

DISTRIBUCIÓN IRREGULAR DE LA JORNADA, FLEXIBILIDAD DEL TIEMPO DE TRABAJO Y TIEMPO DE VIDA PERSONAL Y FAMILIAR

María Emilia Casas Baamonde

mariaemiliacasas@pdi.ucm.es

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Presidenta emérita del Tribunal Constitucional

Universidad Complutense de Madrid

Resumen

Los aspectos cuantitativos, pero sobre todos cualitativos, del tiempo de trabajo, de su ordenación y distribución, constituyen uno de los grandes ejes de las formas de organización flexible del trabajo, favorecidas por la digitalización. La flexibilidad del tiempo de trabajo es una poderosa línea de transformación del ordenamiento laboral, que satisface los requerimientos organizativos y productivos de los empresarios, y también las necesidades de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores. Sin embargo, las medidas de flexibilidad del tiempo de trabajo para atender a las necesidades empresariales (distribución irregular de la jornada y contrato de trabajo a tiempo parcial, que en su regulación vigente tiene una alta tasa de forzosidad

y feminización y no es fórmula dirigida a satisfacer las necesidades de conciliación de los trabajadores) son amplias, efectivas y eficaces, no siendo esa la lógica a la que responde la flexibilización del tiempo de trabajo para conciliarlo con el tiempo de vida de los trabajadores. Condicionados a la negociación colectiva y problemáticos en su disfrute en la práctica, los derechos de conciliación de los trabajadores se han reconducido por la regulación legal española virtualmente a la reducción de la jornada, con la correspondiente reducción retributiva, sin apenas explorar fórmulas de flexibilidad en la disposición del tiempo de trabajo, ni de racionalización de los horarios, con un importante impacto adverso de género causante de nuevas discriminaciones de las mujeres en el trabajo, en la vida familiar y social.

Palabras clave:

Tiempo de trabajo;
Flexibilidad; Digitalización;
Distribución irregular de la
jornada; Contrato de
trabajo a tiempo parcial;
Derechos de conciliación
de los trabajadores;
Reducción de la jornada de
trabajo; Discriminación de
las mujeres

Abstract

The quantitative aspects, but above all qualitative ones, of working time, of its organization and distribution, constitute one of the main axes of the forms of flexible organization of work, favored by digitalization. The flexibility of working time is a powerful line of transformation of the labor order, which satisfies the organizational and productive requirements of employers, and also the needs of reconciliation of personal, family and work life of workers. However,

measures of flexibility of working time to meet business needs (irregular distribution of the working day and part-time work contract, which in its current regulation has a high rate of forced and feminization and is not a formula aimed at satisfy the needs of workers 'conciliation) are broad, effective and effective, this not being the logic to which the flexibilization of working time responds in order to reconcile it with the workers' lifespan. Conditional to collective bargaining and problematic in their enjoyment in practice, workers' conciliation rights have been redirected by Spanish legal regulation to virtually the reduction of the working day, with the corresponding reduction in remuneration, without hardly exploring formulas of flexibility in the provision of working time, or the rationalization of schedules, with a significant adverse impact of gender causing new discriminations of women at work, in family and social life.

■ **Keywords:**

Work time; Flexibility; Digitization; Irregular distribution of working day; Part-time work contract; Worker conciliation rights; Reduction of the working day; Discrimination of women

1. Tiempo de trabajo, tiempo de vida, digitalización del trabajo – 2. Medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción de empleo (capítulo III de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral) – 3. Fomento del trabajo a tiempo parcial y de la flexibilidad en el tiempo de trabajo: el contrato a tiempo parcial como modalidad de gestión flexible del tiempo de trabajo – 4. Tiempo de vida personal y familiar: las medidas de flexibilidad interna de los trabajadores, los derechos de conciliación de la vida personal, laboral y familiar – 5. La estrechez de los derechos de conciliación de las personas trabajadoras, su reconducción a las reducciones de jornada y a las excedencias, y su feminización causante de nuevas discriminaciones en el trabajo de las mujeres

1. TIEMPO DE TRABAJO, TIEMPO DE VIDA, DIGITALIZACIÓN DEL TRABAJO

El tiempo de trabajo es institución esencial en las vidas de las personas, como lo es el “tiempo otro”¹, el tiempo de no trabajo, de descanso. El tiempo es una dimensión consustancial del contrato de trabajo y de la persona que lo realiza, dirigiéndose su regulación eurounitaria a la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores y, en concreto, a la protección de su seguridad y salud en el trabajo mediante normas mínimas armonizadoras (Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, sucedida por la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo)². La inescindibilidad del trabajo la persona que lo realiza hace que su prestación se mida y se determine según secuencias temporales,

¹ A.H. MASLOW, *The Farther Reaches of Human Nature*, Penguin Books, Londres, 1976, pág. 256; M. ALONSO OLEA, *Introducción al Derecho del Trabajo*, 7ª ed. al cuidado de M.E. CASAS BAAMONDE y E. ALONSO GARCIA, Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2013, pág. 111.

² Por todas, Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de noviembre de 1996, C-84/94, *Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Consejo v. Consejo de la Unión Europea* (ECLI:EU:C:1996:431).

una característica del propio contrato de trabajo y de la configuración de la obligación laboral, como “trabajo prestado durante un cierto tiempo”³.

La transformación digital, y su proyección sobre el tiempo de trabajo, es innegable. Progresivamente los cambios en los sistemas productivos, últimamente por el poder de las tecnologías digitales, han hecho aparecer nuevos problemas en materia de tiempo de trabajo que reflejan en la realidad socio-laboral una variedad de situaciones que no se corresponden ya con el modelo típico de jornada ordinaria a tiempo completo y con distribución regular (8x8x8). Se han roto las coordenadas de tiempo - y lugar- de la prestación de trabajo subordinado y por cuenta ajena⁴. Los aspectos cuantitativos y, señaladamente, cualitativos del tiempo de trabajo constituyen uno de los grandes ejes sobre los que bascula la puesta en funcionamiento de las formas de organización flexible del trabajo⁵. Las nuevas técnicas de ordenación del tiempo de trabajo tienden a facilitar su ajuste a las necesidades de las empresas mediante una organización del trabajo menos rígida y más adaptable, mejorando también –se dice– los niveles de empleo en aras del incremento de su productividad y competitividad.

El crecimiento exponencial de las variedades de jornada de trabajo y la transformación digital han supuesto modificaciones en los modos sociales y de vida, menos ordenados que en el pasado⁶, al abandonarse el paradigma de la jornada de trabajo semanal o diaria rígidas, aunque la jornada de cinco días ordinaria no haya desaparecido. Han surgido tipos extraordinariamente variados de tiempo de trabajo “atípico” o flexible, distintos del ordinario a tiempo completo, que incluso han dado lugar a contratos atípicos: los bancos de horas, el trabajo de fin de semana, los trabajos marginales o mini trabajos, el trabajo a la llamada, el trabajo informal, o, incluso, el polémico contrato de cero horas, cuya supresión ha pedido a los Estados miembros el Parlamento Europeo⁷.

³ M. ALONSO OLEA y M.E. CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, 26ª ed., Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2009, pág. 325.

