

Buenas prácticas en materia de organización del tiempo de trabajo para fomentar la igualdad de oportunidades en la empresa

M^a TERESA VELASCO PORTERO¹

Doctora en Derecho

Universidad Loyola Andalucía

I. Introducción

La igualdad de oportunidades en la empresa está íntimamente ligada a la conciliación de la vida familiar, laboral y personal. La corresponsabilidad aún es una asignatura pendiente en la sociedad actual, de forma tal que las mujeres asumen el cuidado del hogar, de los menores y los dependientes en mayor medida que los hombres². Por tanto, teniendo en cuenta este elemento de género, para conseguir una auténtica igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres es

¹ Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D Buenas Prácticas Jurídico Procesales en Derecho Laboral y Comunitario para Reducir el Gasto Social (DER 2012-32111) financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

² De acuerdo con los datos de la última Encuesta de Empleo del Tiempo (2009-2010), el porcentaje de mujeres que empleaba tiempo en el cuidado del hogar y de la familia era del 91,9% y destinaban una media de 4 horas 29 minutos diarios (el 74,7% de los hombres destinaba 2 horas 32 minutos). (Fuente de los datos: Indicadores Demográficos Básicos. Instituto Nacional de Estadística. Más información en: http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176815&menu=resultados&idp=1254735976608).

muy importante establecer medidas que permitan que la persona trabajadora concilie las dos facetas de su vida (trabajo y familia) y que al mismo tiempo permitan y fomenten la corresponsabilidad del hombre.

A nivel legislativo existe un importante acervo de derechos laborales en este sentido, pero es a nivel convencional y de práctica de empresa donde pueden adaptarse y mejorarse, perfilando y completando las medidas legales. Las buenas prácticas empresariales en esta materia pasan por tener en cuenta la perspectiva de género, valorando el diferente impacto que tienen en sus trabajadores y trabajadoras los sistemas de organización del tiempo de trabajo rígidos o centrados únicamente en las necesidades de producción.

Es evidente que el contrato de trabajo es por naturaleza subordinado, y que el poder de dirección y control de la actividad laboral recae en el empresario (art. 20 ET). Sin embargo, no es menos cierto que en ocasiones la organización del tiempo de trabajo se centra demasiado en la presencia, la rigidez en el cumplimiento de horarios, la homogeneidad y la libertad del empresario para imponer cambios de última hora basados en supuestas necesidades de producción de última hora. Este tipo de sistemas organizativos, que a priori son percibidos por la empresa como favorables por la amplia libertad que le otorgan, tienen unos efectos secundarios nada despreciables. Por una parte, suponen mayor exigencia para las mujeres que para sus compañeros varones, ya que su carga familiar es mayor. Esto puede suponer o bien un mayor estrés para ellas, o bien que directamente tengan que renunciar a determinados puestos. Pero no solo esto, sino que para el conjunto de la plantilla aumentan el malestar y la escasa satisfacción laboral, pues en definitiva todos se ven afectados por esta situación de falta de consideración a su situación personal.

Por ello, es necesario un replanteamiento de las políticas empresariales, que superen las visiones rígidas e incorporen, en la medida de lo posible prácticas que faciliten un mayor grado de compatibilidad de vida laboral y familiar de los trabajadores y trabajadoras. En este trabajo expondremos algunas de ellas.

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 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.”

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 diario. 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 productivos, y que por eso mismo entra en conflicto con la conciliación.

Como hemos dicho, con anterioridad a la reforma laboral de 2012 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 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 empresa.

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 fórmulas, que se combinan entre ellas:

A) 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 irregular.

B) 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 legal y otras veces se le ponen limitaciones (por ejemplo, que no se puedan realizar más de un número de horas al día, o a la semana, o ambas cosas).

C) 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 trabajadores. Lo mismo ocurre cuando se señala que la distribución 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 libremente.

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 en la empresa

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 indefinición 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 empresa. Como hemos dicho, 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. Además, por el ya señalado reparto 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 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 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 familiares. Dado que está en juego el interés superior de la familia, se podrían pactar jornadas irregulares sólo para aquellos miembros de la plantilla que no tengan a su cuidado un hijo o pariente dependiente, y por el mismo motivo también serían admisibles las cláusulas convencionales y contractuales de renuncia a la disponibilidad horaria irregular por razones familiares.

