

DOS AÑOS DE LA ADAPTACIÓN DE JORNADA LABORAL: CLAVES DE LA NUEVA REDACCIÓN DE LA NORMA Y RETOS PARA LAS EMPRESAS

EN BREVE

En marzo de 2019, el Real Decreto-Ley 6/2019, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, efectuó una importante modificación al derecho de adaptación de jornada, regulado en el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores (ET).

Del redactado anterior, con poca incidencia práctica y pasando casi desapercibido, se ha pasado a un derecho de ejercicio autónomo que está teniendo cada vez más protagonismo tanto en las empresas y los departamentos de gestión de personas como, consecuentemente, en los juzgados. Así, al amparo de este derecho, las personas trabajadoras pueden solicitar adaptar su jornada laboral (sin reducción de la jornada ni reducción proporcional del salario) por medio de múltiples manifestaciones

SUMARIO

1. Novedades más relevantes del nuevo texto redactado
2. Claves de las sentencias tras la nueva redacción
 - Las mujeres, las que más lo solicitan para el cuidado de un hijo menor
 - Cambio de turno, concreción horaria y combinación con reducción de jornada: los hits de las peticiones de adaptación
 - Los juzgados premian la negociación



ELISABET CALZADA I OLIVERAS

Asociada sénior del área laboral en Cuatrecasas



CRISTINA RODRÍGUEZ ELÍAS

Asociada sénior del área laboral en Cuatrecasas

NOVEDADES MÁS RELEVANTES DEL NUEVO TEXTO REDACTADO

Cabe destacar, de entre las importantes novedades que recoge el nuevo artículo 34.8 ET, las siguientes:

- Frente a la redacción anterior, en la que las personas trabajadoras tenían derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada, **con el nuevo texto tienen también derecho a adaptar la ordenación del tiempo de trabajo y forma de prestación** (cambio de turno o de turno fijo, nueva concreción horaria,



▶ LEGISLACION www.globaleconomistjurist.com

- Constitución Española (Marginal: 69726834)
- Código Civil (Marginal: 69730142)
- LEY 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (Marginal: 64252)
- Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres (Marginal : 71890761)
- Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación (Marginal : 71392066)
- Real Decreto-ley 18/2020, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo.
- Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.
- Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.
- Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (Marginal: 69456622)
- Código deontológico de la Abogacía Española (Marginal: 70298874)

entrada/salida flexible, etc.), incluido el trabajo a distancia. Para ello es preciso llegar a un acuerdo con el empresario y, en esa negociación, ambas partes deberán exponer sus necesidades de conciliación, por un lado, y organizativas/productivas, por el otro.

- Con el anterior redactado, era necesario acuerdo para el ejercicio efectivo del derecho, bien en negociación colectiva, bien a nivel individual, de modo que, en ausencia de previsión convencional o acuerdo individual, el trabajador carecía de derecho de adaptación. **En el nuevo artículo la negociación colectiva únicamente establece sus condiciones de ejercicio**, reconociéndose *ex novo* un derecho autónomo del trabajador a adaptar su jornada.
- Es por ello que, quizás, el mayor protagonismo se lo lleva el procedimiento de negociación *ad hoc* e individual previsto en la nueva redacción. Así, salvo previsión colectiva que establezca algo distinto, **la solicitud de adaptación de jornada abrirá un proceso de negociación individual**, con las siguientes premisas: máximo de treinta días de duración, finalización mediante una decisión empresarial por escrito (que

“CON EL NUEVO TEXTO TIENEN TAMBIÉN DERECHO A ADAPTAR LA ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO Y FORMA DE PRESTACIÓN”

JURISPRUDENCIA www.globaleconomistjurist.com

- Sentencia del Tribunal Supremo Num. Res. 459/2018 - Num. Rec. 2747/2015 - 20-03-2018 (Marginal: 70447789).
- Sentencia Tribunal Supremo Num. Res. 775/2019 - Num. Rec. 2875/2017 - 13-11-2019 (Marginal: 71391744).
- Sentencia Tribunal Supremo Num. Res. 115/2020 - Num. Rec. 3801/2017 - 06-02-2020 (Marginal: 71669312).
- Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Madrid Num. Res. 982/2009 - Num. Rec. 2315/2009 - 16-11-2009 (Marginal: 1776660).

“LA SOLICITUD DE ADAPTACIÓN DE JORNADA ABRIRÁ UN PROCESO DE NEGOCIACIÓN INDIVIDUAL”

acceda a la solicitud, plantee una alternativa o la deniegue) y justificación, en caso de denegación de la adaptación de jornada solicitada, de las razones objetivas que sustentan dicha decisión.