⁴ Ruptura de la que ofrecen numerosos ejemplos la jurisprudencia y la negociación colectiva. Puede consultarse la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 10 de septiembre de 2015, C- 266/14, *Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones Obreras (CC.OO.) y Thico* (ECLI:EU:C:2015:578), en cuyo fallo se declara que el artículo 2, punto 1, de la Directiva 2003/88/CE “debe interpretarse en el sentido de que, en circunstancias como las controvertidas en el litigio principal, en las que los trabajadores carecen de centro de trabajo fijo o habitual, el tiempo de desplazamiento que dichos trabajadores dedican a los desplazamientos diarios entre su domicilio y los centros del primer y del último cliente que les asigna su empresario constituye «tiempo de trabajo», en el sentido de dicha disposición”.

⁵ M. RODRIGUEZ-PIÑERO, F. VALDÉS Y M.E. CASAS, *Contratación a tiempo parcial y flexibilidad en el tiempo de trabajo en la nueva reforma laboral (RDL 16/2013, de 20 de diciembre)*, Relaciones Laborales, núm. 2, febrero, 2014, págs. 6 y ss.

⁶ A. SUPIOT, M.E. CASAS, J. DE MUNCK, P. HANAU, A. JOHANSSON, P. MEADOWS, E. MINGIONE, R. SALAIS, y P. VAN DER HEIJDEN, *Au-delà de l'emploi*, 2º ed, A. SUPIOT, *Les voies d'une vraie réforme du droit du travail*, Flammarion, Paris, 2016, págs. 100 y ss.

⁷ Resolución de 4 de julio de 2017 *sobre las condiciones laborales y el empleo precario* (2016/2221(INI)).

Es necesario un marco jurídico que contemple las nuevas formas de trabajo y procure su regulación equilibrada, de modo que se protejan y reconozcan derechos a los trabajadores sometidos a esas fórmulas nuevas de ordenación del tiempo de trabajo, sin desconocer las necesidades o requerimientos de las empresas.

Con una perspectiva inclusiva, el Parlamento europeo ha propuesto a la Comisión y los Estados miembros utilizar el tiempo de trabajo como instrumento de rearme laboral. La ordenación del tiempo de trabajo es un instrumento esencial al servicio de los objetivos de contener la atipicidad y la precariedad, y alcanzar las garantías del trabajo digno. La limitación del tiempo máximo de trabajo, el derecho a los descansos diario y semanal y a las vacaciones anuales retribuidas, que garantizan a todos los trabajadores la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 31.2), la Directiva 2003/88/CE, sobre ordenación del tiempo de trabajo, y las sentencias del Tribunal de Justicia –destacando las que han calificado el tiempo de guardia en el lugar de trabajo como tiempo de trabajo efectivo, como tal precisado de descanso compensatorio⁸–, han de aplicarse efectivamente a todos los trabajadores, incluidos los trabajadores “a la carta”, los trabajadores a tiempo parcial en empleos marginales, y los trabajadores en régimen de externalización abierta (*crowdsourcing*), régimen de empleo extendido también por el poder de las organizaciones on-line (web 2.0).

Recuerda el Parlamento Europeo con toda pertinencia que la Directiva sobre la ordenación del tiempo de trabajo es una norma de seguridad y salud laboral, cuya aplicación efectiva coadyuvará a combatir las bajas condiciones de seguridad y salud de los trabajadores relegados a esas formas atípicas de empleo, especialmente adversas cuando ocupan empleos marginales. La marginalidad del empleo produce marginación laboral y social, por lo que el Parlamento insta a los Estados miembros y a la Comisión a “fomentar” medidas que permitan ampliar la jornada de los trabajadores que quieren trabajar más.

El tiempo de trabajo en la economía digitalizada es un tiempo en ocasiones de difícil formalización o delimitación, sin substrato físico, comparable a un tiempo de puesta a disposición o de disponibilidad, que, indebidamente, no lleva aparejada la retribución, ni protección. Cualquier conexión con el centro empresarial o plataforma digital, por débil que sea, es tiempo de trabajo.

Una mera referencia al derecho de desconexión digital (regulado en el ordenamiento francés) para evitar la invasión empresarial del tiempo de no descanso obliga a evocar los valores y límites que siguen teniendo eficacia al referirse, en sustancia, a la necesidad de establecer límites al poder de dirección empresarial, limitado por el tiempo de no trabajo, por la vida privada de los trabajadores. La dependencia o subordinación digital pone de relieve las dificultades de reforzamiento del poder de control empresarial, hecho frente al que han de actuar los derechos fundamentales de los trabajadores.

⁸ Entre otras, STJ (Sala Segunda), de 1 de diciembre de 2005, C-14/04, Abdelkader Dellas (ECLI:EU:C:2005:728); ATJ (Sala Quinta) de 11 de enero de 2007, C-437/05, *Jan Vorel* (ECLI:EU:C:2007:23); STJ (Sala Segunda) de 25 de noviembre de 2010, C-429/09, *Günter Fuß* (ECLI:EU:C:2010:717).

De otra parte, los derechos fundamentales a la igualdad y la prohibición de discriminación por sexo femenino han incorporado a los ordenamientos jurídicos europeos los llamados derechos de conciliación los trabajadores –en masculino para significar su titularidad indistinta de hombres y mujeres y la asunción por aquéllos de tareas de cuidado familiar, asumiendo o compartiendo su responsabilidad sobre las mismas con las mujeres–, para alcanzar la igualdad de la mujer. Son derechos de dimensión constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 3/2007, de 15 de enero, caso Alcampo), en los que la flexibilidad del tiempo de trabajo es relevante desde la perspectiva de los trabajadores.

Esa mayor adaptabilidad o “amenagement” del tiempo de trabajo ha de ser bidireccional. Están concernidos los mencionados derechos de conciliación de los tiempos o vidas de los trabajadores, personal, laboral y familiar, que componen una sola vida, la vida de las personas. Sin embargo, los cambios experimentados por el tiempo de trabajo, su dilución en las innovaciones tecnológicas que afectan decisivamente a las formas de trabajar y de organización empresarial (de la institución empresarial a la acción empresarial), el incremento de empleos atípicos y de los horarios de trabajo atípicos tienen un efecto perjudicial directo sobre las mujeres y dificultan las adaptaciones razonables del tiempo de trabajo a las necesidades personales y familiares, debiendo las personas trabajadoras conciliar su vida de no trabajo, de descanso, por tanto, con el trabajo, y no al revés, como debiera ser en las sociedades progresivamente igualitarias. Las mujeres continúan discriminadas por sexo y género en el trabajo, y especialmente expuestas a modalidades de empleo atípicas y a condiciones de trabajo precarias.

Se trata de dos distintas perspectivas de la flexibilidad en el tiempo de trabajo que se entrecruzan, dando lugar a lógicas legislativas antinómicas cuya resolución se salda con soluciones armoniosas o no armoniosas, sin que se exploren en medida significativa los mecanismos de adaptación del tiempo de trabajo a las necesidades personales y familiares de las personas trabajadoras para poder ser concebidos los derechos de conciliación real y efectivamente como derechos.