A modo de ejemplo de buena práctica podemos citar el art. 42.3 XVII Convenio General de la Industria Química 2013-2014 que, con respecto a la jornada flexible señala que “no podrá aplicarse a

trabajadores y trabajadoras que tengan limitada su presencia por razones de seguridad, salud, cuidado de menores, embarazo o periodos de lactancia”. También contiene este convenio una ampliación del periodo de preaviso, puesto que se establece que “para la aplicación de la hora flexible se tendrán en cuenta los criterios de causalización y explicación de las razones técnicas productivas u organizativas que lo justifiquen a los representantes de los trabajadores, así como a los directamente afectados, con siete días de antelación”. 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. La fijación de las vacaciones (art. 38.2 ET) y la conciliación de vida personal y familiar

El ET remite la cuestión de la fijación de la fecha de disfrute de vacaciones al común acuerdo entre el empresario y el trabajador, de conformidad con lo establecido en su caso en los convenios colectivos sobre planificación anual de las vacaciones. En caso de desacuerdo, el ET establece que será la jurisdicción competente la que fije la fecha que para el disfrute corresponda y su decisión será irrecurrible. Con esta escueta regulación la ley deja el establecimiento de los criterios para la fijación de la fecha de disfrute a la negociación colectiva, sin establecer ningún derecho de preferencia ni pronunciarse sobre la primacía de las necesidades de la empresa o las del trabajador.

La importancia del acuerdo es reconocida por nuestros tribunales, que no admiten que la empresa pueda fijar el calendario unilateralmente, de manera que si éste es impuesto, se puede recurrir por la vía del conflicto colectivo (lo que supone que se admite la prevalencia del interés general). Así, se ha resuelto que el período de vacaciones debe fijarse de conformidad entre el empresario y los

representantes de los trabajadores y no cabe su determinación unilateral alegando imposibilidad de acuerdo o reiteración de años anteriores. Sin embargo, también a falta de pacto, se admitió que la empresa fijase unilateralmente su fecha de disfrute por resultar razonables las fechas fijadas en función de la productividad. En todo caso, cuando se trata de una obligación asumida por la empresa, fruto de la negociación colectiva, decae la facultad del empresario de establecerlo unilateralmente, aunque se ha admitido la posibilidad de modificar la forma de disfrute de las vacaciones anuales establecida en convenio colectivo mediante acuerdo entre la empresa y dos de los sindicatos con representación en ella.

Por tanto, descartada la posibilidad de una imposición unilateral del empresario en la que se tuviesen en cuenta tan solo las necesidades productivas, la sede propia de regulación del tema es la negociación colectiva. Y efectivamente así ocurre en la práctica, estableciendo los convenios colectivos sistemas de fijación de vacaciones de lo más variado, en el que ocupa un lugar muy destacado el criterio de la antigüedad. Hay cláusulas por ejemplo que establecen un orden rotativo –que a veces se erige en criterio fundamental o exclusivo–, o que contemplan un sistema de sorteo, o la categoría del trabajador. Junto a ellas (aunque minoritariamente) también se encuentran recogidos criterios relativos a circunstancias personales del trabajador, como su edad, o la existencia o no de familiares a cargo, preferentemente hijos en edad escolar obligatoria o preescolar, para que las vacaciones coincidan con las del período lectivo, o bien la coincidencia de un matrimonio dentro de la misma empresa. En este sentido, es destacable el XII Convenio colectivo de la empresa Hibu Connect, SAU, que señala que “los padres con hijos en edad escolar obligatoria tendrán preferencia para el disfrute de las vacaciones en el período de vacaciones escolares”. También el VI Convenio colectivo

de la empresa NCR España, SL, cuyo art. 33 establece que “dentro de la categoría, los empleados con mayor antigüedad en la Empresa tendrán derecho preferente a elegir sus vacaciones respecto a los demás miembros del Departamento, Sección o servicio, salvando el derecho que tienen los empleados con hijos en edad escolar de disfrutar sus vacaciones dentro de dicho periodo escolar. Se entiende por edad escolar la comprendida entre los 4 y 18 años y por periodo de vacaciones escolares el que en cada momento determine la autoridad académica competente.” Como curiosidad de adaptación a las nuevas realidades familiares podemos mencionar el Convenio colectivo de la empresa Alcatel Lucent España, S.A., cuyo art. 8. establece que “En el caso de empleados afectados por un convenio regulador por separación o divorcio, se dará prioridad al disfrute de vacaciones coincidiendo con el período de custodia de los hijos, por lo que la planificación del período de vacaciones entre los empleados y sus supervisores, en función de las necesidades de trabajo, deberá realizarse con al menos dos meses de antelación”.

