



ANTRÁS
ABOGADOS ASOCIADOS

Desde 1940



NOVIEMBRE 2020

NEWSLETTER



La distribución irregular de la jornada como medida de ajuste.

La convulsa realidad económica en la que nos ha situado la COVID-19 ha determinado la necesidad de que las empresas, en muchos casos, hayan adoptado alguno, sino algunos, de los diversos tipos de expedientes de regulación temporal de empleo que la legislación de emergencia nos ha ofrecido. Sin duda, estos ERTES han constituido el mecanismo más apropiado para hacer frente a situaciones, en principio, temporales de pérdida de actividad y seguramente tengan que continuar empleándose incluso más allá del 31 de enero de 2021. Junto a estas medidas, y al margen de las decisiones extintivas que se pueden ver abocadas a adoptar, las empresas pueden tomar otras medidas de flexibilidad interna que, garantizando la continuidad y viabilidad de la empresa, permiten una cierta adaptación de sus recursos y costes al contexto económico. Nos referimos a la distribución irregular de la jornada o la modificación de las condiciones de trabajo en materia de jornada, horario, funciones y, especialmente, salario. Unas medidas de flexibilidad interna que, en un contexto en el que la cláusula de salvaguarda del empleo o la prohibición del despido por causas relacionadas con el COVID-19, pueden imponer restricciones al despido, se revelan como una alternativa especialmente idónea.

Centrando nuestra atención ahora en la distribución irregular de la jornada prevista en el art. 34.2 del TRLET debe reseñarse que, si bien se tiende a pensar en la misma como un mecanismo previsto para hacer frente a incrementos de

demanda, es también, un recurso que permite ajustar la jornada de trabajo a fenómenos de descenso de la actividad productiva, al permitir trasladar parte de la jornada ordinaria coyunturalmente innecesaria a un momento posterior.

La distribución irregular de la jornada puede canalizarse a través de dos mecanismos alternativos:

1º) El que venga determinado y regulado por el convenio de aplicación o, en su defecto, por el acuerdo de empresa que se hubiera podido concluir con los representantes de los trabajadores. Una primera vía que, en caso de existir, será la que establezca los procedimientos y condiciones a los que habrá de ajustarse la distribución irregular.

2º) En defecto de esa regulación colectiva, la ley reconoce la posibilidad de que la empresa pueda distribuir de manera irregular a lo largo del año el diez por ciento de la jornada de trabajo.

En la reciente SAN de 28 de octubre de 2020 encontramos un interesante ejemplo de aplicación de este mecanismo en el contexto de la crisis generada por el COVID-19. En el supuesto enjuiciado, la empresa, tras un periodo de consultas con la representación de los trabajadores que concluyó sin acuerdo, comunica a una parte de sus trabajadores la no prestación de servicios en el periodo del 14 al 24 de abril, cargando estas horas a una “Bolsa de Horas de Permiso Retribuido” a devolver a la compañía. Para ello se posibilitaban



dos opciones: la primera consistía en solicitar vacaciones por ese periodo del 14 al 24 de abril, con el beneficio de que la empresa concedería un día adicional de vacaciones sin cargo al cómputo anual (9 x 8). La segunda opción consistía en recuperarlas bien con cargo a días libres retribuidos (puentes) correspondientes al exceso de calendario laboral de 2020 o bien a través de la ampliación de la jornada diaria de trabajo a partir de septiembre. Adicionalmente, y con carácter voluntario, se permitiría la recuperación con cargo a vacaciones correspondientes al año 2020. La sentencia tras descartar que estemos ante el permiso obligatorio recuperable impuesto por el RDL 10/2020 –se debe recordar, entre otras cosas, que el mismo se estableció para otro periodo– confirma que nos situamos en el ámbito de la distribución irregular de la jornada sin que quepa calificarse como una modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Adicionalmente la Audiencia Nacional considera que la posibilidad de calificar el periodo de descanso como vacaciones no vulneraba la normativa en materia de vacaciones por cuanto la decisión se toma con el acuerdo del trabajador y el convenio prevé la posibilidad de fraccionarlas en dos periodos. Más allá de las cuestiones que puede plantear la lectura de esta sentencia (por ejemplo, si es posible que la recuperación de los días no trabajados se haga descontando días de vacaciones) interesa ahora destacar la admisión de la funcionalidad de la distribución irregular y su no conceptualización como modificación sustancial de las condiciones de trabajo sino como decisión unilateral empresarial.

