

El papel del convenio colectivo y los acuerdos individuales en la organización del tiempo de trabajo

M^a TERESA VELASCO PORTERO*

I. Introducción. II. El derecho del empresario a fijar una distribución irregular de la jornada (art. 34.2 ET). 1. Límites al derecho del empresario: la regulación estatutaria y la práctica convencional. 2. La colisión entre el derecho del empresario a distribuir irregularmente la jornada y las necesidades de conciliación de vida personal, laboral y familiar del trabajador: soluciones negociadas. III. El derecho del trabajador a la adaptación y distribución de la jornada (art. 34.8 ET): La flexibilidad horaria del trabajador y la elección de turno

I. Introducción

La organización del tiempo de trabajo es un tema clave en la gestión de los recursos humanos de la empresa, en la que confluyen los intereses de la empresa que en un mercado cambiante reclaman la mayor flexibilidad por parte del trabajador, y los intereses de la vida personal y familiar del trabajador que van en la línea de demandar flexibilidad al empresario.

* M^a Teresa Velasco Portero, Profesora titular de área de la Universidad Loyola Andaluza. Acreditada profesora de Universidad Privada. Este trabajo se inserta dentro de las actividades del Proyecto I+D “Buenas Prácticas Jurídico-Procesales en Derecho Laboral y Comunitario para Reducir el Gasto Social con Coste Cero”. Proyecto DER 2012-32111 financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

Buenas prácticas jurídico procesales para reducir el gasto social (II)

Compaginar ambas demandas no es fácil, y necesariamente ha de tener muy en cuenta las circunstancias concretas de la empresa y del trabajador. Por ello, aunque la ley contenga las reglas generales del régimen jurídico de los derechos de conciliación del trabajador y de las facultades organizativas del empresario, es normalmente en sede convencional así como en acuerdos individuales personalizados donde se deben fijar fórmulas para compatibilizar los intereses de ambas partes. La utilización de estas medidas es una buena práctica que permite reducir de manera eficaz el gasto social.

Los puntos calientes del problema se encuentran fundamentalmente en el derecho del empresario a fijar una distribución irregular de la jornada (art. 34.2 ET), y en relación con el derecho del trabajador a la adaptación y distribución de la jornada (art. 34.8 ET) sobre todo con respecto a las solicitudes de cambio de turno o flexibilidad de la jornada. En este trabajo analizaremos su régimen jurídico y el papel que juega la negociación colectiva y los acuerdos individuales en la resolución del conflicto entre necesidades de la empresa y necesidades de conciliación.

II. El derecho del empresario a fijar una distribución irregular de la jornada (art. 34.2 ET)

1. Límites al derecho del empresario: la regulación estatutaria y la práctica convencional

La posibilidad de distribuir irregularmente la jornada, que inicialmente estaba reservada a la negociación colectiva o al acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, fue extendida por la reforma laboral de 2012 a la voluntad unilateral del empresario, con unos límites que han sido objeto de ampliación por el RDley 16/2013. Así, el art. 34.2 ET, en su redacción actualmente vigente, establece que “Mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año. En defecto de pacto, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el diez por ciento

El papel del convenio colectivo y los acuerdos individuales en la...

de la jornada de trabajo. Dicha distribución deberá respetar en todo caso los períodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la Ley y el trabajador deberá conocer con un preaviso mínimo de cinco días el día y la hora de la prestación de trabajo resultante de aquélla. 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, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. En defecto de pacto, las diferencias derivadas de la distribución irregular de la jornada deberán quedar compensadas en el plazo de doce meses desde que se produzcan.⁷¹

Hablamos de distribución regular de la jornada cuando se trabajan las mismas horas todos los días de la semana y todas las semanas del año, o bien cuando la jornada se distribuye proporcionalmente entre las distintas semanas del año, aunque dentro de la semana se distribuya irregularmente en cómputo diario². La jornada regular facilita al trabajador la planificación y organización de su vida personal y familiar, cuyas necesidades en muchas ocasiones vienen marcadas por horarios que se repiten semanalmente. En cambio, la posibilidad de distribución irregular es una medida de flexibilidad empresarial que permite la adaptación a los procesos productivos³, y que por eso mismo entra en conflicto con la conciliación.

