



## CIRCULAR LABORAL 16/2019

5 de Julio de 2019

### **LA NUEVA REGULACIÓN DEL ART. 34.8 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES: ADAPTACIÓN DE LA JORNADA O “JORNADA A LA CARTA.”**

---

Tras las últimas modificaciones “*mediáticas*”, entre las que destacamos la progresiva ampliación del permiso de paternidad hasta las 16 semanas o el registro de jornada, operadas vía RDL 6 y 8/2019 y de las que hemos dado cuenta en Circulares Laborales anteriores, una de las cuestiones más “*tapadas*” y que ya está generando graves problemas en la organización y día a día de las empresas, es la modificación del redactado del art. 34.8 del Estatuto de los Trabajadores (ET) en materia de adaptación de jornada. Han sido muchas las consultas que se nos han hecho en las últimas semanas sobre esta cuestión y de ahí que hayamos entendido necesario llevar a cabo este “*monográfico*” sobre esta materia.

Recordar, que este artículo no es novedoso pues ya existía en nuestro ET desde la reforma laboral de 2012 pero es su nueva redacción el que está generando mucha conflictividad en su aplicación y, sin lugar a duda, conllevará innumerables resoluciones judiciales del más diverso sentido.

A este respecto, el art. 34.8 ET, tras su modificación por parte del RDL 6/2019, amplía sustancialmente el derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral – se ha obviado el término “*personal*” - a través de esta figura muy poco utilizada hasta el momento por los motivos que expondremos a continuación.

Desde una vertiente eminentemente práctica, analicemos los distintos aspectos de este artículo estatutario, comentando y desarrollando cada uno de sus seis párrafos:

**1. Primer párrafo:**

“Las personas trabajadoras tienen derecho a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral.”

Por lo tanto, se posibilita adaptar, es decir, modificar la jornada laboral sin necesidad de reducir la misma ni, obviamente, ver minorado proporcionalmente el salario. A tenor de lo indicado, el redactado del precepto ofrece tres tipos de posibilidades para lograr dicha conciliación:

- i. Bien la adaptación de la duración de jornada, que ya adelantamos no tiene mucho sentido pues esta posibilidad ya existe y expresamente se regula en el art. 37.6 ET, de forma más simple y sencilla que la regulada en el 34, puesto que la concesión de la reducción de jornada es una obligación legal con derecho a restitución de la situación previa.
- ii. Bien mediante la distribución de la jornada y ordenación del tiempo de trabajo. Es decir, cambiando el turno de trabajo, flexibilizando el inicio o el fin, solicitando una jornada irregular u otras distribuciones similares u análogas. Opción que está siendo la más utilizada.
- iii. Bien mediante la forma de prestación: incluyendo expresamente la posibilidad de trabajo a distancia algunas horas o días. Obviamente debemos entender siempre que ese régimen de trabajo se encuentra instaurado en la empresa.

Como se puede comprobar, este auténtico “*crisol*” de posibilidades al alcance del empleado ha propiciado que los medios estén utilizando, para referirse a esta figura, como la posibilidad del trabajador de establecer una “jornada a la carta”. No obstante, debemos destacar que no nos encontramos ante un derecho absoluto pues del propio redactado del precepto se infiere el establecimiento de límites, concretamente que dichas adaptaciones sean ser razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa.

Estas limitaciones están siendo el punto más conflictivo de la norma pues muchas veces lo que es mejor para el trabajador no lo es para la empresa y la problemática ya está servida. Adicionalmente hay que recordar que la adaptación de la jornada no debe partir de la mera conveniencia del trabajador, sino que debe entroncar con una necesidad real vinculada a la conciliación de su vida laboral y familiar. Además, la redacción del precepto habla del “derecho a solicitar” y no del “derecho a la adaptación” -como sí sucede con la reducción de jornada por guarda legal el cual es un derecho efectivo y directo del empleado.-

## 2. Segundo párrafo:

*«En el caso de que tengan hijos o hijas, las personas trabajadoras tienen derecho a efectuar dicha solicitud hasta que los hijos o hijas cumplan doce años».*

Nueva acreditación de que no nos encontramos ante un derecho absoluto pues, en el caso de que esta adaptación se solicite a tenor de cuestiones vinculadas al cuidado de hijos, los mismos no deberán haber superado los doce años. Mismo límite establecido para las reducciones por guarda legal. Por lo tanto, a tenor de la no inclusión en el redactado de este precepto de la palabra “personal”, al referirse a la conciliación, parece como si el legislador lo que pretende es que esta adaptación de la jornada se utilice cuando existan necesidades de carácter familiar vinculadas a hijos, mayores dependientes o situaciones similares.