La preponderancia del criterio de antigüedad es muy criticable, tanto desde el punto de vista de los valores constitucionales como desde el punto de vista práctico. La importancia del derecho constitucional a la conciliación y su relación con la igualdad de oportunidades merecería que los convenios otorgaran mayor valor a los criterios relacionados con las responsabilidades familiares frente a otros tan neutros como el de antigüedad pero es que, además, obviar los factores subjetivos y las necesidades de conciliación del trabajador en un tema con tanta repercusión práctica en la organización de la vida familiar y personal puede incluso vaciar de contenido el derecho a vacaciones, dificultando el descanso real del trabajador.

Por otra parte, y en relación con el tema concreto de las vacaciones y la suspensión por maternidad conviene recordar que, después de un

accidentado camino evolutivo en el que ha tenido una importancia fundamental la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, nuestro ET reconoce ahora un completo régimen protector para el trabajador. El art. 38.3 ET establece que cuando el periodo de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones de la empresa coincida en el tiempo con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural, o con el periodo de suspensión del contrato por maternidad (en todas las modalidades previstas en el 48.4 ET) o por paternidad, “se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal o la del disfrute del permiso (...) al finalizar el periodo de suspensión, aunque haya terminado el año natural al que correspondan”. Como acertadamente señala GORELLI, lo que consagra este artículo es el derecho al cambio de fechas en el disfrute de las vacaciones, pero no que el trabajador o trabajadora afectados puedan fijar unilateralmente las nuevas fechas de vacaciones. Antes al contrario, habrá que estar nuevamente a la regla general en materia de fijación de fechas de las vacaciones, que es la del acuerdo entre las partes y de conformidad a las reglas que pueda establecer el convenio colectivo. En cuanto a la cuestión de si la fecha de disfrute en estos casos tiene que ser necesariamente después de la suspensión (como parece desprenderse de la literalidad del precepto), consideramos que el acuerdo entre trabajador y empresario no tiene por qué estar sometido a dicha limitación. Dado que las reglas generales de la fijación de fecha de disfrute remiten al pacto, en éste se puede acordar el disfrute antes del inicio de la suspensión, o incluso una vez finalizado éste pero intercalando un periodo de trabajo efectivo. Consideramos que la previsión estatutaria solo tendría virtualidad si no se llega al acuerdo y la controversia tiene que resolverse por la vía judicial.

Para articular esta cuestión con las reglas generales de fijación de las vacaciones sería interesante que el convenio incluyese alguna preferencia a favor de las mujeres gestantes.

IV. La determinación de la fecha de disfrute y la concreción horaria de las suspensiones y permisos vinculados a la conciliación. El caso particular de la acumulación del permiso de lactancia

El ET recoge una serie de derechos a la suspensión del contrato así como a ausencias retribuidas en supuestos relacionados con el cuidado de hijos: las suspensiones por maternidad y paternidad, el permiso para cuidado de neonato hospitalizado y el permiso de lactancia; algunos de ellos necesitan una concreción horaria y otros admiten distintas posibilidades de fecha de disfrute. La regla general suele ser que ambas cuestiones corresponden al trabajador o trabajadora titular del derecho, respetando en todo caso las limitaciones legales.

Con carácter general esta regla es aplicable también al permiso de lactancia (derecho a ausentarse diariamente una hora del trabajo, que se puede dividir en dos fracciones, o reducir la jornada diaria en media hora), con respecto al cual el art. 37.6 ET establece que su concreción horaria y determinación del periodo de disfrute “corresponderán al trabajador dentro de su jornada ordinaria”. Sin embargo, hay una modalidad de ejercicio del permiso de lactancia que se vincula a las previsiones del convenio colectivo y, en segundo lugar, al posible acuerdo individual con el empresario en todo caso sometido a las previsiones del convenio colectivo: la acumulación del permiso de lactancia en jornadas completas.

Según el art. 37.4 ET “Quien ejerza este derecho, por su voluntad, podrá (...) acumularlo en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con

el empresario respetando, en su caso, lo establecido en aquélla”. Por tanto, lo establecido en el convenio actuará como norma mínima, pudiendo producirse una eventual mejora de las condiciones convencionales por medio del acuerdo entre trabajador y empresario.