Como hemos dicho, con anterioridad a la reforma laboral de 2012⁴ la posibilidad de establecer una distribución irregular de la jornada estaba reservada al convenio colectivo o, en su defecto, al acuerdo entre la empresa y los representantes legales de los trabajadores. De hecho, en la práctica de la negociación colectiva española era y es habitual que el tema de la jornada quede más o menos predeterminado en los convenios

1 Nueva redacción dada por el R.D.-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores.

2 MARTÍN VALVERDE y GARCÍA MURCIA (Dir.), *Tratado práctico de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Thomson-Aranzadi, 2005, pp. 949-950.

3 Aunque quizás la cambiante realidad social de las familias, y la progresiva extensión de la fórmula de la custodia compartida de los hijos pueda estar dando lugar a que sea el trabajador el que necesite una distribución irregular de la jornada, que ya no estaría amparada por este art. 34.2 ET.

4 RD-ley 3/2012 y Ley 3/2012

Buenas prácticas jurídico procesales para reducir el gasto social (II)

colectivos de sector, fijando una jornada máxima en cómputo anual y habilitando expresamente la posibilidad de adoptar distribución irregular al pacto o acuerdo de empresa. Esta solución es bastante razonable, ya que con la distribución irregular de la jornada lo que se pretende es permitir una mayor adaptación de ésta a las necesidades de los procesos productivos, por lo que determinación debe estar a nivel de empresa⁵.

La gran mayoría de los convenios colectivos recogen la posibilidad de distribuir irregularmente la jornada, de manera más o menos explícita y con diversos grados de rigidez. Si atendemos, por ejemplo, a los convenios colectivos de ámbito nacional, se observa la siguiente variedad de fórmulas⁶, que se combinan entre ellas:

1. Convenios que atribuyen en exclusiva al empresario la potestad de distribuir irregularmente la jornada. Es una posibilidad minoritaria. En algunos se establece esta posibilidad, pero exigiendo la causalidad para la aplicación de la jornada irregular⁷.
2. En la mayoría de los convenios se exige la participación de los trabajadores para llegar a un acuerdo. A ese acuerdo unas veces no se le ponen más límites que los periodos de descanso obligatorios por imperativo legal⁸ y otras veces se le ponen limitaciones (por ejemplo, que no se puedan realizar más de un número de horas al día⁹, o a la semana, o ambas cosas¹⁰).
3. Convenios en que se atribuye al empresario la facultad de distribuir irregularmente la jornada con limitaciones, con la posibilidad de ir más allá mediante acuerdo con los representantes de los trabajadores¹¹. Lo mismo ocurre cuando se señala que la dis-

5 MARTÍN VALVERDE Y GARCIA MURCIA (Dir.), *Tratado práctico .., op. cit.* pp. 949-950.

6 Según el trabajo de SANTOS GONZÁLEZ, D., "Anualización y distribución irregular de la jornada como medidas flexibilizadoras. Análisis evolutivo de la negociación colectiva estatal (1990-2012)", *Noticias jurídicas*, marzo 2014.

7 IV Convenio estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria (BOE 10-12-2011); Convenio colectivo de la industria del calzado (BOE 29-5-2010), que además establece un límite a la distribución irregular de 120 horas al año.

8 Convenio colectivo estatal de empresas de seguridad (BOE 16-2-2011)

9 Convenio colectivo general del sector de la construcción (BOE 15-3-2012)

10 Convenio colectivo estatal de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares (BOE 14-3-2008)

11 Convenio estatal de fabricantes de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (BOE 19-12-2006).

El papel del convenio colectivo y los acuerdos individuales en la...

tribución irregular de la jornada debe ser pactada entre empresas y trabajadores, pero al mismo tiempo se establece una “bolsa de horas” que la empresa puede distribuir libremente¹².

Con la reforma introducida en 2012, la potestad empresarial para introducir esta fórmula se amplía considerablemente ya que “en defecto de pacto la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el diez por ciento de la jornada de trabajo”. Es decir, sin necesidad de llegar a ningún tipo de acuerdo con los trabajadores, el empresario les puede imponer este tipo de organización del tiempo de trabajo tan poco compatible con las necesidades de conciliación de vida laboral, familiar y personal, al menos con respecto al diez por ciento de la jornada y respetando simplemente un preaviso de cinco días. Además, el RD-ley 16/2013 ha ampliado todavía más la flexibilidad, al posibilitar que las diferencias de jornada, por exceso o por defecto, se compensen en el año siguiente al momento en que se produzcan (“En defecto de pacto, las diferencias derivadas de la distribución irregular de la jornada deberán quedar compensadas en el plazo de doce meses desde que se produzcan). De esta manera, la planificación de la vida privada del trabajador queda muy condicionada.