Nos encontramos, por lo tanto, ante una decisión que se sitúa en la órbita del poder de dirección ordinario de la empresa y que por ello no requiere la acreditación de ningún tipo de causa. Ello no debe llevarnos a pensar que estemos ante una facultad incondicionada o ilimitada, se deberán respetar los siguientes límites:

- Se debe respetar el límite del 10% de la jornada ordinaria aplicable a cada trabajador.
- La compensación de las diferencias, por

exceso o por defecto, entre la jornada realizada y la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo legal o pactada será exigible según lo acordado en convenio colectivo o, a falta de previsión al respecto, en el acuerdo con la representación de los trabajadores. En defecto de pacto, las diferencias derivadas de la distribución irregular de la jornada, el exceso o el defecto, deberán quedar compensadas en el plazo de doce meses desde que se produzcan.

- La distribución irregular debe respetar los períodos mínimos de descanso diario (doce horas entre jornadas) y semanal (un día y medio; dos en el caso de menores de edad).
- El trabajador debe conocer con un preaviso mínimo de cinco días el día y la hora de la prestación de trabajo resultante de la distribución irregular.
- En algún caso, los Tribunales han considerado que la expresión “en defecto de pacto” requiere que la decisión unilateral del empresario se adopte tras haber intentado alcanzar un pacto, de forma que la empresa sólo puede imponer la distribución irregular si ha intentado negociar con los representantes y no ha alcanzado un acuerdo. Es recomendable, de esta forma, que, con carácter previo a la imposición unilateral de la distribución irregular del 10% de la jornada, se intente negociar de buena fe con los representantes de los trabajadores, documentada la imposibilidad de alcanzar un acuerdo, por la causa que sea, sería ya viable la adopción de la medida en forma unilateral.
- Si nos situamos en una distribución irregular de la jornada regulada por el convenio, éste podría regular las condiciones de manera alternativa o diferente, aunque, en todo caso deberá respetar el descanso diario y semanal (sin perjuicio de su eventual acumulación) y el preaviso mínimo de cinco días (STS de 16 de abril de 2014).



Una equiparación legal a partir de 1 de enero y dos diferencias admitidas judicialmente en materia de permisos por nacimiento.

Una de las principales novedades del Real Decreto-ley 16/2016, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades ([véase el Newsletter especial que realizamos](#)) fue la ampliación y equiparación progresiva de los hasta entonces denominados permisos por maternidad y paternidad y que a partir de ese momento pasaban a denominarse permisos por nacimiento de hijo. La equiparación entre los popularmente conocidos como permisos de paternidad y maternidad se producía de manera progresiva y culminará este próximo 1 de enero de 2021 cuando el permiso de ambos progenitores será de 16 semanas. De esas 16 semanas, seis serán obligatorias, ininterrumpidas, posteriores al parto y a tiempo completo y ya no será admisible la cesión de ninguna semana del progenitor biológico al no biológico. Una normativa que es aplicable, en idéntico sentido y condiciones, para los supuestos de adopción y guarda con fines de adopción o acogimiento y para los empleados públicos.

Una de las lógicas de la reforma operada por el RDL 6/2019 fue el reforzamiento de las lógicas de la igualdad en los permisos por cuidado de hijos entre los progenitores con la idea de avanzar en la consecución de la igualdad real y efectiva y la corresponsabilidad. Una lógica que podría ponerse en cuestión con prácticas como la que recientemente ha tenido ocasión de enjuiciar el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 18 de noviembre. En este caso el TJUE debe resolver una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional francés, el Conseil de Prud'hommes de Metz, con relación a un convenio colectivo que reconocía un permiso