El convenio tendrá que determinar la forma, los requisitos y la duración del ejercicio del derecho. Para el cálculo de los días de acumulación se debe tomar como referencia el derecho a una hora de ausencia por día (no media), independientemente de la jornada real del trabajador (es decir, sin aplicación proporcional a la jornada); hay que tener en cuenta que el derecho comienza con el nacimiento del niño y se prolonga hasta que cumple los nueve meses, y que puede ser ejercido por la misma persona que ejerce el derecho a la suspensión por maternidad o por otra. Por tanto, es criticable el hecho de que muchas regulaciones convencionales partan del presupuesto de que es la madre la que ejerce ambos derechos y, por tanto, lo calculen en función del periodo que media desde las dieciséis semanas hasta los nueve meses.

El convenio colectivo tiene libertad para fijar el régimen jurídico de la acumulación, pudiendo establecer un tope de acumulación, un tope con un número de días superior o inferior, o incluso excluir incluso la acumulación, como ha señalado nuestro Tribunal Supremo en sentencia de 11-11-09. Por otra parte, a pesar de la remisión que hace la ley al convenio, esto no quiera decir que si este guarda silencio no se pueda utilizar dicha fórmula. Nuestros tribunales han avalado la posibilidad de que se invoque, por ejemplo, una práctica habitual de la empresa de conceder 13 días de permiso de lactancia acumulada e, incluso, han reconocido que si no se dice nada en el convenio y se opta por la acumulación, ha de referirse a cada hora diaria de ausencia.

La posibilidades de disfrute acumulado que podemos encontrar en los convenios colectivos son muy variadas; a título de ejemplo

podemos citar la modalidad de acumular el total de horas por permiso de lactancia disfrutándolo de forma ininterrumpida a continuación de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad, o bien acumular el número de horas correspondiente a un trimestre o un semestre para disfrutarlo de la misma manera que en el caso anterior y también, de manera más frecuente, la sustitución por unos días adicionales de permiso por maternidad . Más concretamente, vemos que hay convenios que hablan de 7 días sin solución de continuidad tras la baja, acumular en jornadas completas tras el permiso maternal tan solo el 85% de las horas que le pudieran corresponder, 15 días laborales tras el alta de maternidad, 15 días naturales a continuación del descanso de maternidad, tres semanas después de la suspensión por maternidad, 11 días, 14 días naturales, e incluso de 26 días. En general, son regímenes de disfrute excesivamente simplistas y con la inercia de considerar que es la mujer la titular del derecho y que, además, lo va a disfrutar la misma persona que disfruta de la suspensión por maternidad. Deberían adaptarse este tipo de formulaciones a la nueva regulación legal, mucho más amplia en cuanto a la titularidad, y fomentar de esta manera la corresponsabilidad.

V. La concreción horaria y la determinación de la fecha de disfrute de la reducción de jornada por motivos familiares

1. Cuestiones Generales

El ET reconoce diversos derechos de conciliación que consisten en la posibilidad de reducir la jornada por motivos familiares, y no todos tienen el mismo régimen jurídico con respecto a su concreción horaria y determinación de la fecha de disfrute. En unos casos es una facultad

que corresponde al trabajador, sin limitaciones, y en otros se establece que los convenios colectivos podrán fijar criterios en los que también se tengan en cuenta las necesidades organizativas de la empresa.

El supuesto en el que el trabajador disfruta de más libertad es en el caso de nacimiento de hijos prematuros o que por cualquier causa deban permanecer hospitalizados a continuación del parto: el art. 37.4 bis ET establece que el padre o la madre pueden ausentarse del trabajo durante una hora, sin pérdida de retribución, o bien reducir la jornada con disminución proporcional del salario la reducción de jornada (hasta dos horas). En ambos casos, en virtud de la literalidad del art. 37.6 ET la concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute corresponden al trabajador dentro de su jornada ordinaria.

En cambio, en el caso de los restantes derechos a la reducción de jornada por motivos familiares (los dos supuestos previstos en el art. 37.5 ET), la vigente redacción del 37.6 ET comienza atribuyendo el derecho a la concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute al trabajador, pero a continuación introduce una referencia a los criterios establecidos por la negociación colectiva que puede condicionar los intereses familiares. Esto afecta tanto al supuesto de reducción de jornada para cuidado de un menor de doce años o persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no desempeñe actividad retribuida como al supuesto de reducción para cuidado de familiares, cuyo titular es la persona que precise encargarse del cuidado directo de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que, por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida.