## 3. Tercer párrafo:

En su anterior redactado, y de ahí que este precepto fuera tan poco utilizado, se establecía que este derecho de adaptación de la jornada debía estar recogido y desarrollado en convenio colectivo. Prácticamente casi ningún convenio desarrollaba esta cuestión y de ahí que la misma quedase, en la mayoría de los casos, sin aplicación efectiva.

La nueva redacción va mucho más allá y para fomentar la aplicabilidad efectiva de esta posibilidad establece lo siguiente:

*“En la negociación colectiva se pactarán los términos de su ejercicio, que se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre personas trabajadoras de uno y otro sexo. En su ausencia, la empresa, ante la solicitud de adaptación de jornada, abrirá un proceso de negociación con la persona trabajadora durante un periodo máximo de treinta días. Finalizado el mismo, la empresa, por escrito, comunicará la aceptación de la petición, planteará una propuesta alternativa que posibilite las necesidades de conciliación de la persona trabajadora o bien manifestará la negativa a su ejercicio. En este último caso, se indicarán las razones objetivas en las que se sustenta la decisión”.*

Por lo tanto, ahora la empresa no se podrá escudar en aquello de que dado que el convenio colectivo no establece nada al respecto no procede ni estudiar la adaptación solicitada. Ahora una mera solicitud a la empresa proponiendo cualquier tipo de adaptación generará la apertura de ese período de negociación de 30 días en los términos indicados debiendo finalizar el mismo con resolución motivada al respecto. El “lío” y el incremento de la carga de trabajo para los departamentos de RRHH está servido.

**4. Cuarto párrafo:**

*“La persona trabajadora tendrá derecho a solicitar el regreso a su jornada o modalidad contractual anterior una vez concluido el periodo acordado o cuando el cambio de las circunstancias así lo justifique, aun cuando no hubiese transcurrido el periodo previsto.”*

Nuevamente nos encontramos ante un “derecho a solicitar” no un “derecho a volver” a su antigua situación. Por lo tanto, ¿cabe que la empresa lo niegue? Pues parece que sí de forma motivada y apelando a razones de índole, fundamentalmente organizativas y productivas. No obstante, nueva fuente segura de conflictos si la empresa se niega a retornar al trabajador, de solicitarlo, a su previa situación u ordenación de la jornada.

**5. Quinto párrafo:**

*“Todo lo dispuesto sobre este derecho se entiende sin perjuicio de los permisos a los que tenga derecho la persona trabajadora de acuerdo con lo establecido en el art. 37 ET.”*

Por lo tanto, es un derecho compatible con la hora de ausencia del trabajo por cuidado del lactante, la de ausencia por nacimiento de hijo prematuro, la reducción de jornada por guarda legal y situaciones análogas

**6. Sexto y último párrafo:**

*“Las discrepancias surgidas entre la dirección de la empresa y la persona trabajadora serán resueltas por la jurisdicción social a través del procedimiento establecido en el artículo 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.”*

Ello significa lo siguiente:

- i. Que la persona trabajadora tiene un plazo de 20 días para impugnar judicialmente la decisión de la misma sin necesidad de acudir a conciliación administrativa previa.
- ii. Que el procedimiento será urgente y preferente – citación, en principio, rápida – y, por último,
- iii. Que la sentencia que dicte el juzgado de instancia será firme pues no admitirá recurso. Es decir, que, lamentablemente, no habrá un criterio unánime a tenor de la inexistencia de revisión de este tipo de sentencias. Complicado todo ello.