Desde la entrada en vigor del nuevo redactado se han incrementado las peticiones de adaptación de jornada y ello ha propiciado un **número importante de resoluciones judiciales sobre la materia**, eminentemente casuística.

CLAVES DE LAS SENTENCIAS TRAS LA NUEVA REDACCIÓN

A. Las mujeres, las que más lo solicitan para el cuidado de un hijo menor. De nuevo, este derecho conciliatorio es solicitado de forma mayoritaria por mujeres. De un total de 109 sentencias analizadas, el 74% de las solicitudes de adaptación de jornada se efectúa por mujeres. Además,

el grueso de solicitudes se realiza para el cuidado de un hijo menor (más del 90%).

B. Cambio de turno, concreción horaria y combinación con reducción de jornada: los hits de las peticiones de adaptación. Casi el 50% de las solicitudes de adaptación de jornada se plantean invocándose de manera conjunta con el derecho de reducción de jornada (por lo tanto, hay una suma de solicitudes: art. 34.8 + 37.6 ET). Ello es así porque, muchas veces, lo solicitan personas trabajadoras que ya venían prestando servicios en reducción de jornada por motivos de conciliación. Además, lo más pedido (dentro de las múltiples manifestaciones que permite la nueva redacción) son la petición de cambio de turno o de turno fijo y la concreción horaria (ambas próximas al 40%). Sin embargo, el traslado (1%) y la solicitud de trabajo a distancia (7%) tienen menos demanda, aunque este último podría incrementarse tras este año de teletrabajo debido al Covid19.

C. Los juzgados premian la negociación. La negociación entre las partes (empresa y persona trabajadora solicitante de la adaptación) es uno de los elementos que se toman en consideración en sede judicial (en un 57% de ellas). Así las cosas, el 90% de las sentencias analizadas en las que se manifiesta expresamente que no ha existido negociación entre las partes reconocen la solicitud de adaptación, frente a un 10% que la deniegan.

Los juzgados ponderan los intereses de las partes: “razonabilidad” y “proporcionalidad”. En las resoluciones analizadas se acaba realizando una ponderación entre los argumentos esgrimidos por las partes, llevándose a cabo un estudio entre los motivos planteados por la persona trabajadora y las causas de carácter organizativo que alega la empresa. En este sentido, algunas de las sentencias recogen también el sentir que expresamente se incluye en la Exposición de Motivos del **Real Decreto-Ley 6/2019**, intentando corregir las desigualdades y fomentando la corresponsabilidad.

Para concluir, cuando la modificación del precepto que nos ocupa vio la luz, en marzo de 2019, advertimos sobre el peligro a nivel de gestión de un posible alud de solicitudes para las direcciones de gestión de personas de las

empresas. Sin embargo, y como consecuencia evidente de la pandemia, **las solicitudes no solo no se han producido en grandes cantidades, sino que probablemente se han vehiculado a través del denominado plan MeCuida.** A medida que vamos entrando en la denominada nueva normalidad, pensamos no solo que el número de solicitudes de adaptación en virtud del **art. 34.8 ET** puede ir en aumento, sino que pueden, por un lado, decantarse por otro tipo de adaptaciones distintas de los turnos o la jornada (estamos pensando, sobre todo, en teletrabajo) y, por el otro, pueden plantearse retos jurídicos y de gestión de RRHH importantes, tomando en consideración las recientes novedades normativas en materia de trabajo a distancia (**RDL 28/2020**) y planes de igualdad (RD 901/2020). Así, será relevante que los departamentos de gestión de personas no sólo estén familiarizados con el régimen jurídico de aplicación al trabajo a distancia, sino también de una posible feminización del mismo y, consecuentemente, de la recomendación de diagnosticar posibles retos en materia de promoción, formación o retribución de trabajadores a distancia.