Como punto de partida, consideramos que la atribución genérica al trabajador de la facultad de concretar el horario y la fecha de disfrute supone darle prevalencia al interés de la conciliación, ya que no es

necesario llegar a un acuerdo con el empresario. Sin embargo, no queremos decir con esto que no existan límites a la voluntad del trabajador. El derecho del trabajador a la concreción horaria puede entrar en colisión con el derecho de dirección y organización del empresario, y por eso el propio art. 37.6 ET establece que las discrepancias surgidas entre trabajador y empresario sobre concreción horaria se resolverán por los tribunales, por la vía del procedimiento especial del art. 139 LJS. De todas formas, consideramos que hay que dar una interpretación restrictiva a las posibilidades empresariales de discrepar porque, en caso contrario, se podría vaciar de contenido y alterar el espíritu y finalidad del derecho a la reducción de jornada por cuidados familiares.

La discrepancia del empresario tendrá siempre que estar fundada en razones organizativas o productivas y no en motivos arbitrarios. Cuando estas razones existan estaremos ante una colisión entre dos principios constitucionales, el de libertad de empresa y el de protección a la familia; por tanto, a pesar de que como regla general habrá de prevalecer en la interpretación el segundo, habrá siempre que atender a las circunstancias concretas de cada caso, incluida la buena fe, para finalmente resolver la discrepancia en un sentido o en otro. Recae sobre el trabajador la prueba de las razones que legitiman su posición y su interés en su nuevo horario frente al propuesto por la potestad organizativa empresarial, de manera que la concreción no debe ser abusiva ni contraria a las exigencias de la buena fe, ni ser arbitraria, inusual o menos acomodada al fin del cuidado del menor.

Ahora bien, establecida como regla general que la concreción del horario y la fecha de disfrute corresponde al trabajador, la reforma laboral de 2012 introdujo para los casos de reducción de jornada del art. 37.5 ET un sometimiento a los posibles criterios fijados en la negociación colectiva en los que se tengan en cuenta tanto los

derechos de conciliación del trabajador como las necesidades productivas y organizativas del empresario. Además, ahora se consagra la posibilidad de que el convenio fije un periodo de preaviso al empresario superior a quince días: “El trabajador, salvo fuerza mayor, deberá preavisar al empresario con una antelación de quince días o la que se determine en el convenio colectivo aplicable, precisando la fecha en que iniciará y finalizará el permiso de lactancia o la reducción de jornada.”

De esta manera la reforma laboral de 2012, respondiendo a su objetivo general de flexibilizar las condiciones de trabajo para su adaptación a las necesidades productivas y organizativas, da entrada en este tema a la negociación colectiva, para que pueda fijar criterios en los que expresamente se tengan en cuenta dichas necesidades.

Esta cuestión ha sido criticada por la doctrina porque podría llevar a que el convenio vaciase en la práctica el derecho del trabajador a concretar el horario. Antes de la reforma, el tema del ejercicio del derecho a la reducción de jornada (como el de los restantes derechos de conciliación) era uno de los contenidos posibles de la negociación colectiva según el art. 85.2 ET, pero partiendo de la premisa de que la reducción de jornada era un derecho necesario relativo, respecto del cual la negociación colectiva solo podía mejorar el régimen legal. De hecho, los tribunales habían anulado determinadas cláusulas convencionales restrictivas, por considerar que la regulación no podía realizarse “limitando de forma genérica el derecho del trabajador a la determinación de la citada concreción”. Reviste particular interés la STS de 21/03/2010, que anuló un precepto de un convenio colectivo que establecía una serie de requisitos para la concreción horaria de la reducción de jornada que no aparecen en el art. 37 ET. Las razones que el TS esgrimió para la anulación son muy interesantes, por lo que merece la pena exponerlas:

1. En primer lugar, el TS recuerda que el artículo 37.5 ET forma parte del desarrollo del art. 39 CE, que establece la protección a la familia y a la infancia, finalidad que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa (STS 20-7-00).