2. La colisión entre el derecho del empresario a distribuir irregularmente la jornada y las necesidades de conciliación de vida personal, laboral y familiar del trabajador: soluciones negociadas

La expansión de las fórmulas de distribución irregular de la jornada por voluntad unilateral del empresario para ajustarse a necesidades del proceso productivo provoca, ineludiblemente, una situación de indefi-

¹² Convenio estatal de industrias lácteas y sus derivados (BOE 22-1-2009); también es paradigmático lo que ocurre en el sector de la automoción. Las bolsas de horas, que se utilizan para facilitar días de fiesta a los trabajadores en momentos de baja demanda a cambio de una mayor disponibilidad del tiempo de trabajo, son un clásico en este sector y están presentes en casi todos los convenios de las empresas del automóvil - excepto en Ford - (Vid. BANYULS y LORENTE, “La industria del automóvil en España: Reorganización de la cadena de valor y gestión laboral”, *XI Jornada de Economía Crítica*, 2008. http://pendientedemigracion.ucm.es/info/ec/ecocri/cas/Lorente_Banyuls.pdf)

Buenas prácticas jurídico procesales para reducir el gasto social (II)

nición y precariedad del trabajador, puesto que la planificación de su vida personal y familiar queda sometida a vaivenes imprevistos de la organización del trabajo en su empresa¹³. La imposición de esta fórmula a los trabajadores por la vía del poder de dirección tiene consecuencias negativas para la gestión de recursos humanos, por varios motivos:

- Utilizar la vía de la imposición unilateral en los casos de tensiones concretas y reales entre vida familiar y laboral de los trabajadores no resuelve dicha tensión, sino que estropea el clima laboral y, en última instancia, la productividad. Las empresas tienen que tener en cuenta que obviar los problemas de conciliación del trabajador no los soluciona, y que eso va a tener un impacto en el trabajo.
- Debido a reparto social de roles en la sociedad española, son las mujeres las que van a sufrir en mayor medida las consecuencias de la tensión. Por ello, se puede producir una huida del talento femenino hacia fórmulas de reducción de jornada (que, como veremos, tienen un trato de favor por parte del legislador) o bien que la empresa encuentre dificultades para la contratación de mujeres en estas condiciones. En ambos casos se estaría produciendo una discriminación indirecta.
- Se puede producir también una colisión con el derecho del trabajador a la adaptación de la distribución de la jornada consagrado en el art. 34.8 ET. Aunque el ejercicio de este derecho está sometido a “los términos que se establezcan en la negociación colectiva o el acuerdo a que se llegue con el empresario”, la cuestión de qué ocurre cuando no existe ese acuerdo no es pacífica, lo que analizaremos en detalle cuando hablemos de este derecho de conciliación.

Por todo ello, en el contexto de un régimen legal tan generoso con las facultades del empresario y que se abstrae de las posibles choques con los problemas de conciliación del trabajador, sería conveniente que

¹³ “La organización de los trabajos de atención a las personas dependientes cuando cada semana se acude al empleo a horas distintas es complicado, si no existe un adecuado reparto de este trabajo entre los miembros de la pareja -si existe- o no se cuenta con una red, familiar o pública, de servicios adaptada a estas necesidades.” (MOLINA NAVARRETE, C. , *10. Conciliación de la vida laboral y familiar, Guías de negociación* CARL, 2006, p. 69)

