

ÍNDICE

1. Adaptación de jornada y libertad de empresa

Federico Durán López

2. La incertidumbre de las propuestas laborales del Gobierno en funciones

José Luis Cebrián

3. Flashs de actualidad

El PSOE propone un programa progresista con importantes modificaciones en el ámbito laboral y un nuevo Estatuto de los Trabajadores

Aprobada la Directiva sobre condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea

La normativa europea exigirá que las empresas de más de 50 empleados cuenten con un canal interno de denuncias

4. Sentencias

El derecho a solicitar una jornada a la carta debe ponderar los diferentes intereses personales y empresariales

Planteada una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre el cómputo de los 90 días en los despidos colectivos

Los tribunales dictan sentencias en diversos sentidos en relación con la naturaleza de la relación de los *riders*

El Tribunal Supremo aclara los criterios para encuadrar a los trabajadores de oficina en el “epígrafe a” correspondiente a los trabajos exclusivos de oficina

1. Adaptación de jornada y libertad de empresa

Federico Durán López

Una de las manifestaciones más significativas de la tendencia a ampliar la tutela de los derechos laborales imponiendo cargas crecientes a las empresas, es la de la nueva redacción dada al artículo 34.8 ET por el Real Decreto-ley 6/2019, que modifica la regulación sobre adaptación de jornada introducida por la Ley Orgánica 3/2017, de Igualdad (y ampliada por la Ley 3/2012).

La nueva regulación contiene novedades importantes y avanza significativamente en las posibilidades reconocidas al trabajador para adaptar su jornada laboral (y la forma de prestación del trabajo) en función de las necesidades de conciliación de su vida familiar y laboral. Antes de referir esas novedades, digamos ante todo que la nueva regulación, si no viene interpretada razonablemente, puede poner en peligro la organización de las actividades productivas de las empresas, anteponiendo no ya la necesidad sino el deseo o la conveniencia del trabajador a la defensa de la productividad (cuya tutela impone la libertad de empresa: artículo 38 de la CE). Las necesidades organizativas y productivas de la empresa vienen contempladas en la norma, que impone un tratamiento equilibrado entre ellas y las del trabajador. Pero, aparte de la doctrina judicial, que insiste en que las necesidades empresariales han de interpretarse restrictivamente y no cubren la mera conveniencia de la empresa, son muchos los frentes interpretativos abiertos, con el riesgo de que se conceda prioridad en todo caso a las exigencias de tutela antidiscriminatoria y de protección a la familia (artículos 14 y 39 de la CE), sin atender también a la libertad de empresa y a la defensa de la productividad (artículo 38 de la CE).

En sus primeros compases se ha considerado que la nueva redacción del artículo 34.8 consagra la *jornada a la carta* y son ya numerosas las solicitudes de *elección de jornada* (sobre todo de turno) a las que han debido enfrentarse las empresas. Ciertamente, el legislador trata de evitar que se perjudique gravemente a las actividades productivas y a la organización empresarial. Pero eso, si matiza el alcance del derecho reconocido, abre una vía de inseguridad jurídica, fomenta la intervención judicial en las relaciones laborales (afrentando, además, a veces, verdaderos conflictos de intereses más que jurídicos) y deja en última instancia en manos de los jueces (de lo social, puesto que no existe por regla general recurso contra sus sentencias) la gestión de delicadas cuestiones de organización empresarial.

¿Cuáles son los frentes interpretativos abiertos? Ante todo, si comparamos la actual redacción del 34.8 con la precedente, la regulación inicial era más amplia por cuanto hacía referencia a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, pero menos incisiva, por cuanto, si reconocía el derecho a la adaptación de la jornada, lo reconducía a lo que viniese establecido en la negociación colectiva o en el acuerdo individual. Ahora, la conciliación se contrae a la vida familiar, no personal, lo que excluye de entrada justificaciones para la adaptación que no tengan vinculación con situaciones familiares. Pero la regulación, aunque no se consagre ya el derecho a la adaptación de jornada sino el derecho a solicitarla, es más incisiva. No se trata de un mero derecho de petición, que podría sin más ser denegado, sino que, caso de regulación en convenio colectivo, puede constituir un verdadero derecho si se ejerce en los términos pactados, y, en todo caso, en ausencia de regulación convencional, la negativa empresarial a la solicitud ha de indicar las “razones objetivas” en que se sustenta.