2. En segundo lugar, señala que el artículo 37.5 ET establece que la reducción de jornada constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres y mujeres, por lo que su ejercicio, en principio, no debe tener más limitaciones que las establecidas en el artículo 7 CC, es decir, que ha de ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe y no ha de suponer abuso de derecho o ejercicio antisocial del mismo. Y considera que la denegación –o en su caso limitación– del ejercicio del derecho a disfrutar permisos parentales establecidos en la Ley puede incidir en la vulneración de derecho a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras –discriminación indirecta, por ser las mujeres trabajadoras notoriamente el colectivo que ejercita en mayor medida tal derecho– por lo que se encuentra en juego el ejercicio de un derecho fundamental. (STC 3/07 de 15 de enero).

3. Junto a ello, reconoce también el Alto Tribunal que el ejercicio del derecho a la reducción de jornada puede incidir en la esfera de actuación de otros derechos que también son dignos de protección, como puede ser el derecho del empresario de ejercer el poder de dirección del art. 20 ET, y que el reconocimiento ilimitado del derecho del trabajador pudiera ocasionar serias dificultades organizativas a la empresa.

Partiendo de esta base, el tribunal analiza el precepto impugnado, y observa que en él “no se realiza ponderación alguna de los intereses en juego sino que, con carácter general, se procede a establecer una serie de limitaciones al ejercicio del derecho de reducción de jornada en orden a la concreción horaria de la misma”. Es por esto por lo que se

declara la nulidad del precepto, aunque añade la sentencia: “Las anteriores consideraciones no suponen que se prive a la negociación colectiva de la posibilidad de establecer la forma de efectuar la concreción horaria de la reducción de jornada, pero ha de tenerse presente que dicha concreción ha de realizarse ponderando los intereses en juego, no limitando de forma genérica el derecho del trabajador a la determinación de la citada concreción pues ha de tenerse en cuenta que estamos ante el ejercicio de un derecho individual y toda limitación del mismo ha de obedecer a razones suficientemente justificadas.”

Pues bien, esta doctrina puede quedar cuestionada por la nueva redacción del art. 37.5 ET, al menos en lo referente al punto segundo de que el ejercicio del derecho a la reducción no debe tener más limitaciones que las establecidas en el art. 7 CC. Ahora expresamente el art. 35.6 ET autoriza a los convenios colectivos a que fijen los criterios de concreción horaria en atención “a los derechos de conciliación (...) y a las necesidades productivas y organizativas de la empresa”, sin priorizar a ninguno de los dos intereses en juego. Aunque hay autores que advierten de ese peligro, consideramos que sigue siendo necesaria la ponderación, en la cual tendrán particular importancia el derecho constitucional a la protección de la familia y el derecho fundamental a la igualdad y no discriminación.

En todo caso, la negociación colectiva posterior a la reforma no ha hecho mucho uso de la facultad que le otorga el nuevo texto del art. 37.6 ET. Tal como venía ocurriendo anteriormente, no abundan los convenios colectivos que se ocupen del derecho a la reducción de jornada, y en muchos casos lo hacen tan solo para repetir lo establecido en el ET, a veces incluso sin actualizar. Sin embargo, en ciertos supuestos sí se establece alguna limitación al derecho de concreción, como la recogida en el art. 21 XIV Convenio

Interprovincial para el comercio de flores y plantas cuando señala que “La referida concreción horaria no podrá afectar al régimen de turnos establecido en el Centro, si lo hubiere”.

2. Concreción horaria y turno de trabajo

El horario de un trabajador, clave para la conciliación de su vida laboral, familiar y personal, está muy condicionado por la posible existencia de turnos de trabajo dentro de la empresa. Por ello, la existencia o no de un posible derecho del trabajador a que se le conceda el cambio de turno (o la adscripción a un turno fijo en caso de que sean rotatorios) es una cuestión con gran trascendencia práctica, y que ha levantado un encendido debate en doctrina y jurisprudencia.