En definitiva, si tuviéramos que hacer un corolario del nuevo redactado del art. 34.8 ET, deberíamos indicar lo siguiente:

- i. Podrán solicitar la adaptación todos los trabajadores que necesiten conciliar su vida laboral y familiar.
- ii. ¿Y cuándo cabrá solicitarlo? Pues en aquellos casos en que sea razonable y proporcionado con las necesidades de la persona trabajadora y la empresa.
- iii. Quizás la ventaja más evidente para el trabajador es que no hace falta reducir su jornada ni, por lo tanto, su sueldo. Además, es compatible con otros permisos existentes al efecto.
- iv. Su solicitud es sencillísima: simple escrito motivado y dirigido a la empresa lo que generará la apertura de un proceso de negociación de como máximo 30 días para determinar la concesión o no y alcance de la misma.
- v. Si no hay acuerdo: al juzgado directamente.
- vi. Por último, ya auguramos, pues ya está empezando a producirse, un exponencial incremento de litigiosidad en relación a esta cuestión.

Para finalizar y para que se advierta la aplicación práctica de estas nuevas normas por parte de las más recientes sentencias judiciales, traemos a colación una resolución “*demoledora*” de un juzgado de instancia – concretamente el Juzgado de lo Social nº 1 de Ibiza, en su sentencia 12/2019 (Autos 908/2018) **que viene a establecer que siempre debe prevalecer la conciliación familiar frente a la organización empresarial.** Así de claro.

Si bien el caso que resolvía la sentencia que destacamos se refería a una reducción de jornada, la aportamos por cuanto su contenido y razonamiento va más allá y perfectamente es de aplicación para los casos en los que lo que se solicita es una adaptación de la jornada.

Básicamente se destaca que en este verdadero “*duelo de pretensiones*”, han de ser muy poderosas las razones por las que la empresa niegue una concreción horaria para el cuidado de un hijo. Porque los derechos de la trabajadora están protegidos por la Constitución, y sin embargo el derecho de una empresa a organizarse no. Curioso y discutible. ¿Cómo juega aquí el art. 38 de la propia Constitución que reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado garantizándose que los poderes públicos protegerán su ejercicio y la defensa de la productividad?

Retornando al criterio de la sentencia que comentamos, cuando una trabajadora pretende una alteración en la distribución de su tiempo de trabajo, cambiando los horarios y una reducción horaria, el empresario queda automáticamente obligado a valorar esta solicitud estudiando todas las posibilidades que tenga a su disposición para afrontar una reorganización del trabajo que permita tal posibilidad.

Dicho de otro modo, tiene el empresario obligación de reorganizar el trabajo porque prevalece el derecho a la conciliación de los trabajadores.

La razón fundamental de la prioridad de la conciliación laboral y familiar frente a la organización empresarial no es otra que la protección constitucional brindada al primero de ellos. Esto obliga a cualquier empresa a procurar y facilitar todas las medidas necesarias para que las trabajadoras puedan atender a sus hijos. Y por ello, en este supuesto la empresa debe aceptar el horario propuesto, incluso aunque pudiera suponer un singular perjuicio, porque las razones mercantilistas nunca tendrán igual magnitud constitucional que el derecho a conciliar.

Para que las empresas nieguen una concreción horaria solicitada por un trabajador con el objetivo de conciliar, las dificultades han de ser insalvables, insuperables. A sensu contrario y como venimos insistiendo, “ganará” el derecho de los empleados frente a la organización de la empresa.

En suma, las conveniencias operativas de la empresa no pueden anteponerse al derecho del trabajador a conciliar su vida laboral con su vida familiar. Y de existir dificultades operativas, deben intentar solventarse contratando nuevo personal que cubra el horario que la trabajadora dejará de realizar, o con la asignación de otros compañeros al refuerzo de esas tareas en el horario en que la trabajadora se ausente.

La sentencia que destacamos no puede ser más tajante. No es la única. Hay muchas más en este sentido. Lo dicho, la polémica, y mucha, está servida.

---

*Departamento Laboral y de Seguridad Social*

*Persona de contacto: Eduardo Ortega Prieto*

*Email: ortegap@ortega-condomines.com*

*Persona de contacto: Eduardo Ortega Figueiral*

*Email: ortegaf@ortega-condomines.com*