la negociación colectiva se ocupase del tema, fijando una serie de criterios generales en la materia y evitando así que el empresario tenga que ir dando soluciones puntuales y posiblemente contradictorias a los problemas prácticos concretos. La previsión puede hacerse bien en los convenios colectivos o bien en los acuerdos de empresa, además de en los Planes de Igualdad en el caso de que existan en la empresa. Hasta ahora no ha sido un elemento que se tenga muy en cuenta por la negociación, aunque sí que se han utilizado algunas fórmulas que diferencian la distribución irregular de la jornada entre trabajadores con y sin responsabilidades familiares¹⁴. Coincidimos con LAHERA¹⁵ cuando defiende que estos criterios no son discriminatorios, por estar justificados por razones de protección del valor constitucional de la conciliación familiar, siendo admisible pactar jornadas irregulares sólo para aquellos miembros de la plantilla que no tengan a su cuidado un hijo o pariente dependiente. Por el mismo motivo también serían admisibles las cláusulas convencionales y contractuales de renuncia a la disponibilidad horaria irregular por razones familiares, pese a que también son de escasa implantación en la práctica.

MOLINA NAVARRETE, en su Guía de negociación de 2006, ya recogía que algunos convenios (por lo general de carácter sectorial estatal) contenían cláusulas que eximían de la prolongación de jornada derivada de la distribución irregular a los trabajadores/as que, con la debida acreditación, evidenciasen tener tales obligaciones familiares -por ejemplo: a los trabajadores que tuviesen limitada su presencia por razones de seguridad, salud, cuidado de menores, embarazo o lactancia, o a quienes tuviesen obligaciones familiares habituales de carácter personal e ineludible -¹⁶. NEVADO FERNÁNDEZ, en el Observatorio de Negociación colectiva de 2010¹⁷ también se muestra partidaria de que se introduzcan más cláusulas de exclusión de la aplicación de la

14 Como señala LAHERA FORTEZA, J. "Organización flexible del tiempo de trabajo y conciliación familiar", *op. cit.*

15 *Ib. Idem.*

16 *Op.cit.* pp. 70-71.

17 En ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (Coord.), *Observatorio de la negociación colectiva: Empleo público, igualdad, nuevas tecnologías y globalización*, CCOO-Cinca, 2010, p. 244.

Buenas prácticas jurídico procesales para reducir el gasto social (II)

distribución irregular o flexible cuando se trate de trabajadores o trabajadoras con presencia limitada en la empresa por causa tal como el embarazo o cuidado de familiares¹⁸.

A modo de ejemplo de buena práctica podemos citar el XVI Convenio General de la Industria Química 2013-2014¹⁹ que, con respecto a la jornada flexible señala que “no podrá aplicarse a trabajadores y trabajadoras que por razones de seguridad, salud, cuidado de menores, embarazo o periodos de lactancia, tengan limitada su presencia”. También contiene este convenio una ampliación del periodo de preaviso, puesto que se establece que “con preaviso de 7 días, la empresa podrá cambiar distribución de hasta 100 horas anuales dentro del calendario laboral”. La ampliación del periodo de preaviso (que en el ET son solo 5 días) es otra medida importante que facilita la organización del propio trabajador y, por tanto, la conciliación.

III. El derecho del trabajador a la adaptación y distribución de la jornada (art. 34.8 ET): la flexibilidad horaria del trabajador y la elección de turno

La LOI²⁰ añadió un párrafo 8 al art. 34 ET, dedicado a la regulación de la jornada de trabajo, que desde su nacimiento ha dado lugar a un gran debate doctrinal que no pierde actualidad. Su tenor literal es el siguiente: “El trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquella. A tal fin, se promoverá la utilización de la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que permitan la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y la mejora de la productividad en las empresas.”

¹⁸ Como las del Convenio colectivo para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de peletería (BOE 30-9-2010).

¹⁹ BOE 9-4-2013

²⁰ L.O. 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres

El papel del convenio colectivo y los acuerdos individuales en la...

El precepto plantea muy diversos problemas de interpretación, alguno de los cuales no ha tenido repercusión práctica, como es el de la delimitación de la denominada “adaptación de la duración de la jornada”. La adaptación de la duración supone el derecho a una reducción de jornada (con o sin reducción de salario) más allá de los supuestos expresamente previstos en el art. 37. 4, 4 bis y 5 ET²¹. En la práctica esta posibilidad no ha despertado el interés de los trabajadores, dada la amplitud de los supuestos reglados de reducción de jornada por motivos familiares y el amplio abanico de medidas de seguridad para el trabajador que los acompaña²². Sin embargo, a raíz de la limitación introducida por la reforma laboral de 2012, en el sentido de que los derechos a la reducción de jornada del art. 37.5 ET se refiere a la jornada “diaria”, podrían aumentar los supuestos en los que el trabajador necesite acudir a la vía del 34.8 ET para dar solución a necesidades de conciliación que no tienen que ver con la jornada diaria (como, por ejemplo, las motivadas por las vacaciones escolares).

