



ANTRÀS
ADVOCATS ASSOCIATS

Des de 1940



NOVEMBRE 2020

NEWSLETTER

INFORMACIONS LABORALS

Novembre 2020



La distribució irregular de la jornada com a mesura d'ajust.

La convulsa realitat econòmica en la qual ens ha situat la Covid-19 ha determinat la necessitat que les empreses, en molts casos, hagin adoptat un, i de vegades més d'un, dels diversos tipus d'expedients de regulació temporal d'ocupació que la legislació d'emergència ens ha ofert. Sens dubte, aquests ERTOS han constituït el mecanisme més apropiat per fer front a situacions, en principi temporals, de pèrdua d'activitat, i segurament s'hauran de continuar utilitzant fins i tot més enllà del 31 de gener del 2021. Al costat d'aquestes mesures, i al marge de les decisions extintives que es poden veure abocades a adoptar, les empreses poden prendre altres mesures de flexibilitat interna que, garantint la continuïtat i la viabilitat de l'empresa, permeten una certa adaptació dels seus recursos i costos al context econòmic. Ens referim a la distribució irregular de la jornada o a la modificació de les condicions de treball en matèria de jornada, horari, funcions i, especialment, salari. Unes mesures de flexibilitat interna que, en un context en el qual la clàusula de salvaguarda de l'ocupació o la prohibició de l'acomiadament per causes relacionades amb la Covid-19, poden imposar restriccions a l'acomiadament, es revelen com una alternativa especialment idònia.

Centrant la nostra atenció ara en la distribució irregular de la jornada prevista a l'article 34.2 del TRLET, s'ha de ressenyar que, si bé es tendeix a pensar en aquesta mesura com un mecanisme previst per fer front a increments de demanda, també és un recurs que permet ajustar la jornada

de treball a fenòmens de descens de l'activitat productiva, en permetre traslladar part de la jornada ordinària conjunturalment innecessària a un moment posterior.

La distribució irregular de la jornada es pot canalitzar a través de dos mecanismes alternatius:

1r) El que vingui determinat i regulat pel conveni d'aplicació o, si no és possible, per l'acord d'empresa que s'hagués pogut concloure amb els representants dels treballadors. Una primera via que, en cas que existeixi, serà la que establirà els procediments i les condicions als quals s'haurà d'ajustar la distribució irregular.

2n) A falta d'aquesta regulació col·lectiva, la llei reconeix la possibilitat que l'empresa pugui distribuir de manera irregular al llarg de l'any el deu per cent de la jornada de treball.

En la recent SAN del 28 d'octubre de 2020 hi trobem un interessant exemple d'aplicació d'aquest mecanisme en el context de la crisi generada per la Covid-19. En el supòsit jutjat, l'empresa, després d'un període de consultes amb la representació dels treballadors que va concloure sense acord, comunica a una part dels seus treballadors la no prestació de serveis durant el període del 14 al 24 d'abril, i carrega aquestes hores a una "Borsa d'hores de permís retribuït", a retornar a la companyia. Per a això es possibilitaven dues opcions: la primera consistia a sol·licitar vacances per a aquest període del



14 al 24 d'abril, amb el benefici que l'empresa concediria un dia addicional de vacances sense càrrec al còmput anual (9 x 8). La segona opció consistia a recuperar-les bé amb càrrec a dies lliures retribuïts (ponts) corresponents a l'excés de calendari laboral del 2020 o bé a través de l'ampliació de la jornada diària de treball a partir del setembre. Addicionalment, i amb caràcter voluntari, es permetria la recuperació amb càrrec a vacances corresponents a l'any 2020. La sentència, després de descartar que estiguem davant del permís obligatori recuperable imposat pel RDL 10/2020 –s'ha de recordar, entre altres coses, que es va establir el mateix per a un altre període–, confirma que ens situem en l'àmbit de la distribució irregular de la jornada sense que s'hagi de qualificar com una modificació substancial de les condicions de treball. Addicionalment, l'Audiència Nacional considera que la possibilitat de qualificar el període de descans com a vacances no vulnerava la normativa en matèria de vacances, ja que la decisió es pren amb l'acord del treballador, i el conveni preveu la possibilitat de fraccionar-les en dos períodes. Més enllà de les qüestions que pot plantejar la lectura d'aquesta sentència (per exemple, si és possible que la recuperació dels dies no treballats es faci descomptant dies de vacances), interessa ara destacar l'admissió de la funcionalitat de la distribució irregular i la seva no conceptualització com a modificació substancial de les condicions de treball, sinó com a decisió unilateral empresarial.