2. MEDIDAS PARA FAVORECER LA FLEXIBILIDAD INTERNA EN LAS EMPRESAS COMO ALTERNATIVA A LA DESTRUCCIÓN DE EMPLEO (Capítulo III de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral)

Fomento [...] de la flexibilidad en el tiempo de trabajo (artículo 1 del Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores)

Sabido es que el Estatuto de los Trabajadores (ET) regula la que denomina “distribución irregular de la jornada a lo largo del año” en su artículo 34.2. La regulación del citado precepto legal, procedente de la Ley reformadora 11/1994, de 19 de mayo, de la Ley reformadora 3/2012, de 6 de julio –que tomó pie en el II Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2012, 2013 y 2014, suscrito con

fecha 25 de enero de 2012, de una parte, por CEOE, CEPYME, CCOO y UGT, aunque este confiaba esa distribución irregular del tiempo de trabajo a la negociación colectiva–, y del posterior Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores, se compone de la serie de nomas siguientes:

A) La *primera norma* encomienda al convenio colectivo (del título III del ET), de cualquier ámbito, y en su defecto al acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año, si así lo deciden, en el porcentaje que deseen. La ley no establece aquí ningún límite al respecto, teniendo el pacto de distribución irregular de la jornada un amplio espacio de disponibilidad.

Se ha discutido si la ley encuadra la distribución irregular de la jornada “a lo largo del año” –dicción textual– o a lo largo de un año, esto es, de un período de doce meses consecutivos. El entendimiento de la doctrina y de la jurisprudencia ha sido identificar el año con el natural con el argumento de que cuando la ley había querido traspasar ese ámbito temporal de referencia lo había hecho expresamente, como es el caso de las vacaciones⁹. Sin embargo, la adición de un nuevo párrafo al apartado 2 del artículo 34 del ET por el Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, que, como veremos, ha fijado “el plazo de doce meses” para compensar las diferencias derivadas de la distribución irregular de la jornada y la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo legal o pactada, introdujo dudas sobre la interpretar de todo el precepto en este último sentido, que han sido desautorizadas por el Tribunal Supremo.

B) La *segunda regla*, procedente de la reforma legislativa de 2012, actúa como norma de cierre para el caso de que ni el convenio colectivo ni el acuerdo colectivo de empresa acuerden establecer la distribución irregular de la jornada, otorgando al empresario la facultad unilateral de distribuir de manera irregular a lo largo del año el diez por ciento de la jornada de trabajo, porcentaje que es máximo. El primer efecto de esta facultad unilateral empresarial de distribución irregular de la jornada de trabajo es la superación del máximo legal de 40 horas semanales de trabajo efectivo (o del convencional alternativo), aunque en la regulación legal ese máximo es un promedio que se computa anualmente (art. 34.1, párrafo segundo). Pero la consecuencia más significativa es la que afecta a la falta de regularidad en la prestación de trabajo debida cada semana o cada día para adaptar el trabajo a las necesidades productivas empresariales.

A tenor de la regulación expuesta, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha afirmado la imposibilidad de que la empresa establezca unilateralmente la distribución irregular de la jornada “olvidando que dicha facultad sólo existe en defecto de pacto “y ese pacto... ya existía cuando se introdujo esa facultad en relación con el diez por ciento de la jornada por la Ley 3/2012”: “en el epígrafe 1 de la repetida cláusula 22 del convenio colectivo se da la definición del módulo de jornada diaria y se alude a

⁹ Superación del año reafirmada, sin límites, para el abono de la retribución de las vacaciones no disfrutadas por la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 29 de noviembre de 2017, C-214/16, *King*.

su regulación y a la del sistema de cómputo en los gráficos del personal, cabiendo añadir que en los epígrafes 3 y 4 de la cláusula 26 (servicios especiales) se establecen “consideraciones a efectos de jornada laboral”, con alusión a los servicios especiales en exceso sobre la jornada laboral normal que “se considerarán horas extras y se compensarán económicamente según detalla el punto siguiente” (4), donde, en efecto, se regulan las compensaciones económicas y en cuyo último párrafo se precisa la prima especial al respecto, de manera que se ha de estar a todo ello mientras se mantenga en vigor” (STS de 16 de junio de 2015, caso Ferrocarrils de la Generalitat Valenciana¹⁰). A sensu contrario, la STS de 3 de octubre de 2017, de nuevo caso Ferrocarrils de la Generalitat Valenciana¹¹, considera que los pactos impugnados son conformes a derecho porque no contienen previsiones sobre distribución irregular de la jornada de trabajo que afecten al contenido del anterior acuerdo sobre esta materia.

Asimismo el Tribunal Supremo ha otorgado validez a un pacto extraestatutario –por falta de depósito, registro y publicación–, alcanzado en el marco del artículo 86.3 del ET, para proceder a la distribución irregular de la jornada sin contradecir la regulación contenida en el convenio colectivo, pese a encontrarse éste en vigencia ultraactiva y haberse roto la anterior unidad de negociación (STS de 14 de diciembre de 2016, caso Panrico, SAU¹²).

Son numerosas las Sentencias los Tribunales Superiores de Justicia que han anulado distribuciones irregulares de jornadas efectuadas unilateralmente por el empresario y plasmadas en el calendario laboral, contradiciendo la regulación de los convenios colectivos. La STSJ de Madrid, Sala de lo Social, núm. 297/2014, de 16 de junio¹³, declaró la nulidad del calendario laboral elaborado por la empresa, que preveía el trabajo de lunes a sábado, por suponer una distribución irregular de la jornada que contravenía lo previsto en el convenio colectivo que prohibía la distribución irregular en sábados, domingos y festivos, salvo pacto en contrario, que en el caso no concurría. La STSJ también de Madrid, Sala de lo Social, núm. 2103/2012, de 13 de noviembre¹⁴, deparó la misma sanción de nulidad a la decisión unilateral de la empresa consistente en imponer a los trabajadores del departamento de producción una jornada irregular, reconociendo el derecho de los trabajadores a ser repuestos en sus anteriores condiciones de trabajo y el derecho a la retribución de las horas no trabajadas como consecuencia de esa medida, sin posibilidad de su recuperación.

Con una interpretación más rigurosa la STSJ de Castilla y León, Sala de lo Social (Burgos), núm. 351/2013, de 17 de julio¹⁵, ha entendido que, dado que la posibilidad de que el empresario establezca unilateralmente la distribución irregular de un máximo del 10% de la jornada se condiciona por la ley a la falta de pacto, es obligada la negociación previa al respecto, por lo que al no existir la modificación del calendario laboral se declara ilegal.

¹⁰ Recurso de Casación núm. 266/2014, ECLI:ES:TS:2015:3080.

¹¹ Recurso de Casación núm. 202/2016, ECLI:ES:TS:2017:3712.

¹² Recurso de Casación núm.17/2016, ECLI:ES:TS:2016:5725.

¹³ ECLI:ES:TSJM:2014:8906.

¹⁴ ECLI:ES:TSJM:2012:14622.

¹⁵ ECLI:ES:TSJCL:2013:3135.

Obviamente, el empresario no puede hacer un uso arbitrario, irracional ni abusivo de esa facultad unilateral, como vienen señalando la doctrina y la jurisprudencia: el artículo 34.2 del ET “autoriza a que el Convenio Colectivo, con los límites que señala, establezca la distribución irregular de la jornada a lo largo del año, siempre que respete los períodos mínimos de descanso dispuestos legalmente. Lo que no significa que el empresario pueda hacer uso de esta facultad a su capricho, arbitrariamente o de manera irracional, como en general, no puede hacerlo con ninguna de las facultades en que se vertebra el poder de dirección de la actividad laboral. Ningún poder jurídico tolera ser ejercitado con abuso (artículo 7.2 Código Civil), cosa que sucede cuando su titular lo emplea, con daño de terceros, para fines ajenos a los que determinaron su concesión. La decisión empresarial de fijar el horario de trabajo siempre habrá de fundarse en causas conectadas con la utilidad y necesidades del funcionamiento de la empresa, la concurrencia de las cuales es aspecto susceptible de someterse al control judicial, en caso de discrepancia. Entendido de esta suerte –como así lo hizo la sentencia combatida–, el artículo 29 del Convenio no transgrede el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, cuyas disposiciones en punto a las acciones individuales y colectivas que los trabajadores tienen a su alcance en los supuestos de producirse una modificación sustancial de su horario de trabajo continúan plenamente en vigor” (STS de 15 de diciembre de 1998, Recurso de Casación núm. 1162/1998, caso impugnación del Convenio Colectivo para el Comercio de Baleares).