“CASI EL 50% DE LAS SOLICITUDES DE ADAPTACIÓN DE JORNADA SE PLANTEAN INVOCÁNDOSE DE MANERA CONJUNTA CON EL DERECHO DE REDUCCIÓN DE JORNADA”

“LA NEGOCIACIÓN ENTRE LAS PARTES ES UNO DE LOS ELEMENTOS QUE SE TOMAN EN CONSIDERACIÓN EN SEDE JUDICIAL”

Comunicación de oficio promovida por la autoridad laboral ante la sala competente del tribunal superior de justicia en impugnación de convenio colectivo (art. 163 LRJS)

Marginal: 908796

A LA SALA DE LA SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE [1]

D./D^a, mayor de edad, provisto/a de D.N.I. nº, actuando en su calidad de de la Dirección General de Relaciones Laborales adscrita a la Consejería de Trabajo de la Comunidad Autónoma de, con domicilio en....., ante esta Sala de lo Social comparece y como mejor en derecho proceda, **DICE:**

Que por medio del presente escrito y con amparo procesal en el art. 163 y concordantes de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS), promueve de oficio mediante la presente comunicación, IMPUGNACION DE CONVENIO COLECTIVO, siendo las partes integrantes de la Comisión Negociadora las detalladas seguidamente:

- 1) La Central Sindical, con domicilio en
- 2) La Central Sindical, con domicilio en
- 3) La empresa, con domicilio en

La impugnación comunicada se basa en los siguientes

HECHOS

PRIMERO.- El día, la representación sindical y empresarial demandadas, suscribieron el IV Convenio Colectivo de la expresada empresa, cuyo ámbito de aplicación se extiende a todos los centros de trabajo que ésta tiene actualmente en la Comunidad Autónoma de, con vigencia desde el día al día

SEGUNDO.- La Comisión Negociadora lo presentó el día a la Delegación Territorial en de la Consejería de Trabajo de la Comunidad Autónoma para su registro y publicación en el Diario Oficial correspondiente.

TERCERO.- La Dirección General de Relaciones Laborales en trámite de control de legalidad, requirió a la Comisión Negociadora, para la corrección de determinados artículos con la prevención de que de no hacerlo podría dirigirse de oficio a la jurisdicción social, a los efectos previstos en el art. 90.5 del Estatuto de los Trabajadores (ET) y 163 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS), solicitando la nulidad de dichos artículos.

CUARTO.- En trámite de audiencia comparecieron el día, los representantes de las Centrales Sindicales anteriormente expresadas así como la representación empresarial, aportando ésta diversas sentencias de esta Sala y Resolución de esta Delegación Territorial en autorización de extinción de la relación laboral de 137 trabajadores, al objeto de que quedaran unidas al expediente, incluyendo una memoria justificativa, donde se afirma que la empresa dispone una cuota de mercado significativa, habiendo cerrado hasta la fecha sus ejercicios anuales con beneficios, argumentándose la necesidad de afrontar importantes inversiones financieras para asegurar la continuidad de la empresa, y que la figura tradicional de fijo discontinuo queda fuera del ámbito organizativo y productivo actual.

QUINTO.- El ya citado convenio colectivo objeto de la presente impugnación, contiene diversos artículos referidos a la clasificación profesional que se entiende conculcan la legalidad vigente:

a) En el art. 13 referido a la clasificación funcional, se acuerda extinguir las anteriores categorías profesionales, estableciendo nuevos niveles profesionales para los trabajadores que en lo sucesivo ingresen en la empresa con su correspondiente nivel salarial. Se mantienen las antiguas con sus retribuciones sólo para aquellos trabajadores a quienes actualmente se les viene aplicando.

b) Por su parte, el art. 24 fija una retribución diferente para los trabajadores en relación a su fecha de ingreso en la empresa, respecto a determinados conceptos (complemento puesto de trabajo, plus compensatorio sábados, domingos y festivos, plus adelanto turno, plus compensación bocadillos e incentivos de producción, pluses de mantenimiento, plus jornada ininterrumpida, antigüedad). Estos conceptos retributivos se declaran a extinguir pero se mantienen para quienes los venían percibiendo por el Convenio del año anterior.

c) El art. 18.4 establece que el personal que presta sus servicios en actividades de Energía, por no existir posibilidad de interrumpir el trabajo, el descanso diario para bocadillos, se llevará a efecto en el mismo puesto de trabajo pero manteniendo la atención y responsabilidad, compensándose con el abono de un plus de euros por día trabajado.

d) El art. 44.2.2, por su parte, establece para la excedencia un mínimo de 5 años ininterrumpidos al servicio de la empresa.

e) En el art. 57 del convenio se acuerda modificar la situación de 107 trabajadores fijos dis-

continuos que se transforman en fijos a tiempo parcial. A efectos de la aplicación de dicha prevención estos trabajadores han suscrito una petición individual en este sentido. En el último párrafo de este artículo se establece que de cada tres bajas que se produzcan, se transformará un contrato a tiempo parcial en otro a tiempo completo hasta que todo este colectivo obtenga tal condición.