En segundo lugar, como hemos indicado, los derechos de conciliación se refieren, exclusivamente, a la vida familiar. Suprimida toda referencia a la vida personal, son solo circunstancias familiares las que permiten su ejercicio. Bien es verdad que nuestro derecho adolece de una definición precisa de las circunstancias que justifican la conciliación. La Ley de Igualdad habla, en su artículo 44, de los derechos de conciliación de la vida personal y familiar, pero en su regulación se limita a contemplar situaciones familiares (la asunción de responsabilidades familiares), no personales, y desde la perspectiva de la igualdad entre sexos. Esta ausencia de regulación, hace que el artículo 34.8 haya de ser interpretado sistemáticamente con los artículos 37.4 bis y siguientes y 46.3 del ET. Los tres preceptos se estarían refiriendo a los mismos supuestos, todos motivados por necesidades familiares de cuidado de hijos o

familiares, si bien establecen algunos matices (de edad) y mecanismos jurídicos diferentes, desde la excedencia (artículo 46), a la reducción (artículo 37) o adaptación de jornada (artículo 34).

Interpretando conjuntamente estos preceptos, las necesidades de cuidado de hijos o familiares pueden servir de base para la solicitud de excedencia, de reducción o de adaptación de jornada, en los términos, respectivamente de los artículos 46, 37 y 34. La adaptación podrá solicitarse pues para el cuidado de menores o para el cuidado de familiares hasta el segundo grado.

En tercer lugar, en cuanto al ejercicio del derecho de (solicitud de) adaptación de jornada, no basta con la mera solicitud, o la simple descripción de la necesidad o conveniencia del trabajador, sino que este ha de aportar ya inicialmente alguna manifestación del carácter razonable y proporcionado de su petición. Si en convenio se pactan los términos de ejercicio del derecho, a ellos habrá que estar, prevaleciendo su regulación sobre los intereses individuales y pudiendo existir, a partir de los mismos, un verdadero derecho a obtener la adaptación pretendida. Cabe la duda, aquí, de si la negociación sectorial es apta para proceder a esta regulación, que parece que tiene que estar más cerca de las circunstancias organizativas y productivas específicas de las empresas. En todo caso, la posibilidad de una negociación más incisiva, con consagración de derechos concretos, parece que solo sería realista a nivel de empresa.

A falta de convenio, la ley prevé una negociación individual del trabajador con la empresa, en la que esta puede formular propuestas alternativas o denegar la petición, si bien en este caso aportando razones objetivas. El control de estas razones se confía a los jueces de lo social, sin posibilidad en principio de recurso. El juez ha de proceder a un juicio de razonabilidad y de proporcionalidad entre la pretensión del trabajador y las necesidades de la empresa. Y en el que habrá que tener en cuenta, aunque cierta doctrina judicial se niegue a ello, la afectación de los derechos e intereses de otros trabajadores. El problema es que ese juicio, en muchas ocasiones, abordará la resolución de un conflicto de intereses no jurídico. Una reciente sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Gijón, de 29 de agosto, razonable y bien fundada, pone sin embargo claramente de manifiesto que el juez está resolviendo un conflicto de intereses.

Por último, llama la atención la absoluta falta de referencia legislativa al papel de la libertad de empresa en la resolución de los conflictos derivados de la aplicación del 34.8. El artículo 38 de la CE consagra la libertad de empresa y compromete a los poderes públicos en la defensa de la productividad. La doctrina judicial recurre con frecuencia, como criterio interpretativo en estas materias, a la protección constitucional a la familia (artículo 39 de la CE), sin hacer mención sin embargo al artículo 38 de la CE y a la consagración de la libertad de empresa y de la defensa de la productividad que realiza.

