mismo ocurre con los terminales o dispositivos móviles que todos llevamos en nuestros bolsillos... Así las cosas, ¿no debería, por tanto, “abrirse un debate sobre qué información aceptas compartir con el mundo y cuál no, en lugar de que gobiernos o grandes organizaciones como Facebook o Google decidan lo que hacen con tus datos”...?



El humo de Glovo App

El pasado 26 de enero de 2017 se publicaba en Crónica Global una espeluznante noticia sobre la aplicación Glovo App. El hilo conductor de toda la publicación hace referencia a la disparidad de cifras y datos publicados por distintos medios de comunicación en los días precedentes, criticando la labor de los compañeros periodistas (del autor del citado texto) y, en definitiva, supone un importante varapalo para una empresa en pleno proceso de consolidación de su posición en el sector, así como de crecimiento exponencial pues, si bien no podremos dar por confirmado el número de usuarios, bien podemos garantizar que es fácil encontrar a uno de sus colaboradores por la ciudad.

Al margen del conflicto, o del posible daño reputacional que se haya podido generar, en este caso nos debemos centrar en un apartado muy específico de dicho artículo cuyo sugerente subtítulo no es otro que “los falsos autónomos de la economía no colaborativa”.

En dicho apartado se incluye una serie de información sobre los supuestos beneficios para los colaboradores: es decir, analizando la comisión media que se llevaría por cada encargo (que serían unos tres euros en referencia a otra noticia publicada), el número medio de pedidos en que puede colaborar cada uno de los usuarios de la plataforma (unos 100 al mes) y el tiempo medio de cada uno de los servicios que pueden atender (aproximadamente 30 minutos en cada desplazamiento), se extrae un resultado económico que, supuestamente, representaría la media de los ingresos obtenidos por los colaboradores. Sin perjuicio de la veracidad o no de dicha información, así como de la corrección o no de dichos datos, hechos estos que no estamos en posición de poner en duda, la realidad es que no pueden extraerse conclusiones tan severas de unos datos tan simples... ¡Todavía con menor autoridad cuando se comienza poniendo en duda toda la información publicada respecto de Glovo App! Sin perjuicio de que sea indiscutible la absoluta contradicción pública en la que vive dicha entidad.

Por último, y al margen de la rotundidad de la afirmación sobre la naturaleza de la relación jurídica que pueda unir a la plataforma con sus colaboradores (que ni la conocemos, ni es momento de discutir), esta noticia nos conduce, una vez más, a un gran debate que algunos “avanzados” a nuestros días llevamos tiempo inventando: el derecho laboral vs (o &) las plataformas de economía colaborativa. Y es que opiniones habrá tantas como “expertos” en la materia pero la realidad es que resulta imposible hablar de economía colaborativa sin plantearse determinadas cuestiones de índole laboral.

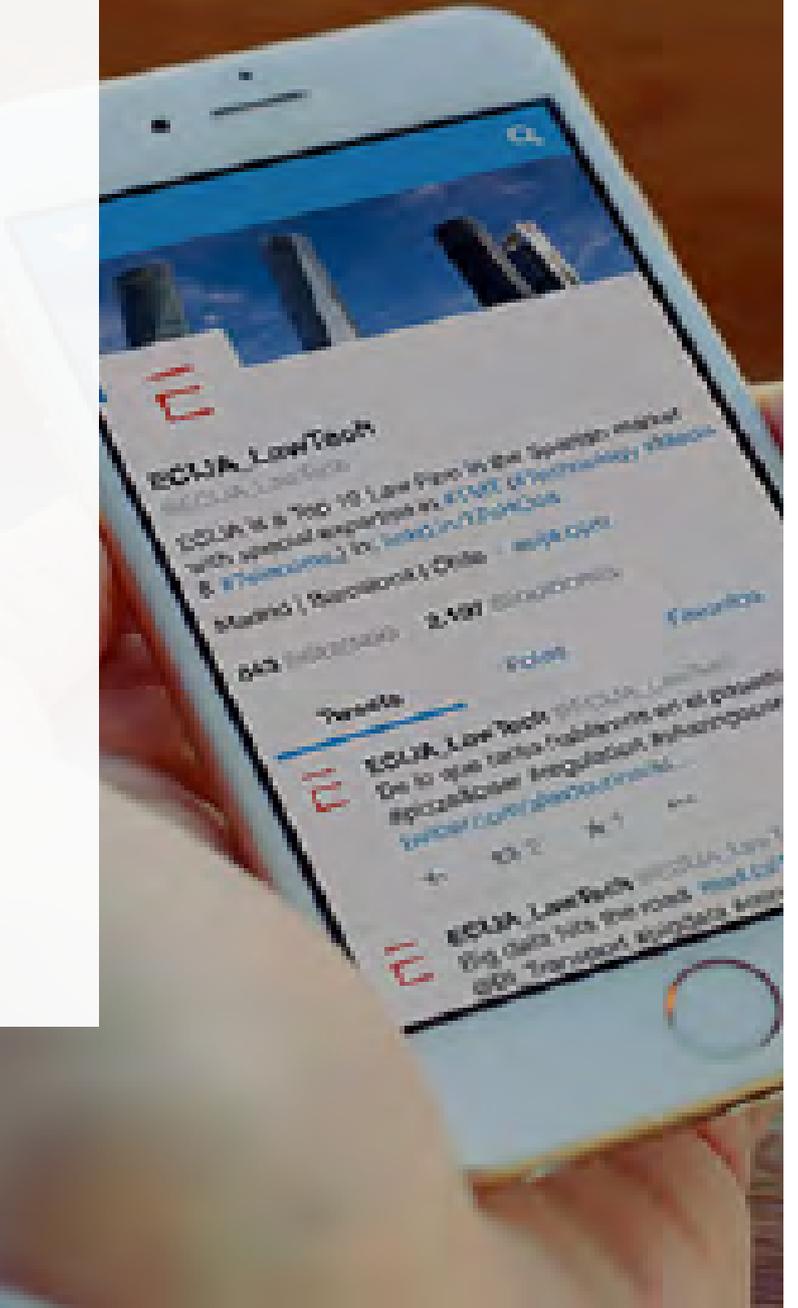


Contacto

Raúl Rojas
Socio
rrojas@ecija.com
91. 781 .61. 60

Erika Moraleja
Abogada
emoraleja@ecija.com
91. 781 .61. 60

Pº Castellana 259C
Torre de Cristal
28046 Madrid
www.ecija.com



Este report sido elaborado por el área de
Derecho Laboral de ECIJA



www.ecija.com