El cambio sustancial de la jornada de trabajo, del horario y de la distribución del tiempo de trabajo (redacción dada por la Ley 3/2012) figura en la lista de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo (art. 41.1.ET), por lo que, de cumplirse los restantes requisitos del supuesto de hecho, la decisión modificativa del empresario se ha de someter al procedimiento previsto en el mencionado precepto legal (STSJ de Castilla y León, Sala de lo Social (Burgos), núm. 206/2013 de 8 mayo¹⁶).

C) La *tercera norma* impone límites de derecho necesario relativo o mínimo a la distribución irregular de la jornada acordada o decidida por el empresario, que deberá respetar : 1º) en todo caso, los periodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la ley (el límite mínimo indisponible es de 12 horas entre jornada y jornada: art. 34.3, párrafo primero, ET, y el semanal de día y medio ininterrumpido acumulables por períodos de hasta catorce días: art. 37.1, párrafo primero, ET; pero puede tener que respetar los previstos en el convenio u otros superiores a los legales; el art 2 del RD 1561/1995 permite la reducción de ese descanso entre jornadas mediante compensación por descansos alternativos); 2º) el trabajador ha de conocer con un preaviso mínimo de cinco días el día y la hora de la prestación de trabajo resultante de aquélla (el preaviso es también mínimo).

El preaviso tiene carácter imperativo, y su duración no puede empeorarse o rebajarse por la negociación colectiva (STS de 16 de abril de 2014, caso Grupo El Árbol Distribución y Supermercados, SA¹⁷, cuyo convenio colectivo establecía un preaviso de veinticuatro horas). Sin embargo, la STSJ de Galicia, Sala de lo Social (A Coruña),

¹⁶ ECLI:ES:TSJCL:2013:1355.

¹⁷ Recurso de Casación núm. 183/2013, ECLI:ES:TS:2014:1963.

núm. 6559/2015, de 25 noviembre, caso Consultoría Natutechnia SL¹⁸, ha aceptado un preaviso convencional de duración inferior a cinco días si la distribución irregular de la jornada es de aceptación voluntaria por el trabajador.

Además, el empresario ha de respetar el límite de no sobrepasar las nueve horas diarias ordinarias de trabajo efectivo, pues la ley (el artículo 34.3, párrafo segundo, del ET) consiente sólo al convenio colectivo o, en su defecto, al acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, el establecimiento de “otra distribución del tiempo de trabajo diario, respetando en todo caso el descanso entre jornadas”.

Por su parte, la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre, exige que la duración media del trabajo no supere las cuarenta y ocho horas semanales en un período de referencia de cuatro meses (arts. 6.b) y 16.b)).

D) La *cuarta norma*, procedente del Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, vuelve a llamar al convenio colectivo y, en su defecto, al acuerdo de empresa, para que fijen el modo de 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.

E) La *quinta y última norma* del art. 34.2 ET, proveniente también del citado Real Decreto-ley 16/2013, que vuelve a ser de cierre, ordena que las diferencias derivadas de la distribución irregular de la jornada queden compensadas en el plazo de doce meses desde que se produzcan, en defecto de pacto. En el año natural, y sin que quepa desplazar la compensación al año siguiente bajo sanción de nulidad, según la STS de 3 de febrero de 2015, caso ANICE¹⁹.

Es sabido que los trabajadores menores de dieciocho años no pueden realizar más de ocho horas diarias de trabajo efectivo, incluyendo el tiempo de formación y el pluriempleo (art. 37.3, párrafo tercero, ET).

La complementación del cuadro legal exige advertir que el artículo 84.2 c) ET otorga preferencia aplicativa al convenio colectivo de empresa sobre el horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen del trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones y, además, que el art. 82.3 ET permite la inaplicación temporal por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas, de la regulación prevista en convenio colectivo sobre jornada, horario y distribución del tiempo de trabajo y trabajo a turnos. De este modo, la Ley 3/2012 ha dotado al empresario de nuevos instrumentos que le permiten adaptar la ordenación del tiempo de trabajo a las necesidades sobrevenidas en la empresa, introduciendo un mayor grado de flexibilidad, también a través de la función reconocida a la contratación colectiva particularmente de empresa.

¹⁸ ECLI:ES:TSJGAL:2015:9296.

¹⁹ Recurso de Casación núm. 7/2014, ECLI:ES:TS:2015:712.

Los convenios de empresa suelen regular con mayor frecuencia y precisión la distribución irregular de la jornada (STS de 1 de junio de 2017, caso Danone, SA²⁰). Pero tanto el diálogo social como la negociación colectiva se han adelantado y abierto a la aceptación de estos cambios, que incluso la negociación colectiva ha acentuado con el refrendo judicial.

En cualquier caso, la distribución irregular de la jornada de trabajo es un instrumento de vocación y aplicación general en la ordenación del tiempo de trabajo en la modalidad típica de contratación laboral (el contrato por tiempo indefinido y a tiempo completo) y en las numerosas modalidades atípicas, incluso en las que se caracterizan por sus peculiaridades sobre la duración reducida y ordenación del tiempo de trabajo, como el contrato de trabajo a tiempo parcial, vertical y horizontal.

3. FOMENTO DEL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL Y DE LA FLEXIBILIDAD EN EL TIEMPO DE TRABAJO: EL CONTRATO A TIEMPO PARCIAL COMO MODALIDAD DE GESTIÓN FLEXIBLE DEL TIEMPO DE TRABAJO

El Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, asumió el riesgo de una probable devaluación de la calidad del empleo a través de un nuevo régimen menos tuitivo del trabajo a tiempo parcial para favorecer su creación y reemplazar la contratación temporal precaria, tratando de favorecer un mayor espacio de contratación estable.

Precedido de numerosas normas reformadoras del contrato de trabajo con tiempo reducido (“parcial”), incluso solo contando las iniciadas en 2012, el Real Decreto-ley 16/2013 se dirigió a promover este tipo de empleo mediante la facilitación de su uso empresarial.