Dejando aparte esta cuestión, el debate se ha centrado en la determinación del grado de exigibilidad que se le atribuya al derecho: si se trata de un reconocimiento directo del derecho a la adaptación de la jornada

21 Tema que inicialmente abordó la doctrina en sus comentarios al nuevo 34.8 ET (vid. RODRÍGUEZ PASTOR, G., “Tiempo de trabajo tras la reforma operada por la LOI” en *AAVV Los aspectos laborales de la Ley de Igualdad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 408-409; AGUILERA IZQUIERDO, R. “Políticas sociolaborales y conciliación de la vida personal, familiar y laboral”, en MONTROYA MELGAR, A. (Dir.) *Igualdad de Mujeres y Hombres*, Thomson-Civitas, 2007, P. 387-388; VELASCO PORTERO, M.T. “El derecho a la adaptación de la duración y distribución de la jornada de trabajo”, GARCÍA NINET, I. (Dir.), *Comentarios a la ley de igualdad*, CISS, Bilbao, 2007, pp. 631-640, GARCÍA QUINONES, J.C., “El marco normativo de la conciliación familiar tras la ley orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, en LAHERA FORTEZA Y GARCIA QUINONES, *Tiempo de trabajo y conciliación familiar*, Bomarzo, 2008, p. 16)

22 Fundamentalmente, lo establecido en la DA 18ª del ET, según la cual en los supuestos de reducción de jornada contemplados en el art. 37, apartados 4 bis, 5 y 7 el salario a tener en cuenta a efectos del cálculo de indemnizaciones previstas en el propio ET será “el que hubiese correspondido al trabajador sin considerar la reducción de jornada efectuada, siempre y cuando no hubiera transcurrido el plazo máximo legalmente establecido para dicha reducción”. También se establece un régimen privilegiado en lo que respecta a las prestaciones de seguridad social de los trabajadores que se encuentren en esta situación, así como en materia de cotización, más favorable que el de los restantes trabajadores a tiempo parcial (Vid. VELASCO PORTERO, M.T. “Conciliación y flexiseguridad en el ejercicio de los derechos a la reducción de jornada”, DL, nº 100, pp. 67 y ss.

Buenas prácticas jurídico procesales para reducir el gasto social (II)

o si, de manera más matizada hay que entender que está supeditado a lo que pudiese establecerse en convenio colectivo o en acuerdo individual con el empresario.²³ Para ello hay que poner en relación el art. 38.4 ET (“El trabajador tendrá derecho a adaptar la (...) distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquella”) con lo establecido en el art. 85 ET (“Sin perjuicio de la libertad de las partes para determinar el contenido de los convenios colectivos, en la negociación de los mismos existirá, en todo caso, el deber de negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral o, en su caso, planes de igualdad...”).

La doctrina admite de manera unánime que el derecho a la adaptación de la jornada no es absoluto a favor del trabajador, sino sometido a los términos y condiciones que establezca la negociación colectiva. Ahora bien, las opiniones se dividen a la hora de considerar qué ocurre si la negociación colectiva guarda silencio sobre el tema. ¿Hay que entender en este caso que el trabajador no tiene derecho a ningún tipo de adaptación de su jornada, aunque acredite sus necesidades de conciliación y no existan necesidades organizativas o productivas que lo impidan? Esta es la solución por la que se inclina la doctrina judicial, aunque gran parte de la doctrina laboral la considera poco adecuada. Algunos autores defienden que si el convenio guarda silencio estaría incumpliendo el deber impuesto por el art. 85 ET, y el trabajador tendría derecho a que se tomara en consideración su petición y se procediese a la ponderación²⁴, mientras otros afirman sin matices que el derecho del art. 34.8 ET no es directamente invocable ante los órganos judiciales²⁵. Existen postu-

23 Como ya señalaba PASTOR MARTÍNEZ, A. “La concreción de la reducción...”, *op. cit.* P. 127.

24 PASTOR MARTÍNEZ, A. “La concreción de la reducción...”, *op. cit.* p. 129

25 CABEZA PEREIRO, J. en *Ley de Igualdad y contrato de trabajo*, *op. cit.* p. 123; SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. “Adaptación de la jornada laboral por circunstancias familiares: la familia como bien jurídico protegido (reflexiones en torno a la STC 24/2011)”, p. 9 de 15. LÓPEZ BALAGUER, M. en “El derecho a la adaptación de la jornada...” aunque critica al legislador por no reconocer de modo categórico el derecho de los trabajadores a la adaptación de la jornada para la conciliación (p. 89).