Los jueces de lo social, a la hora de afrontar los conflictos de intereses derivados de las pretensiones de adaptación de jornada, deberían tener presente no solo unas genéricas necesidades organizativas y productivas de la empresa, que muchas veces se consideran subordinadas, sin más, a los derechos del trabajador, sino también las exigencias de la libertad de empresa y de tutela de la productividad. La aplicación del 34.8 no puede violentar las necesidades empresariales, pero tampoco debe erosionar la productividad empresarial.



2. La incertidumbre de las propuestas laborales del Gobierno en funciones

José Luis Cebrián

Transcurridos varios meses desde las elecciones generales del pasado 28 de abril y con una nueva convocatoria electoral de resultado incierto en el horizonte, España continúa con un Gobierno en funciones. En este escenario, el partido más votado ha publicado su *Propuesta abierta para un programa común progresista*, concretado en un programa de 370 medidas fruto de la ronda de encuentros con diversas organizaciones de lo que se ha denominado como *sociedad civil*.

Muchas y variadas son las medidas propuestas, aunque a los efectos de lo que aquí nos interesa nos centraremos en las referidas a las relaciones laborales.

Con carácter general, las medidas propuestas van en la dirección correcta. Sería imposible decir lo contrario cuando, además, la mayor parte de ellas, bajo otras denominaciones, también han formado parte de los programas electorales de otros partidos políticos (a salvo de las contramedidas sobre la reforma laboral de 2012). No obstante, su carácter genérico deja abiertas infinitas posibilidades en cuanto a su desarrollo, lo que aumenta la expectativa hasta que no conozcamos en qué consisten y cómo se concretan. Efectivamente, la elaboración de un nuevo Estatuto de los Trabajadores es algo que, simplemente por seguridad jurídica, se debería haber hecho hace ya mucho tiempo, máxime con la prolífica etapa legislativa que hemos vivido durante los últimos 12 meses y, sobre todo, a la vista de cómo los tribunales reinterpretaban una y otra vez sus preceptos (tanto el TJUE como nuestro Tribunal Supremo), pero su resultado dependerá del prisma desde el que se aborde. A este objetivo responde la proposición no de ley formulada por el Grupo Parlamentario Socialista ante la mesa del Congreso (Boletín Oficial de las Cortes de 9 de septiembre de 2019), aunque de su lectura tampoco podemos deducir contenido alguno.

Pero, sobre todas las medidas anunciadas, destacan las referidas a los procedimientos colectivos: despido colectivo, negociación de convenios y modificación sustancial de condiciones de trabajo, sin olvidar la más genérica referida a la modificación de lo que denominan los aspectos más lesivos de la reforma laboral de 2012 (entre los que deberíamos incluir las tres materias anteriores).

Por lo que respecta al despido colectivo, la propuesta se centra en la revisión de las causas. Es cierto que ni el texto legal ni su reglamentación de desarrollo, a través de las sucesivas modificaciones de ambos, han regulado de manera detallada las causas, pero también lo es que existe una prolífica jurisprudencia laboral que ha desarrollado y profundizado en las mismas y en sus matices, hasta el punto de que las declaraciones de nulidad de los procedimientos como consecuencia de una insuficiente claridad en las causas y en la documentación/justificación que las soporta, sobre la base de la indefensión, se han convertido algo habitual. En el resto de los supuestos, nos debatimos entre la declaración de procedencia o de improcedencia, según los casos.

Por lo tanto, el desarrollo normativo sobre el particular requiere de la publicación de un verdadero manual que ponga negro sobre blanco el amplio desarrollo jurisprudencial que existe sobre la materia, generalizando lo que, en principio, ha servido para resolver casos concretos, cuestión que se nos antoja como técnicamente imposible, sin perjuicio de que el texto recupere explícitamente el principio de proporcionalidad que, a su vez, se ha mantenido jurisprudencialmente inalterado. En conclusión, revisar las causas supone introducir cambios en el procedimiento y es en este punto donde las competencias de la Inspección de Trabajo y en especial de la autoridad laboral se verán ampliadas sin duda alguna.