Citaba en su apoyo el Real Decreto-ley 16/2013 la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial entre las organizaciones interprofesionales de carácter general (UNICE, CEEP y CES) de 6 de junio de 1997. Su cláusula 5.1.a) impone a los Estados miembros “identificar y examinar los obstáculos de naturaleza jurídica o administrativa que pudieran limitar las posibilidades de trabajo a tiempo parcial y, en su caso, eliminarlos”. Pero la Directiva y el Acuerdo marco que aplica no se limitan a levantar los obstáculos a las posibilidades de trabajo a tiempo parcial. Conforme al Convenio núm. 175 OIT, tratan de “normalizar” el trabajo a tiempo parcial haciéndolo atractivo a las empresas, pero también a los trabajadores. Por ello las partes sociales firmantes del Acuerdo marco europeo expresan, en su preámbulo, su “voluntad de establecer un marco general para la eliminación de discriminaciones en relación con los trabajadores a tiempo parcial y contribuir al desarrollo de las posibilidades de trabajo a tiempo parcial sobre una base aceptable para los empresarios y los trabajadores”, y el propio Acuerdo marco se refiere al “interés mutuo de empresarios y trabajadores” de una manera que favorezca el desarrollo de las empresas (considerando 5). Además, el punto 2 de la cláusula 6 del Acuerdo marco dispone que la aplicación de la Directiva

²⁰ Recurso de Casación núm. 175/2016, ECLI:ES:TS:2017:2903.

no puede justificar un retroceso en relación con la situación existente en cada Estado miembro, cláusula de no regreso que puede suscitar dudas respecto a la compatibilidad con la Directiva de algunos cambios regresivos introducidos por el Real Decreto-ley 16/2013 en el ET sobre la situación precedente. Además, el propio Acuerdo marco establece que los Estados miembros deben, “previa consulta a los interlocutores sociales” [cláusula 5.1.a)], identificar y examinar los obstáculos de naturaleza jurídica o administrativa que pudieran limitar las posibilidades de trabajo a tiempo parcial para, en su caso, eliminarlos”.

Según la última Memoria del CES, “en 2016 se redujo el número de personas trabajando a tiempo parcial. No obstante, atendiendo solo al empleo asalariado se observa un nuevo incremento, si bien más ligero que en los años anteriores. El dato más relevante en 2016 es la reducción de la frecuencia del tiempo parcial involuntario, reducción que había venido creciendo extraordinariamente a raíz de la crisis. Se trata de una evolución incipiente, y la involuntariedad sigue suponiendo cerca de dos tercios del total de personas trabajando con este tipo de jornada, dato que constituye un elemento central en el debate sobre el tipo de empleos que están emergiendo a raíz de la crisis”²¹.

El impacto adverso de género caracteriza a esta modalidad contractual, como ponen de manifiesto los datos de la realidad y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal Constitucional²². Baste citar al respecto la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 9 de noviembre de 2017, asunto C-98/15, *María Begoña Espadas Recio y Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE)*, trabajadora de limpieza a tiempo parcial con jornada concentrada en determinados días de la semana (no todos; trabajo a tiempo parcial vertical), que cita otras anteriores, y desde luego la Sentencia *Elbal Moreno*. En su fallo declara que el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, se opone a la normativa española que, “en el caso del trabajo a tiempo parcial vertical, excluye los días no trabajados del cálculo de los días cotizados y que reduce de este modo el período de pago de la prestación por desempleo, cuando está acreditado que la mayoría de los trabajadores a tiempo parcial vertical son mujeres que resultan perjudicadas por tal normativa” [punto 2]).

Si bien en los años de la crisis la contratación a tiempo parcial funcionó como modalidad contractual de entrada en el trabajo de los jóvenes, mujeres y hombres, en 2017 el 72 por 100 de estos contratos se han celebrado con mujeres.

De hecho, en la reforma legislativa de 2013 el contrato a tiempo parcial se ha concebido, como el contrato en prácticas, como modalidad de inicio del trabajo que permite un largo período de prueba en orden a una futura contratación a tiempo completo estable, pues, según afirmaba el preámbulo del Real Decreto-ley 16/2013, el contrato a tiempo parcial y el contrato en prácticas “se han revelado como una

²¹ *Economía, trabajo y sociedad. Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral. España 2016*, Madrid, 2017, pág. 19.

²² SSTC 253/2004, 49 y 50/2005, 61/2013, 71/2013, 66/2014, 110/2015 y 162/2016.

importante vía de ingreso en el mercado de trabajo y de transición hacia el trabajo a tiempo completo y la contratación indefinida, respectivamente”. Una concepción, sin duda, disfuncional, pues el contrato a tiempo parcial no debe ser una modalidad de acceso a un empleo precario que cubre la necesidad de trabajadores que no disponen de otra forma de acceder al trabajo. El Grupo Fide en sus *Conclusiones sobre una nueva ordenación legal consensuada del trabajo y de las relaciones laborales* propugna que la regulación del contrato a tiempo parcial cumpla sus finalidades específicas, atendiendo a las necesidades de empresarios y trabajadores en régimen de voluntariedad y, obviamente, eliminando el impacto adverso de género femenino²³. Las novedades conocidas que el Real Decreto-ley 16/2013 introdujo en el artículo 12 del ET fueron, sucintamente expuestas y en lo que aquí importa:

- establecimiento del régimen de distribución del número de horas ordinarias de trabajo contratadas al día, a la semana, al mes o al año por convenio colectivo, régimen de distribución que ha de figurar en el contrato individual, el cual, de existir el convenio, ha de acomodarse a sus previsiones [art. 12.4.a), párrafo primero, ET];
- restablecimiento de la prohibición de que los trabajadores a tiempo parcial realicen horas extraordinarias, salvo los supuestos previstos en el artículo 35.3 ET [art. 12.4.c), ET];
- prohibición de que la suma de las horas ordinarias y complementarias, incluidas las previamente pactadas y las voluntarias, exceda del límite legal del trabajo a tiempo parcial definido en el apartado 1 del art. 12 ET en términos bien flexibles: “El contrato de trabajo se entenderá celebrado a tiempo parcial cuando se haya acordado la prestación de servicios durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año, inferior a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable” [art. 12.4.c) y 12.1, párrafo primero, ET];
- flexibilización de las horas complementarias como medio de incremento del tiempo de trabajo pactado en esta modalidad contractual y de su acomodación continua a las necesidades empresariales y del “entorno”;
- incorporación posible del pacto de horas complementarias a cualquier contrato de trabajo a tiempo parcial, sin que sea necesaria su duración indefinida, al tiempo de su celebración o con posterioridad a ésta, con la única exigencia de que la jornada de trabajo a tiempo parcial no sea inferior a diez horas semanales en cómputo anual [art. 12.5.b) ET];
- incremento al doble del número de horas complementarias pactadas. En la regulación anterior el número de horas complementarias pactadas no podía exceder del 15 por 100 de las horas ordinarias de trabajo objeto del contrato, la regulación vigente lleva el límite legal al 30 por 100, ampliable por convenio colectivo hasta el 60 por 100 de las horas ordinarias contratadas. Si el espacio en que anteriormente podía moverse el convenio colectivo era el comprendido entre la jornada parcial ordinaria contratada y el 60 por 100 de ésta, en la regulación vigente se estrecha desde el máximo legal del 30 por 100, que es un mínimo para la negociación colectiva, hasta ese 60 por 100 de las horas ordinarias contratadas [art. 12.5.c) ET]. El convenio colectivo, si actúa, debe asegurar el porcentaje

²³ Por un nuevo marco legislativo laboral..., Madrid, diciembre de 2016, conclusión núm. 6, pág. 4.

máximo legal, y, en su caso, superarlo, con lo que se limita el papel de la autonomía colectiva frente al propósito declarado del Acuerdo marco europeo de que sea aquélla el instrumento “para encontrar soluciones que se ajusten a las necesidades de los empresarios y los trabajadores” otorgando a la negociación colectiva “un papel especial en la puesta en práctica y la aplicación” del Acuerdo (considerando 8). Por lo demás, se omite la exigencia expresa prevista en la cláusula 5.3. e) de dicho Acuerdo de la transmisión por el empresario, a los órganos representativos de los trabajadores, de información apropiada sobre el trabajo a tiempo parcial en la empresa;