por cuidado de hijos exclusivamente a las mujeres trabajadoras. El TJUE ante la demanda de un trabajador varón que reclama el ejercicio de tal derecho en igualdad de condiciones que sus compañeras de sexo femenino aunque considera, de manera cuestionable, que la normativa europea no se opone “a la disposición de un convenio colectivo nacional que reserva a las trabajadoras que crían a sus hijos ellas mismas el derecho a un permiso una vez expirado el permiso legal de maternidad” advierte que ello será sólo si ese permiso adicional tiene por objeto la protección de las trabajadoras tanto en relación con las consecuencias del embarazo como en relación con su maternidad, no por lo tanto, en otro caso. Una justificación que deberá ser valorada por el tribunal nacional pero que puede ser cuestionable en un permiso que se concede tras agotar el previsto legalmente de 16 semanas, con independencia de las circunstancias concurrentes, especialmente en la modalidad que consistía en un permiso de un año sin sueldo.

La segunda de las diferencias en el disfrute de estos permisos viene de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 6 de octubre de 2020. En dicha sentencia, se reconoce el derecho de una madre soltera a disfrutar de 24 semanas de permiso por nacimiento y cuidado de hijo, al sumar a las 16 semanas de baja maternal las ocho que, en su día, habrían correspondido al padre. El Tribunal estima la pretensión de la demandante, quien tras disfrutar del permiso de maternidad solicitó al Instituto Nacional de Seguridad Social ocho semanas adicionales que habrían correspondido a la baja paternal. Se trata de una resolución controvertida que, en cualquier



Grabación de conversaciones y protección de datos.

El art. 89.3 de la Ley Orgánica de protección de datos y garantía de los derechos digitales establece que la utilización de sistemas para la grabación de sonidos en el lugar de trabajo se admitirá únicamente cuando resulten relevantes los riesgos para la seguridad de las instalaciones, bienes y personas derivados de la actividad que se desarrolle en el centro de trabajo y siempre respetando el principio de proporcionalidad, el de intervención mínima y las garantías previstas en los apartados anteriores. Como otros datos personales, la supresión de los sonidos conservados por estos sistemas de grabación se realizará en el plazo máximo de un mes desde su captación, salvo cuando hubieran de ser conservados para acreditar la comisión de actos que atenten contra la integridad de personas, bienes o instalaciones, en cuyo caso deberán ser puestas a disposición de la autoridad competente en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que se tuviera conocimiento de la existencia de la grabación. No son, sin embargo, estos los únicos requisitos que se exigen para la grabación de sonidos.

Recientemente la AEPD ha dictado una resolución por la que apercibe a una empresa por no haber informado con carácter previo, y de forma expresa, clara y concisa, a los trabajadores y a sus representantes, de las medidas implantadas en la empresa, como en este caso, la utilización, por parte de las encargadas, de grabadoras de voz para el correcto desarrollo del trabajo, al igual que se hace cuando informa a los trabajadores de la utilización de grabaciones de imágenes.

Debe recordarse, asimismo que esa información, conforme, el artículo 13 del RGPD, debe contener, entre otros elementos, la identidad y los datos de contacto del responsable del tratamiento; los fines del tratamiento y la base jurídica del mismo; el plazo durante el cual se conservarán los datos personales y los derechos existentes.

Cabe destacar que la AEPD no cuestiona ni la grabación de sonidos en el ámbito laboral, el supuesto que había determinado la implantación del sistema de grabación de sonido ni la forma de realización. En el caso, la empresa había facilitado a los encargados/as unas grabadoras que portaban colgadas del cuello y que podían utilizar para grabar las conversaciones mantenidas con las personas trabajadoras del centro de trabajo. La empresa justifica su utilización por el intento de agresión sufrido por una de las encargadas y las quejas del Comité de Empresa acerca de la forma de dirigirse las Encargadas de turno a las trabajadoras, añadiendo que no se graban situaciones personales sino sólo conversaciones de carácter laboral, considerando que el mero uso de una grabadora colgada al cuello es una medida disuasoria de una conducta agresiva y/o ofensiva, “ya que retiene instintos, y acciones que en caso de no ser grabados son palabra contra palabra, generando indefensión”.

La informació continguda en aquest Butlletí constitueix una síntesi que no pot ser aplicada sense un assessorament legal previ. Quedem a la seva disposició per a qualsevol comentari o aclariment sobre la informació continguda en aquest document a: newsletter@antras.net