Por lo que respecta a la ampliación del ámbito temporal del convenio colectivo, resulta difícil entender su oportunidad ya que, más allá de su discusión teórica, en la práctica la negociación colectiva y la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo lo han resuelto. Y aquí entran en juego otros elementos, ya que si se retoma el modelo de ultraactividad indefinida anterior a la reforma de 2012, la pregunta que debemos hacer es ¿y qué ocurrirá con los convenios de empresa negociados al amparo del actual artículo 84.2 del ET, con prioridad aplicativa sobre los sectoriales?, ¿mantendrán igualmente inalterada su vigencia por la vía de la ultraactividad, concurriendo indefinidamente y sin actualización económica? La respuesta queda en el aire porque, hasta donde hemos podido ver, ninguna mención explícita se hace en las medidas sobre este tipo de convenios.

En tercer lugar, sobre el alcance de la revisión de las causas y del procedimiento para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, de nuevo nos vemos obligados a volver la vista atrás, hacia el contenido del artículo 41 del ET según la redacción del Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. Esto supondría la reformulación de las causas en los términos en los que se desarrolle para los despidos colectivos y posiblemente la eliminación de la presunción sobre las causas relacionadas con la competitividad, productividad y organización técnica o del trabajo en la empresa; la supresión de la posibilidad de que la modificación opere sobre cuantía salarial del apartado 1.d), quedando reducida al sistema de remuneración; a la ampliación del plazo de preaviso hasta los 30 días; a considerar como de carácter colectivo cualquier modificación de condiciones reconocidas a los trabajadores en virtud de acuerdo o pacto colectivo o disfrutadas por aquellos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos. Y todo ello presumiendo que la actual redacción del apartado 4º no se vea alterada en lo que se refiere a la posibilidad de elegir a las comisiones ad hoc en los supuestos en los que no existe representación de los trabajadores (unitaria o sindical).

Finalmente, y en lo que afecta al resto de lo que denominan aspectos más lesivos de la reforma laboral de 2012, sin duda alguna la más controvertida a lo largo de estos años ha sido la recogida en el apartado 2º del artículo 84 del ET, esto es, los convenios de empresa con prioridad aplicativa. Aunque, como ya hemos hecho notar, nada menciona el documento al respecto, todo hace prever que será, llegado el momento, objeto de revisión, máxime si tomamos en consideración las reivindicaciones de los sindicatos sobre el particular.

En conclusión, con o sin unas nuevas elecciones, todo indica que las materias comentadas van a resultar modificadas y la incógnita seguirá siendo si conseguiremos evolucionar hacia nuevas fórmulas que resuelvan su problemática práctica, en parte ya superada por la negociación colectiva y los pronunciamientos jurisprudenciales o si, por el contrario, deberemos mirar hacia fórmulas anteriores.

3. Flashes de actualidad

El PSOE propone un programa progresista con importantes modificaciones en el ámbito laboral y un nuevo Estatuto de los Trabajadores

El Presidente del Gobierno en funciones, Pedro Sánchez, presentó el pasado 3 de septiembre el documento denominado *Propuesta abierta para un programa común progresista*. En él incluye propuestas que implicarían importantes reformas de la normativa laboral, entre las que podemos destacar la reforma de las causas de despido objetivo, la revisión de la negociación colectiva en los casos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo o la intensificación de las actuaciones de la Inspección de Trabajo.

El texto del documento se puede consultar en este [ENLACE](#).

En esta misma línea, el Grupo Parlamentario Socialista había presentado el 29 de julio de 2019 [una proposición no de ley](#) para que se debata en el Pleno del Congreso la elaboración y redacción de un nuevo Estatuto de los Trabajadores acorde a las realidades y circunstancias especiales del siglo XXI, compatibilizando el crecimiento económico con las mejoras de las condiciones de trabajo.

En esta Newsletter, el socio de Garrigues José Luis Cebrián analiza el contenido de estas propuestas en un artículo que se puede leer [AQUÍ](#).

Aprobada la Directiva sobre condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea

El Parlamento Europeo aprobó el pasado mes de julio la Directiva 2019/1152 relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea.

La directiva tiene como propósito mejorar las condiciones de trabajo mediante la promoción de un empleo que ofrezca una transparencia y una previsibilidad mayores, a la vez que se garantiza la capacidad de adaptación del mercado laboral.