- adición de una nueva categoría de horas complementarias “voluntarias” que en los contratos a tiempo parcial de duración indefinida con una jornada de trabajo no inferior a diez horas semanales en cómputo anual el empresario puede, en cualquier momento, ofrecer al trabajador y éste aceptarlas. El número de estas horas complementarias “voluntarias” no puede superar el 15 por 100, ampliable al 30 por 100 por convenio colectivo, de las horas ordinarias objeto del contrato. Esta bolsa de horas complementarias es independiente de las horas complementarias pactadas y no se computan a efectos de los porcentajes de horas complementarias pactadas, sumando sobre éstas [art. 12.5.g), párrafo segundo, ET]. En la hipótesis de que la negociación colectiva incrementase ambos tipos de horas complementarias, la autonomía individual podría llegar a alcanzar el 90 por 100 de las horas ordinarias contratadas;
- reducción del plazo de preaviso para la realización de las horas complementarias pactadas de siete a tres días, “salvo que el convenio establezca un plazo de preaviso inferior” [art. 12.5.d) ET], plazo de preaviso innecesario en el caso de las horas complementarias voluntarias. Se excluye la función de mejora del convenio colectivo. La determinación del momento y forma de realización de las horas complementarias voluntarias se comprende en la propia propuesta del empresario y en la aceptación por el trabajador de su realización, permitiéndose la conversión del contrato a tiempo parcial en un “contrato a la llamada”;
- ofrecimiento empresarial de realización de horas complementarias voluntarias o de aceptación voluntaria al trabajador con contrato indefinido en cualquier momento, si bien “la negativa del trabajador a la realización de estas horas no constituirá conducta laboral sancionable” (garantía de indemnidad) [art. 12.5.g) ET];
- retribución de las horas complementarias efectivamente realizadas como ordinarias, computándose a efectos de bases de cotización a la Seguridad Social y períodos de carencia y bases reguladoras de las prestaciones [art. 12.5.j) ET].

En fin, la elasticidad del tiempo de trabajo en esta modalidad contractual se incrementa todavía por la institución antes analizada: la facultad unilateral del empresario de distribuir de manera irregular a lo largo del año el 10 por 100 de la jornada de trabajo a tiempo parcial –en defecto de convenio o acuerdo colectivo–, debiendo únicamente el trabajador conocer con un preaviso mínimo de cinco días el día y hora de la prestación de trabajo (párrafo segundo, apartado 2, art. 34 ET). De otra parte, y en contraste con el régimen común de las restantes modalidades de contratación (según las Sentencias del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal

Supremo de 23 de marzo y de 20 de abril de 2017²⁴), dada la flexibilidad máxima de la gestión empresarial del tiempo de trabajo en ésta, la jornada de los trabajadores a tiempo parcial se registrará día a día y se totalizará mensualmente, entregando copia al trabajador, junto con el recibo de salarios, del resumen de todas las horas realizadas en cada mes, tanto de las ordinarias como de las complementarias. El empresario debe conservar los resúmenes mensuales de los registros de jornada durante un periodo mínimo de cuatro años. De incumplirse las referidas obligaciones de registro, el contrato se presume celebrado a jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite el carácter parcial de los servicios [art. 12.5.h) ET].

La línea de simplificación de “cargas”, administrativas y no administrativas, en el trabajo a tiempo parcial ha transcurrido a través de la eliminación de las exigencias de que la formalización escrita del contrato a tiempo parcial y del pacto específico de horas complementarias se efectúen en un determinado modelo oficial [apartado 4.a), párrafo 1º, y apartado 5.a) del art. 12 ET]; la omisión de la mención a que la jornada a tiempo parcial pueda realizarse de forma continuada o partida [apartado 4.b) del art. 12 ET]; la supresión de la llamada preferente al convenio colectivo sectorial y, en su defecto, al convenio colectivo de ámbito inferior, congruente con la potenciación de la negociación colectiva de empresa frente a la sectorial, y, en general, el acortamiento del espacio de la negociación colectiva y de su tradicional función de mejora [apartado 4.b) y e) y del apartado 5.c) del art. 12 ET]; y la cancelación de las preferencias para acceder a puestos de trabajo vacantes a tiempo completo –o parcial– de trabajadores que hubieran convertido voluntariamente su inicial contrato de trabajo a tiempo completo en contrato a tiempo parcial –o completo– y de trabajadores inicialmente contratados a tiempo parcial durante tres o más años [apartado 4.e) del art. 12 ET].

La incentivación de la contratación a tiempo parcial a través de la flexibilización de su régimen legal ha silenciado la función de la negociación colectiva de establecer requisitos y especialidades para la conversión de contratos a tiempo completo en contratos a tiempo parcial motivada por razones familiares o formativas, así como para precisar el régimen de las horas complementarias, de su distribución y forma de realización. Naturalmente, que la ley no llame expresamente a la negociación colectiva no impide que por ésta se regulen estos aspectos u otros del trabajo a tiempo parcial, observando la regulación legal de derecho necesario, pues la relación entre la ley y el convenio colectivo no lo es de delegación por aquélla en el producto normativo de la autonomía colectiva que la ley ha de garantizar por mandato de la Constitución (art. 37.2)²⁵.

Sin embargo, a la vista de la regulación legal no se difícil predecir las dificultades de la negociación colectiva para convertir contratos a tiempo completo en contratos a tiempo parcial por motivos familiares o formativos, dada la imposible conjunción de una tal flexibilidad empresarial del tiempo de trabajo con las necesidades asistenciales y de cuidado u otras necesidades personales de los trabajadores. En la regulación legal

²⁴ Recurso de casación núm. 81/2016, ECLI:ES:TS:2017:1275, y recurso de casación núm. 116/2016, ECLI:ES:TS:2017:1748, respectivamente.

²⁵ Así lo dejó establecido el Tribunal Constitucional en su temprana STC 58/1985, si bien el legislador parece olvidarlo con frecuencia.

vigente, el contrato a tiempo parcial no puede funcionar, o apenas puede hacerlo dada su elevada inseguridad y precariedad, como modalidad contractual de conciliación de las vidas personal, familiar y profesional de las personas trabajadoras.

La línea política de fomento de la contratación a tiempo parcial se ha desarrollado también con un nuevo incremento de modalidades contractuales –efecto negado por el propio Real Decreto-ley 16/2013–, llevando este tipo de contratación de tiempo reducido a modalidades contractuales que lo tenían prohibido: el contrato indefinido de emprendedores, en aras del fomento de la contratación estable, o el contrato para la formación y el aprendizaje a través de “la contratación a tiempo parcial con vinculación formativa”, modalidad contractual para jóvenes desempleados menores de treinta años, creada por el Real Decreto-ley 4/2013, seguido por la Ley 11/2013, que puede celebrarse por tiempo indefinido o por duración determinada. Por último, no puede olvidarse que el Real Decreto-ley 16/2013 incentivó los contratos a tiempo parcial de duración determinada, o al revés, la contratación temporal a tiempo parcial, mediante la reducción en un 1 por 100 del tipo de cotización empresarial por desempleo, igualándose así la cotización empresarial por desempleo en esos contratos a tiempo parcial con los contratos de duración determinada a tiempo completo (LPGE para 2017).

4. TIEMPO DE VIDA PERSONAL Y FAMILIAR: LAS MEDIDAS DE FLEXIBILIDAD INTERNA DE LOS TRABAJADORES, LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, LABORAL Y FAMILIAR

Los derechos de conciliación de los trabajadores obligan a abrir nuevas perspectivas jurídicas sobre la problemática del tiempo de trabajo.