El papel del convenio colectivo y los acuerdos individuales en la...

ras menos polarizadas, como la del prof. LAHERA²⁶, que defiende una vía intermedia que toma en consideración el deber de negociar medidas de igualdad que tienen las empresas, la prohibición de discriminación y el derecho a la tutela judicial efectiva para concluir que, aunque no exista un derecho unilateral del trabajador, la empresa tampoco puede denegar sin negociar su propuesta horaria de manera injustificada o desproporcionada, sacrificando valores constitucionales. Compartimos esta última opinión, aunque desde luego no es la que vienen aplicando la jurisprudencia y doctrina judicial, sobre todo en los frecuentes casos en que el trabajador solicita un cambio de turno o la adscripción a uno determinado sin que esté vinculado a una reducción de la jornada²⁷. En este sentido, se constata que a partir de la Sentencia de 13/06/08, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha venido manteniendo en distintas resoluciones (SS 18/06/08, 20/05/09, 19/10/09 y 24/04/12 y Auto 21/07/09) que el derecho que reconoce al trabajador el art. 37.6 ET a fijar la concreción horaria está vinculado a la existencia de una reducción de jornada, con la consiguiente reducción de retribuciones, por lo que deben quedar extramuros de su ámbito de aplicación aquellos supuestos en que la solicitud de cambio de horario o turno de trabajo no vaya unida a una petición de reducción de jornada. Asimismo, en ellas se sienta el criterio de que en ausencia de previsión convencional al respecto y de pacto alcanzado mediante la autonomía individual, la pretensión de variación horaria o alteración de turno de trabajo carece de amparo legal; el mismo criterio siguen de manera mayoritaria los Tribunales Superiores de Justicia²⁸.

Sin embargo, a pesar de que esta viene a ser la tónica general de los pronunciamientos judiciales, también encontramos sentencias discordantes que reconocen que, aunque la adaptación horaria se solicite de

²⁶ LAHERA FORTEZA, J. "Organización flexible del tiempo de trabajo...", *op.cit.*

²⁷ También MOLINA NAVARRETE, C. "Un nuevo paso atrás en la política jurídica de conciliación: el juez no debe minimizar sino garantizar el cambio legal", *Diario La Ley*, núm. 7057, 2008. p. 3 (versión online) defiende que cualquier derecho de conciliación rechazado por el empleador requiere de inmediato el análisis del juez desde la vertiente constitucional, ponderando de manera concreta y cuidada si tal negativa está revelando un obstáculo injustificado y desproporcionado.

²⁸ STSJ de Castilla-La Mancha de 3-12-2008; TSJ Galicia de 23-07-2009; TSJ Madrid de 27-02-2009; TSJ Madrid de 27-01-2009.

Buenas prácticas jurídico procesales para reducir el gasto social (II)

manera independiente de la reducción de jornada, los principios constitucionales en juego exigen la ponderación²⁹.

La flexibilidad en la negociación colectiva

A pesar de la importancia de la negociación colectiva para la concreción del derecho a la adaptación de la duración y distribución de la jornada, y del llamamiento que le hace tanto la LOI como el propio 34.8 ET, la realidad es que la práctica convencional no se preocupa demasiado de regular medidas de flexibilidad horaria a favor del trabajador³⁰. En los casos que lo hace, unas veces consiste simplemente en la previsión de que en determinados departamentos se pueda establecer un horario flexible de entrada y salida, previa petición de parte y acuerdo con la empresa³¹; otras veces la flexibilidad se limita a determinadas franjas horarias, o para las personas que tengan menores o dependientes a su cargo. Hay casos interesantes de regulación de una bolsa individual de tiempo disponible³², en la que se integran todas las horas de descan-