De esta forma, la normativa comunitaria pretende dar respuesta a las nuevas formas de empleo que pueden ser muy diferentes de las relaciones laborales tradicionales. Entre otras cuestiones, la directiva refuerza la obligación por parte de los empresarios de proporcionar información suficiente a los trabajadores en relación con las condiciones de trabajo.

El texto completo de la directiva se puede consultar [AQUÍ](#).

La normativa europea exigirá que las empresas de más de 50 empleados cuenten con un canal interno de denuncias

El Consejo de la Unión Europea tiene previsto dar el visto bueno en los próximos días a la Directiva sobre la protección a los denunciantes de actuaciones ilícitas (conocidos como *whistleblowers*) aprobada por el Parlamento Europeo el pasado mes de abril. Las dos principales novedades de la norma son la obligación por parte de compañías y entes públicos de establecer un procedimiento interno para la recepción de denuncias, así como medidas de protección y salvaguarda para los denunciantes frente al despido y las represalias contra los mismos.

En concreto, se establece la obligación de que las empresas que tengan más de 50 empleados o un volumen de negocio igual o superior a 10 millones de euros cuenten obligatoriamente con un canal de denuncias interno, que garantice la confidencialidad del informante, impidiendo el acceso al mismo a terceras personas no autorizadas.



4. Sentencias

El derecho a solicitar una jornada a la carta debe ponderar los diferentes intereses personales y empresariales

En una sentencia de 29 de agosto de 2019, el Juzgado de lo Social nº 3 de Gijón ha desestimado la demanda de una trabajadora que había pedido adaptar su jornada en virtud del artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores para cuidar de su hijo menor que se encuentra a su cargo (lo que se viene denominando coloquialmente como “jornada a la carta”).

El juzgado considera que la empresa acreditó suficientemente los perjuicios organizativos que, en caso de acceder a la solicitud de la demandante, tendrían que soportar tanto la compañía como el resto de sus compañeros de trabajo. Por otro lado, se indica que es fundamental tener en cuenta la dimensión de la corresponsabilidad, sin que conste ninguna restricción del padre para el cuidado del niño.

Por último, se indica que el horario solicitado por la trabajadora no resulta totalmente eficaz para el cuidado del hijo menor, por lo que, en definitiva, se desestima la demanda al valorar en conjunto de los intereses en juego, indicando que si bien existe un interés legítimo de la actora, éste debe estar equilibrado con los intereses de la empresa.

Planteada una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre el cómputo de los 90 días en los despidos colectivos

El Juzgado de lo Social nº 3 de Barcelona ha planteado una cuestión prejudicial en relación con el cómputo de los umbrales de despido colectivo en 90 días de acuerdo con la directiva comunitaria.

La misma sostiene que, si bien la doctrina judicial española ha declarado que el cómputo debe realizarse hacia atrás, en la directiva no se indica expresamente si el cómputo de los 90 días deberá realizarse hacia atrás o hacia delante, señalando además que la posibilidad de computar hacia delante cumple con mayor rigurosidad el mandato establecido en el Estatuto de los Trabajadores de evitar el fraude.

Los tribunales dictan sentencias en diversos sentidos en relación con la naturaleza de la relación de los *riders*

Continúa el debate jurídico en torno a la naturaleza de la relación de los *riders* y las plataformas digitales de servicios con pronunciamientos diversos y contradictorios.

De esta forma, el pasado 22 de julio de 2019, [el Juzgado de lo Social nº 19 de Madrid dictó una sentencia](#) por la que se estimó la demanda interpuesta por la Tesorería General de la Seguridad Social declarando que los *riders* estaban sujetos a una relación laboral durante el tiempo que prestaron servicios para la empresa. Así, la resolución señala que los *riders* no son parte en los negocios jurídicos entre restaurantes y clientes y se limitan a la realización de un servicio de transporte. Además, entiende el juzgado que su margen de autonomía está exclusivamente relacionado con la elección del medio de transporte, la

concreta ruta realizada y la posibilidad de rechazar el pedido, lo que no supone una autonomía suficiente para excluir la laboralidad de la relación.