Nuestro ordenamiento ha incorporado el principio rector de la vieja Directiva 93/104/CE, codificada con sus modificaciones, por la posterior Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, de que “la organización del trabajo con arreglo a cierto ritmo debe tener en cuenta el principio general de adecuación del trabajo a la persona”, y no al revés. Lo hizo, por medio de la Ley 11/1994, en el apartado 5 del artículo 36 del ET, sobre trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmo de trabajo: “El empresario que organice el trabajo en la empresa según un cierto ritmo deberá tener en cuenta el principio general de adaptación del trabajo a la persona, especialmente de cara a atenuar el trabajo monótono y repetitivo en función del tipo de actividad y de las exigencias en materia de seguridad y salud de los trabajadores. Dichas exigencias deberán ser tenidas particularmente en cuenta a la hora de determinar los periodos de descanso durante la jornada de trabajo”. De acuerdo asimismo con la Directiva 2003/88/CE, “la mejora de la seguridad, de la higiene y de la salud de los trabajadores en el trabajo representa un objetivo que no puede subordinarse a consideraciones de carácter puramente económico”.

En el mismo artículo 34 del ET se han alojado nuevas normas, añadidas por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que incorporó diversas Directivas de igualdad de trato entre hombres y mujeres y sobre la carga

de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, normas reformadas por la Ley 3/2012 y comprendidas en el apartado 8 del citado precepto estatutario.

Reconoce el ET al “trabajador”, esto es a la persona trabajadora, el 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. Sin embargo, no son derechos perfectos, pues la ley remite la concreción del derecho los trabajadores de adaptar no sólo la duración de la jornada de trabajo (reducción de la jornada con la correspondiente reducción de la retribución), sino su sólo distribución (sin reducción del tiempo de trabajo ni del salario), bien a los términos que se establezcan en la negociación colectiva, bien al acuerdo individual con el empresario, respetando, en su caso, lo previsto en aquélla.

A tal fin, termina diciendo el artículo 34, apartado 8, ET –adición de la Ley 3/2012–, “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”. Contiene la norma un propósito no falto de carácter vinculante, y plenamente realizable con los medios tecnológicos actuales, pero la norma legal no dice ni quién promoverá, ni cuándo, ni cómo esa organización empresarial del tiempo de trabajo compatible con los derechos de los trabajadores y, al tiempo, con la productividad empresarial.

Al legislador corresponde una inaplazable tarea de racionalización de los horarios de trabajo, que también debe acometer la negociación colectiva, haciendo la síntesis de los intereses de los trabajadores y de los empresarios.

Este derecho de adaptación del tiempo de trabajo por razones familiares y personales se recoge también en el art. 37.4 del ET, para el caso de la lactancia, en el artículo 37.5, para el caso de partos prematuros con hijos hospitalizados después del parto, y en el artículo 37.6 ET, que permite la reducción de la jornada de trabajo diaria para el cuidado directo de hijos pequeños, menores de doce años, o de discapacitados o de familiares desvalidos hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, con la consiguiente reducción del salario, entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de la jornada. El derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario de, al menos, la mitad de la duración de aquella, se reconoce a los progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción, o acogedores permanentes, para el cuidado directo, durante la hospitalización y tratamiento continuado, del menor a su cargo afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas), o por cualquier otra enfermedad grave, que exija ingreso hospitalario de larga duración y requiera de su cuidado continuo y permanente, acreditado por el informe del servicio público de salud u órgano administrativo sanitario de la comunidad autónoma correspondiente, como máximo, hasta que el menor cumpla los dieciocho años.

La concreción horaria y la determinación de estos derechos de conciliación corresponde a las personas trabajadoras, que han de efectuarla “dentro de su jornada ordinaria”, pudiendo los convenios colectivos establecer criterios para la “concreción

horaria” de la reducción de jornada, atendiendo a las necesidades familiares y personales de los trabajadores y a las exigencias organizativas y productivas empresariales. El trabajador, salvo fuerza mayor, queda obligado a preavisar al empresario con una antelación mínima de quince días o la que fije el convenio colectivo, precisando la fecha de inicio y finalización del permiso de lactancia y de la reducción de jornada (art. 37.7 ET). Los convenios colectivos podrán también establecer las condiciones y supuestos en los que la reducción de jornada para el cuidado de enfermos hospitalizados de larga duración se podrá acumular en jornadas completas (art. 37.6, párrafo tercero). Las discrepancias entre empresarios y trabajadores sobre la concreción horaria y determinación de los períodos de disfrute se resuelven por la jurisdicción social a través de la modalidad procesal regulada en el artículo 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Estos supuestos de reducción de jornada se conciben por la ley estrechamente –en contraste con la amplitud de fórmulas de gestión empresarial flexible del tiempo de trabajo– como un supuesto de “reducción de la jornada de trabajo diaria”, concepto que permite su interpretación estricta y no –¿sólo?– un entendimiento más favorable al ejercicio del derecho, según el cual, según ha sostenido algún Juez de lo Social, la “jornada de trabajo diaria”, que enmarca el ejercicio de dichos derechos, sería un sistema de cómputo exclusivamente cuantitativo de la reducción de jornada propuesta por la persona trabajadora que se proponga ejercitar los derechos de conciliación.

La ley califica estos derechos de individuales de los trabajadores, hombres o mujeres, habilitando al empresario a limitar su ejercicio simultáneo, en el caso de que dos o más trabajadores de la misma empresa lo tuvieran por el mismo sujeto causante, por razones justificadas de funcionamiento de la empresa (art. 37.6, párrafo cuarto, ET).

En el caso de las trabajadoras víctimas de la violencia machista o de los trabajadores y trabajadoras víctimas del terrorismo, el ejercicio de sus derechos legales de reducción de la jornada, con disminución proporcional del salario, o de reordenación del tiempo de trabajo mediante la adaptación de su horario, de la utilización del horario flexible o de otras técnicas que se apliquen en la empresa, corresponde también determinarlo a la negociación colectiva o al acuerdo con el empresario. Pero, en defecto de pacto colectivo o individual, la concreción de estos derechos se efectuará por los trabajadores dentro de la jornada ordinaria de trabajo, resolviendo las discrepancias la jurisdicción social (art. 37.8 ET).

Con gran problematicidad en la práctica, contra la que ha reaccionado el legislador reformador de 2012 exigiendo elegir la reducción del tiempo de trabajo sobre la jornada de trabajo diaria, no es fácil ver en los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores, derechos de dimensión constitucional en nuestro ordenamiento jurídico como quedó dicho, medidas de contribución a la creación de empleo, sobre todo, de las mujeres, tampoco de consecución de su radical igualdad con los hombres, pudiendo jugar como causa de nuevas discriminaciones (interrupciones de las carreras profesionales), y es difícil considerar su utilización real en el contexto de la pronunciada flexibilización de la gestión empresarial del tiempo de trabajo y por causa de la devaluación salarial producida tras las reformas del ordenamiento laboral de 2012.

En el caso de la citada STC 3/2007, el órgano judicial había denegado la reducción de jornada solicitada por la trabajadora, convalidando la previa decisión denegatoria de la empresa, con base a consideraciones de estricta legalidad, derivadas de la interpretación de la mención legal a la jornada ordinaria de trabajo. A juicio del órgano judicial, la reducción de jornada propuesta por la trabajadora no se ajustaba a sus límites legales al pretender desarrollar exclusivamente su jornada de lunes a miércoles y en horario de tarde, siendo así que la jornada ordinaria de la trabajadora se desarrollaba de lunes a sábados y en turnos rotativos de mañana y tarde.