29 Es el caso de la Sentencia 400/2013 del TSJ de Canarias, de 18 de marzo, según la cual los “supuestos en que la variación de turno u horario se postula desde una situación de jornada reducida con una concreción horaria previamente consolidada o sin interesar reducción de jornada alguna, encajan en las previsiones del Art. 34.8 ET, que, ha de ser interpretado en los términos establecidos por la STC 26/11, de manera que la simple inexistencia de acuerdo colectivo o individual que contemple medidas que permitan adaptar la jornada y el horario de trabajo para conciliar la vida laboral y la familiar, no constituye causa suficiente para denegar el derecho pretendido por el trabajador, sino que habrá que tomar en consideración en el particularismo de cada caso las singulares circunstancias concurrentes, valorando la dimensión constitucional ex Art. 14 y 39 CE de las medidas solicitadas y realizar la correspondiente ponderación del derecho fundamental que está en juego”; en el mismo sentido, la STSJ de Galicia, 4903/2012, de 9 octubre. STSJ de Cataluña, Sentencia núm. 6521/2011 de 17 octubre, sentencia núm. 861-2008 de 12 noviembre.

30 CABEZA PEREIRO, J. “Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras”, en LOUSADA AROCHENA, J.F. (coord.) *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, MTIN, 2008, pp. 233 y ss.; a la misma conclusión llegaron LAHERA FORTEZA y GARCÍA QUIÑONES, *Tiempo de trabajo y conciliación familiar*, op.cit. pp. 121 y 122.

31 Art. 42 CC de las empresas y trabajadores de perfumería y afines para los años 2012 y 2013. Una regla parecida, y remitiendo al acuerdo de empresa, art. 42 XV CC de la industria química.

32 Art. 45 bis XV CC de la industria química: “1. La bolsa individual de tiempo disponible se conforma con todas las horas de descanso obligatorio, ya sean las derivadas de la recuperación, ya sean las derivadas de las compensaciones por horas flexibles, horas

El papel del convenio colectivo y los acuerdos individuales en la...

so obligatorio derivadas de recuperación, de compensación por horas flexibles, horas extraordinarias o prolongaciones de jornada acordadas, así como días de libre disposición o excesos de jornada en el calendario anual.

También se aprecia cierta sensibilidad en algunos convenios colectivos al establecer criterios de preferencia para la elección de turno de trabajo³³, así como en la elección de turnos de vacaciones.

En definitiva, un desarrollo escaso de una posibilidad que podría resolver de manera muy eficaz y ajustada a las circunstancias concretas del sector y la empresa las tensiones surgidas entre las necesidades productivas y organizativas y las necesidades de conciliación de las personas trabajadoras.

extraordinarias o prolongaciones de jornada acordadas. En el supuesto de que en la empresa se tengan pactados días de libre disposición o surgiesen de la elaboración del calendario laboral anual, estos pasaran a formar parte de la bolsa, para su disfrute individual, salvo que por acuerdo se pacte el disfrute colectivo de todos los días o parte de ellos.

Este sistema de bolsa de horas flexibles individualizadas también operará para los trabajadores con contrato de trabajo por tiempo determinado... 3. Se podrá disfrutar de la bolsa individual para necesidades de carácter personal y/o familiar. Los periodos de descanso compensatorio correspondiente se disfrutarán en días completos procurándose que los mismos se fijen por acuerdo entre empresa y trabajador afectado. En el supuesto de desacuerdo se disfrutarán en las fechas señaladas por el trabajador preavisando con siete días de antelación. En este último caso de desacuerdo los días u horas de descanso correspondiente no podrán acumularse a puentes ni vacaciones. Las horas de compensación generadas dentro de los primeros ocho meses del año natural se deberán disfrutar dentro de este último y las generadas en los cuatro últimos meses del año natural se podrán disfrutar dentro de los primeros 6 meses del año natural siguiente.”

³³ Vid. las distintas modalidades en que se contempla esta opción en GARCÍA QUIÑONES, J.C. “Concreción de horario y jornada conforme a necesidades de conciliación laboral y familiar”, en LAHERA Y GARCÍA QUIÑONES, *Tiempo de trabajo y conciliación familiar*, op.cit. pp. 49 y ss.