En sede judicial, se da un tratamiento distinto al problema dependiendo de que el cambio de turno esté asociado o no a una reducción de jornada, más favorable para el trabajador en este último caso. Así, a pesar de que jornada y horario son conceptos distintos, podemos afirmar que la doctrina más reciente de nuestros tribunales admite el derecho del trabajador a solicitar el cambio de turno en los casos en que se produce una reducción de jornada, aunque hay que hacer algunas precisiones al respecto. Para la doctrina judicial más afianzada, la generalidad de los términos en que está redactado el art. 37.6 ET no autoriza a excluir cualquier posibilidad de que el ajuste de horario a la nueva duración de la jornada reducida pueda comportar un cambio en el régimen de turnos, o incluso establecerse un turno fijo. En el caso de que la empresa se oponga a la concreción horaria propuesta habrá que ponderar casuísticamente todas las circunstancias concurrentes, debiendo resolverse el conflicto entre el derecho del trabajador a conciliar y el derecho de la empresa a la organización del trabajo a favor de aquél cuyo interés resulte prevalente para favorecer la efectividad de los derechos constitucionales en juego sin provocar

ningún perjuicio trascendente a la actividad productiva de la empresa. En este sentido de la ponderación es clave la STC 3/2007, de 15 de enero, en la que se enjuiciaba el caso de una trabajadora de un centro comercial con una jornada de doble turno de lunes a sábado, que para poder conciliar la vida laboral y familiar solicitó a la empresa la reducción de la jornada, pero además que la jornada reducida en vez de prestarla de lunes a sábado se le acumulase de lunes a miércoles, y pasar de turnos rotatorios a turno fijo de mañana. El TC hace hincapié en que hay que interpretar los derechos del 37.5 y 6 ET teniendo en cuenta los derechos constitucionales en juego, que son la no discriminación y la protección a la familia y el menor. También considera que, al no decir nada el ET sobre cuáles son los intereses que prevalece, si los del empresario o los del trabajador, esto significa que se tiene que hacer la ponderación para hacer compatibles todos ellos. Finalmente, el TC concluye que, dado que en este caso la valoración de las circunstancias concretas no se realizó, el derecho fundamental de la trabajadora no fue tutelado y se produjo una discriminación indirecta.

Por tanto, podemos afirmar que en los casos en que el trabajador solicite al mismo tiempo la reducción de jornada y el cambio de turno no hay que aceptar automáticamente el cambio, pero tampoco será automático su rechazo. En esta línea, la doctrina judicial más reciente entiende que también en estos casos habrá que ponderar, y la ponderación exige tener presentes las exigencias de la buena fe, la interdicción del abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo, de modo que se compatibilicen los intereses del menor y del trabajador con las facultades empresariales de organización del trabajo. Y, por supuesto, como en los demás casos de concreción horaria, teniendo en cuenta que la protección de la familia y el derecho a la igualdad son derechos constitucionalmente reconocidos, lo que les da un especial valor.

Esta doctrina, consolidada con respecto a los casos en que el cambio de turno se plantea en el contexto de una reducción horaria, no se aplica cuando el trabajador solicita el cambio de turno como única reivindicación. En este segundo supuesto el derecho que ejerce el trabajador es de adaptar la duración y distribución de la jornada, reconocido en el art. 34.8 ET, y la solución dada por los tribunales es desestimatoria para los intereses del trabajador, en los términos que expondremos en el apartado siguiente.

VI. 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

1. Regulación legal y doctrina judicial

La LOI 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 aquélla. 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.”

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 ET. 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 acompaña. 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 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. 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 aquélla”) 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 ponderación, mientras otros afirman sin matices que el derecho del art. 34.8 ET no es directamente invocable ante los órganos judiciales. Existen posturas menos polarizadas, como la del prof. LAHERA, 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 jornada. 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 Justicia.

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

2. 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 trabajador. 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 empresa³; 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 disponible⁴, en la que se

³ 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.

⁴ Art. 45 bis XVII 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

integran todas las horas de descanso 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, como en el caso del art. 74 del XVIII Convenio Colectivo de SEAT, S.A. se puede combinar un sistema de cuenta de horas personal con otro colectivo

También se aprecia cierta sensibilidad en algunos convenios colectivos al establecer criterios de preferencia para la elección de turno de trabajo. Es el caso por ejemplo del Convenio colectivo de la empresa Hertz de España, SL, suscrito con fecha 30 de mayo de 2013, cuyo art. 24 se refiere expresamente a las situaciones personales a tener en cuenta en el establecimiento de los turnos: “En el momento de la negociación de los turnos, y por el orden que se indica, se tendrán en cuenta los siguientes puntos: a) Situación familiar, fundamentalmente, número de personas bajo relación y dependencia familiar (...)”

flexibles, horas 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.”.

Buenas prácticas en materia de organización del tiempo de trabajo para fomentar la igualdad de oportunidades en la empresa

En definitiva, un desarrollo escaso de una buena práctica empresarial 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.