SEXTO.- Dicho lo anterior, esta Autoridad Laboral sostiene que estos acuerdos violan la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el principio de igualdad y no discriminación, al establecerse un status laboral distinto (diferentes categorías, distinta retribución y diferentes conceptos retributivos) a partir de la entrada en vigor del convenio, según se trate de trabajadores que ya están en la empresa o que ingresen posteriormente, lo que significa dar un trato diferente a quienes realizan idéntico trabajo.

La alegación de la empresa de que estamos en presencia de la conservación de una condición más beneficiosa no puede compartirse. El art. 82.3 ET establece la eficacia erga omnes de los convenios colectivos estatutarios, sin que estemos en presencia de condiciones individuales de trabajo sino colectivas que afectan a condiciones que son esenciales (categoría, salario, conceptos retributivos), ni adjetivas como podría ser un complemento salarial.

La sentencia del Tribunal Supremo de 26-2-92 ya indicaba que no cabe la conservación de condiciones más beneficiosas de origen normativo, que la condición más beneficiosa no tiene su origen en una norma jurídica, concretamente un convenio colectivo, pues incluso caben convenios regresivos, sin que quepa sostener que un convenio es fuente de condición más beneficiosa.

El Tribunal Constitucional en su sentencia 144/1988 señala que « el principio de igualdad que garantiza la Constitución, art. 14, y que está protegido en último término por el Recurso Constitucional de Amparo, art. 35.2, opera como tantas veces se ha dicho en dos planos. De una parte frente al Legislador o frente al poder reglamentario impidiendo que uno u otro puedan configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que desde todos los puntos de vista legítimamente adoptados se encuentren en la misma situación o dicho de otro modo impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la Constitución». El propio TC en su sentencia 177/1993 nos dice que « el convenio con valor normativo y en consecuencia inscrito en el sistema de fuentes del derecho está subordinado por ello mismo a las norma de mayor rango en virtud del respeto al principio de jerarquía reconocido constitucionalmente ateniéndose al elenco de los derechos fundamentales acogidos en nuestra Constitución y muy especialmente al que proclama la igualdad y veda cualquier discriminación. De ahí que en tales convenios no puedan establecerse diferencias de trato arbitrarias e irracionales entre situaciones iguales o equiparables y muy especialmente en caso de identidad de trabajo ».

La propia sentencia TC 177/93 establece que no toda desigualdad de trato en la Ley supone una infracción del art. 14 de la Constitución, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable.

En este caso la diferencia de trato resulta evidente ya que las demandadas alegan para justificar la ruptura del equilibrio entre retribución y trabajo respecto de determinados trabajadores que resultan desfavorecidos, la necesidad de creación de empleo.

Aunque esta Autoridad Laboral comparte la preocupación de las partes negociadoras del

convenio en favor de la creación de empleo, no parece que la redacción de los arts. 13 y 24 del convenio colectivo suponga creación alguna de puesto de trabajo, ni siquiera mantenimiento del nivel de empleo con que pudiera gozar la empresa con anterioridad, por lo que no puede ser aceptado como justificación objetiva y razonable de la desigualdad que tales artículos establecen respecto de los trabajadores de nuevo ingreso en una empresa que según propia manifestación ha venido hasta ahora cerrando sus ejercicios anuales con beneficios y que simplemente entiende que la figura tradicional del fijo discontinuo queda fuera del ámbito organizativo y productivo anual. No hay aquí por tanto nueva contratación de trabajadores sino una mera transformación de la denominación de los contratos de acuerdo con la actual regulación en la materia en la que el contrato fijo discontinuo ha quedado subsumido en el contrato a tiempo parcial. No hay tampoco transformación ni de trabajadores con contrato temporal, en trabajadores con relación laboral indefinida, ni paso de trabajadores fijos discontinuos a la situación de trabajador con jornada completa de prestación de servicios. La única posibilidad de que opere tal transformación sería la prevista en el último párrafo del art. 57 en el que se dice « de cada tres bajas que se produzcan se transformará un contrato a tiempo parcial en otro a tiempo completo hasta que todo el colectivo obtenga tal condición », de lo que resultará que de cada tres bajas que se produzcan en algunas de las secciones mencionadas en el referido precepto convencional, una sería cubierta por uno de estos trabajadores del colectivo de 107 ya mencionados, con lo que a medio plazo no sólo no se crea empleo neto sino que la plantilla se vería claramente reducida pasando de estar configurada por los actuales trabajadores fijos a tiempo completo a un único colectivo notablemente inferior en virtud de la amortización señalada.