Ens trobem, per tant, davant una decisió que se situa en l'òrbita del poder de direcció ordinari de l'empresa, i que per això no requereix l'acreditació de cap tipus de causa. Això no ens ha de portar a pensar que estiguem al davant d'una facultat incondicionada o il·limitada; s'hauran de respectar els límits següents:

- S'ha de respectar el límit del 10% de la jornada ordinària aplicable a cada treballador.
- La compensació de les diferències, per excés o per defecte, entre la jornada realitzada

i la durada màxima de la jornada ordinària de treball legal o pactada serà exigible segons el que s'ha acordat en conveni col·lectiu o, si no hi ha previsió sobre aquest tema, segons l'acord amb la representació dels treballadors. A falta de pacte, les diferències derivades de la distribució irregular de la jornada, l'excés o el defecte, hauran de quedar compensades en el termini de dotze mesos des que es produeixin.

- La distribució irregular ha de respectar els períodes mínims de descans diari (dotze hores entre jornades) i setmanal (un dia i mig; dos en el cas de menors d'edat).

- El treballador ha de conèixer amb un preavís mínim de cinc dies el dia i l'hora de la prestació de treball resultant de la distribució irregular.

- En algun cas, els tribunals han considerat que l'expressió “a falta de pacte” requereix que la decisió unilateral de l'empresari s'adopti després d'haver intentat aconseguir un pacte, de manera que l'empresa només pot imposar la distribució irregular si ha intentat negociar amb els representants i no ha arribat a un acord. És recomanable, d'aquesta manera, que, amb caràcter previ a la imposició unilateral de la distribució irregular del 10% de la jornada, s'intenti negociar de bona fe amb els representants dels treballadors. Documentada la impossibilitat d'aconseguir un acord, per la causa que sigui, ja seria viable l'adopció de la mesura de forma unilateral.

- Si ens situem en una distribució irregular de la jornada regulada pel conveni, aquest podria regular les condicions de manera alternativa o diferent, encara que, en tot cas, haurà de respectar el descans diari i setmanal (sense perjudici de la seva eventual acumulació) i el preavís mínim de cinc dies (STS del 16 d'abril del 2014).



Una equiparació legal a partir d'1 de gener i dues diferències admeses judicialment en matèria de permisos per naixement.

Una de les principals novetats del Reial decret llei 16/2016, de l'1 de març, de mesures urgents per a garantia de la igualtat de tracte i d'oportunitats ([vegeu la Newsletter especial que vam fer sobre la qüestió](#)) va ser l'ampliació i l'equiparació progressiva dels fins aleshores denominats permisos per maternitat i paternitat, i que a partir d'aquest moment passaven a denominar-se permisos per naixement de fill. L'equiparació entre els popularment coneguts com a permisos de paternitat i maternitat es produïa de manera progressiva i culminarà aquest 1 de gener del 2021 vinent, quan el permís de tots dos progenitors serà de 16 setmanes. D'aquestes 16 setmanes, sis seran obligatòries, ininterrompudes, posteriors al part i a temps complet, i ja no serà admissible la cessió de cap setmana del progenitor biològic al no biològic. Una normativa que és aplicable, en el mateix sentit i les mateixes condicions, per als supòsits d'adopció i guarda amb finalitats d'adopció o acollida i per als empleats públics.

Una de les lògiques de la reforma operada per l'RDL 6/2019 va ser el reforçament de les lògiques de la igualtat en els permisos per cura dels fills entre els progenitors, amb la idea d'avançar en la consecució de la igualtat real i efectiva i la corresponsabilitat. Una lògica que podria posar-se en qüestió amb pràctiques com la que recentment ha tingut ocasió d'enjudiciar el Tribunal de Justícia de la Unió Europea, en la seva sentència del 18 de novembre. En aquest cas, el TJUE ha de resoldre una qüestió prejudicial plantejada per un òrgan jurisdiccional francès, el Conseil de Prud'hommes de Metz, en relació amb un conveni col·lectiu que reconeixia un permís per cura de fills exclusivament a les dones treballadores. El TJUE, davant la