En la misma línea se ha pronunciado el Juzgado de lo Social nº 31 de Barcelona, [en su sentencia de 11 de junio de 2019](#), en la que se calificó la relación como laboral y se declaró la nulidad del despido de 10 trabajadores que habían reivindicado sus derechos a través de una huelga. Como en casos anteriores, el juzgado considera que los *riders* no tienen una verdadera autonomía o libertad para rechazar pedidos, así como su actividad repercute directa y exclusivamente en la marca de la compañía y actúan en el mercado a través de la misma.

Igualmente, el [Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 25 de julio de 2019](#) ha confirmado una sentencia del Juzgado de lo Social de Gijón que declaraba la relación laboral de un *rider* y entiende, entre otros indicios, que lo esencial de la relación era precisamente la marca. En sentido contrario, [el Juzgado de lo Social nº 24 de Barcelona dictó sentencia el pasado 29 de mayo](#) por la que se estimó la excepción de incompetencia de jurisdicción alegada por la empresa al considerar que no se daban los requisitos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores para determinar la laboralidad de la relación entre el *rider* y la compañía. De esta forma, se indicaba que los repartidores no tienen la obligación de estar disponibles, realizan los itinerarios que quieren, utilizan los medios de transporte que eligen libremente y no llevan ropa con identificación de la empresa, lo que determina que no están sometidos a horario, jornada, régimen de permisos, vacaciones o régimen disciplinario alguno.

Por su parte, [el Juzgado de lo Social nº 1 de Salamanca, en su sentencia de fecha 14 de junio de 2019](#), concluye que la naturaleza de la relación es de trabajador autónomo económicamente dependiente, conforme al contrato suscrito con la empresa que se corresponde fielmente a la realidad y entendiendo que no se ha acreditado la concurrencia de las notas de ajenidad y dependencia propias de la relación laboral. Como se puede apreciar, siguen produciéndose pronunciamientos judiciales dispares que interpretan de forma distinta los aspectos concretos de la relación entre repartidores y empresas de economía colaborativa, sin que todavía dispongamos de una doctrina unificada que permita esclarecer la naturaleza de la relación.

El Tribunal Supremo aclara los criterios para encuadrar a los trabajadores de oficina en el “epígrafe a” correspondiente a los trabajos exclusivos de oficina

El Tribunal Supremo establece que, a la hora de determinar el tipo de cotización a los efectos de la cotización por contingencias profesionales, debe prevalecer la ocupación del trabajador respecto al tipo que correspondería por razón de la actividad de la empresa. [En una sentencia del pasado 3 de junio](#), señala que la finalidad de la norma es separar determinadas actividades o situaciones que presentan un riesgo diferenciado desde el punto de vista de la siniestralidad laboral, tan característico que se hace primar el mismo respecto a la actividad general de la empresa.

Asimismo, el citado pronunciamiento establece los criterios aplicables a la hora de determinar cuándo concurre el trabajo exclusivo de oficina y, por tanto, procede aplicar su tipo de cotización específico: i) debe tratarse de ocupación "exclusiva", en trabajos de oficina; ii) el trabajo de oficina puede comprender no solo el referido a lo que podrán ser actividades administrativas, sino que puede venir referido a la realización de actividades de la empresa; iii) ese trabajo relacionado con la actividad de la empresa no debe someter al trabajador a los riesgos de la empresa; y iv) dicho trabajo se debe desempeñar "únicamente" en los lugares destinados a oficinas de la empresa.



Más información: Departamento Laboral

Síguenos:



GARRIGUES

Esta publicación contiene información de carácter general,
sin que constituya opinión profesional ni asesoramiento jurídico.

© J&A Garrigues, S.L.P., quedan reservados todos los derechos. Se prohíbe la explotación,
reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, total y parcial, de esta obra,
sin autorización escrita de J&A Garrigues, S.L.P.

Hermosilla, 3
28001 Madrid España
T +34 91 514 52 00 - F +34 91 399 24 08

www.garrigues.com