El TS en su reciente sentencia de 22-1-1996 dictada en recurso de casación ordinaria ha dicho en un caso similar: « En el supuesto litigioso se establece un diferente régimen retributivo entre trabajadores cuya diferencia radica no en la intensidad, naturaleza, duración u otros particulares atinentes a la actividad laboral a desarrollar, sino exclusivamente, en el momento de la contratación: es el hecho de la contratación posterior a la firma del convenio el determinante de la menor retribución, sea aquélla de carácter indefinido sea de carácter temporal. Se rompe, pues, el equilibrio de la relación entre retribución y trabajo respecto de determinados trabajadores que resultan desfavorecidos, con relación a otros de la misma empresa por razón de un mandato tan inconsistente a tal fin cual es el de la fecha de contratación»; afirmando finalmente: « la norma paccionada que se cuestiona, aspecto sustancial de las relaciones laborales, pues como dice la sentencia del TC 177/1993, de 31 de mayo, la ruptura de la ecuación entre salario y trabajo - a igual tarea igual retribución - vulnera el art. 14 en el marco que le prestan los arts. 1 y 9 de la Constitución ».

La doctrina expuesta es de aplicación al supuesto que nos ocupa, lo que debe hacer prosperar la presente demanda de oficio, declarándose la nulidad de los preceptos indicados al conculcar la legalidad vigente y lesionar gravemente el interés de los trabajadores afectados por el convenio impugnado.

Lo mismo puede decirse del art. 18.4 del convenio, al infringir la norma mínima de derecho necesario del art. 34.4 del ET.

Finalmente, resulta igualmente nulo el art. 42.2 del convenio al infringir abiertamente lo dispuesto por el art. 46.2 del ET que limita la antigüedad del trabajador en la empresa en un año para situarse en excedencia voluntaria, por lo que el plazo de cinco años a que se refiere el convenio restringe y no mejora lo dispuesto por la norma legal.

A los anteriores extremos les son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS JURIDICOS

I.- Arts. 9.5 y 75.1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación a los arts. 1 y 2, letra m) y 7 a) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS), en cuanto a la competencia de esta Sala de lo Social respecto a la cuestión litigiosa promovida.

II.- Esta Autoridad Laboral ostenta legitimación para promover el presente proceso de conformidad con el art. 163.1 LRJS.

III.- El proceso a seguir es el contemplado en los arts. 80 a 101 LRJS, con las particularidades a que se refieren los artículos 163 a 166 de la misma Ley.

IV.- En relación al asunto debatido, son de aplicación los arts. 4, 34.4, 46.2, 82 y 91 del Estatuto de los Trabajadores, todos ellos referidos a las materias recogidas en los preceptos del convenio colectivo impugnado cuya nulidad se demanda, así como a su validez e interpretación.

V.- La jurisprudencia referida en la presente comunicación.

VI.- Los demás que sean de aplicación al caso debatido conforme al aforismo « da mihi factum, dabo tibi ius ».

En su virtud,

A LA SALA DE LO SOCIAL, SUPLICO: Que teniendo por presentada en forma la presente comunicación de oficio con sus correspondientes copias, se la admita y tras los trámites legales oportunos, dicte sentencia por la que apreciando se conculca la legalidad vigente lesionándose gravemente el interés de los trabajadores afectados, se declare la nulidad por contrarios a derecho de los artículos 13, 18.4, 24, 44.2.2 y 57 del IV Convenio Colectivo de la empresa, mandando a las partes interesadas a estar y pasar por dicha declaración.

PRIMERO OTROSI DIGO: Que debiendo ser parte el Ministerio Fiscal en el presente proceso, sea citado conforme lo establecido en el art. 164.6 LRJS.

SEGUNDO OTROSI DIGO: Que conforme lo contemplado por el art. 164.5 LRJS, sea citado el Abogado del Estado.

TERCERO OTROSI DIGO: Que conforme lo dispuesto por el art. 164.7 LRJS, se acompaña con la presente comunicación el convenio colectivo impugnado y copias del mismo para las demás partes en el proceso.

A LA SALA DE LO SOCIAL SUPLICO: provea de conformidad con lo solicitado.

En, a de de 200....

NOTAS

[1] La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia conocerá en única instancia de los procesos que afecten, como en el supuesto contemplado, a intereses de los trabajadores y empresarios en ámbito superior al de un Juzgado de lo Social y no superior al de la Comunidad Autónoma. (arts. 75.1º LOPJ y art. 7 a/ LRJS)