demanda d'un treballador home que reclama l'exercici d'aquest dret en igualtat de condicions amb les seves companyes de sexe femení, encara que considera, de manera qüestionable, que la normativa europea no s'oposa "a la disposició d'un conveni col·lectiu nacional que reserva a les treballadores que crien els seus fills elles mateixes el dret a un permís un cop expirat el permís legal de maternitat", adverteix que això serà només si aquest permís addicional té com a objecte la protecció de les treballadores tant en relació amb les conseqüències de l'embaràs com en relació amb la seva maternitat; no, per tant, en un altre cas. Una justificació que haurà de ser valorada pel tribunal nacional, però que pot ser qüestionable en un permís que es concedeix després d'esgotar el permís previst legalment de 16 setmanes, amb independència de les circumstàncies concurrents, especialment en la modalitat que consistia en un permís d'un any sense sou.

La segona de les diferències en el gaudi d'aquests permisos ve de la sentència del Tribunal Superior de Justícia del País Basc del 6 d'octubre de 2020. En aquesta sentència, es reconeix el dret d'una mare soltera a gaudir de 24 setmanes de permís per naixement i cura del fill, en sumar a les 16 setmanes de baixa maternal les vuit que, en el seu moment, haurien correspost al pare. El Tribunal estima la pretensió de la demandant, que després de gaudir del permís de maternitat va sol·licitar a l'Institut Nacional de Seguretat Social vuit setmanes addicionals que haurien correspost a la baixa paternal. Es tracta d'una resolució controvertida que, en qualsevol cas, no és ferma i ha estat recorreguda en cassació.



Gravació de converses i protecció de dades .

EL'article 89.3 de la Llei orgànica de protecció de dades i garantia dels drets digitals estableix que la utilització de sistemes per a l'enregistrament de sons en el lloc de treball s'admetrà únicament quan resultin rellevants els riscos per a la seguretat de les instal·lacions, béns i persones derivats de l'activitat que es desenvolupi en el centre de treball, i sempre respectant el principi de proporcionalitat, el d'intervenció mínima i les garanties previstes en els apartats anteriors. Com altres dades personals, la supressió dels sons conservats per aquests sistemes d'enregistrament es realitzarà en el termini màxim d'un mes des de la seva captació, excepte quan haguessin de ser conservats per acreditar la comissió d'actes que atemptin contra la integritat de persones, béns o instal·lacions; en aquest cas hauran de ser posades a disposició de l'autoritat competent en un termini màxim de setanta-dues hores des que es tingués coneixement de l'existència de la gravació. Aquests no són, no obstant això, els únics requisits que s'exigeixen per a la gravació de sons.

Recentment l'AEPD ha dictat una resolució per la qual adverteix una empresa per no haver informat amb caràcter previ, i de forma expressa, clara i concisa, els treballadors i els seus representants, de les mesures implantades a l'empresa, com en aquest cas la utilització, per part de les encarregades, de gravadores de veu per al correcte desenvolupament de la feina, igual que es fa quan s'informa els treballadors de la utilització de gravacions d'imatges.

Cal recordar, així mateix, que aquesta informació, d'acord amb l'article 13 de l'RGPD, ha de contenir, entre altres elements, la identitat i les dades de contacte del responsable del tractament; les finalitats del tractament i la base jurídica d'aquest; el termini durant el qual es conservaran les dades personals i els drets existents.

Cal destacar que l'AEPD no qüestiona ni la gravació de sons en l'àmbit laboral, el supòsit que havia determinat la implantació del sistema d'enregistrament de so, ni la forma de realització. En aquest cas, l'empresa havia facilitat als encarregats/ades unes gravadores que portaven penjades al coll i que podien utilitzar per gravar les converses mantingudes amb les persones treballadores del centre de treball. L'empresa justifica la seva utilització per l'intent d'agressió sofert per una de les encarregades i les queixes del comitè d'empresa sobre la forma de dirigir-se les encarregades de torn a les treballadores, i afegeix que no es graven situacions personals sinó només converses de caràcter laboral, considerant que el mer ús d'una gravadora penjada al coll és una mesura dissuasòria d'una conducta agressiva i/o ofensiva, "ja que reté instints i accions que, en el cas de no ser gravats, són paraula contra paraula, cosa que genera indefensió".

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