La posterior STC 24/2011 (caso Telefónica de España) no amparó a la trabajadora frente a la denegación empresarial, judicialmente confirmada, de su adscripción permanente al turno de mañana para el cuidado de su hija recién nacida, formando una familia monoparental, por considerar que la interpretación judicial había ponderado los derechos constitucionales afectados, de la trabajadora y del empresario. La trabajadora no había solicitado una reducción de jornada, como en el caso de la STC 3/2007, sino que, estando sujeta a un régimen de turnos rotativos, su solicitud se había dirigido exclusivamente a obtener su adscripción permanente al turno de mañana para el mejor cuidado de su hija, aduciendo, como fundamento, el art. 34.8 ET. Según las resoluciones judiciales recurridas en amparo la trabajadora había articulado su pretensión con base en un precepto legal que condiciona la existencia del derecho a un pacto colectivo o individual, que en el caso no existía. El Tribunal Constitucional no apreció vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a no ser discriminada por razón de sexo de la trabajadora demandante del amparo constitucional.

La STS, Sala de lo Social, de 19 de julio de 2012, caso Hospital Policlínico La Paloma, SA²⁶, mostró todo tipo de cautelas el reconocimiento del ejercicio de estos derechos, por supuesto por mujer trabajadora.

La reciente Sentencia del TSJ Cataluña, Sala de lo Social núm. 1684/2017, de 7 de marzo, caso Pull and Bear²⁷, ha confirmado la negativa empresarial a aceptar la reducción de jornada propuesta por la trabajadora –a tiempo parcial en turnos rotatorios de mañana y tarde– en un 17%, pero solicitando su adscripción permanente al turno de mañana. La empresa denegó la petición de la trabajadora, alegando causas organizativas –mayor carga de trabajo por la tarde que durante la mañana–, proponiendo horarios alternativos y sometiéndose a la mediación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Interpreta la Sala, de acuerdo con la jurisprudencia, que el artículo 37, apartados 6 y 7, ET permite la reducción de jornada y la fijación por la trabajadora del nuevo horario, siempre que lo haga dentro de su jornada ordinaria y sin que se pueda exigir un cambio de turno, salvo acuerdo expreso con la empresa. La interpretación contraria, que se apoyaría en la analogía para el logro de una mayor justicia, convertiría al órgano judicial en legislador, pues ninguna norma legal concede el derecho a la elección de turno por razón de guarda legal.

²⁶ Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3387/2011, ECLI:ES:TS:2012:59269.

²⁷ ECLI:ES:STSJCAT:2017:2378.

Llama asimismo la atención, en el caso, que la empresa conociese datos de la intimidad de la vida privada de la trabajadora, ofreciendo un horario alternativo compatible con la organización de su marido para que la hija recién nacida quedara siempre atendida. Los derechos de conciliación se insertan en el derecho fundamental de igualdad, y no amplían el poder empresarial para indagar sobre la intimidad personal y familiar, opciones y exigencias personales, de la trabajadora que se acoge a un derecho de conciliación de la vida laboral y familiar.

5. LA ESTRECHEZ DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS, SU RECONDUCCIÓN A LAS REDUCCIONES DE JORNADA Y A LAS EXCEDENCIAS, Y SU FEMINIZACIÓN CAUSANTE DE NUEVAS DISCRIMINACIONES EN EL TRABAJO DE LAS MUJERES

Nuestro ordenamiento está falto de decisión, efectividad y seguridad en la utilización de estas medidas por los trabajadores que deseen ejercitar sus derechos de conciliación de sus tiempos de trabajo y vida. Las medidas de flexibilidad del tiempo de trabajo para atender a las necesidades empresariales son amplias, efectivas y eficaces, como se ha visto, pero no es ésta la lógica a la que responde la flexibilización del tiempo de trabajo para conciliarlo con el tiempo de vida de los trabajadores. Sin entrar aquí en las suspensiones contractuales por maternidad, paternidad, razones familiares o personales (art. 45 ET), es de observar que, además de no contar con retribución, efecto típico de la suspensión de obligaciones sinalagmáticas, la reserva del puesto de trabajo en el caso de las excedencias por cuidado de hijos y familiares se mantiene solo durante un año (art. 46.3, párrafo quinto, ET), lo que produce enorme inseguridad jurídica para el retorno de quien se ha acogido a esa suspensión contractual al trabajo remunerado.

Por su parte, la flexibilidad en la utilización del tiempo de trabajo por causa de conciliación queda en manos de la negociación colectiva, que no se ha aprestado a dotarse de regulaciones garantizadoras de esa utilización, habiendo incluso protagonizado experiencias contrarias al rebajar –o proyectar rebajar– los períodos de preaviso en la distribución irregular de la jornada y en el contrato de trabajo a tiempo parcial para la realización de horas complementarias, lo que impide lisa y llanamente la conciliación de la vida laboral y familiar. Efecto negativo que contrasta con las potentes posibilidades de adaptar el tiempo de trabajo, flexibilizándolo desde el punto de vista de los intereses de los trabajadores (cuentas de horas o instituciones similares), mediante la prestación de trabajo a través de las TIC y de otras tecnologías que permiten la conexión con el trabajo, otros trabajadores, los lugares de trabajo, el empresario.

La conclusión es que la regulación legal española ha optado, con muy escasa creatividad, por la reducción de la jornada, con la correspondiente reducción retributiva, como modalidad privilegiada de ejercicio de los derechos de conciliación de las necesidades familiares, personales y laborales de las personas trabajadoras, próxima funcionalmente al contrato de trabajo a tiempo parcial; se ha centrado en aspectos cuantitativos más que cualitativos de la organización y disposición del

tiempo de trabajo. Con la cicatería vista en su interpretación judicial, obligada a efectuar esa reducción del tiempo de trabajo dentro de la jornada ordinaria interpretada estrictamente. Con la necesidad de que el proyecto personal de la trabajadora o trabajador que decida ejercer sus derechos legales de conciliación sea a su vez compatible con las necesidades organizativas y productivas empresariales, incluso a falta de convenio colectivo que es el llamado por la ley a “conciliar” los derechos de conciliación de los trabajadores con las necesidades empresariales dichas, correspondiendo en su ausencia al trabajador concretar la reducción de jornada y el período de su disfrute a la que proyecta acogerse. Y con la consecuencia de penalización retributiva que la reducción del tiempo de trabajo conlleva y que es una de las causas explicativas de la feminización de los derechos de conciliación en nuestra realidad. Los estereotipos de género –la natural dedicación de las mujeres a las tareas de cuidado y asistenciales– se enlazan con la discriminación retributiva que las mujeres padecen y con su dificultad de ocupar puestos superiores y de responsabilidad, pese a su formación, incluso en profesiones feminizadas (desde la limpieza a la industria editorial), para que la opción en la economía familiar venza siempre por el eslabón más débil, de ordinario las mujeres.

Los derechos de conciliación, desafortunadamente, producen una nueva segregación de género y consolidan la posición de las mujeres en el inequitativo reparto actual de las cargas familiares y domésticas con los hombres, con costes muchas veces irreparables en la regularidad y ascensos de sus carreras y derechos profesionales y de seguridad social, incluidos los planes de pensiones. Señaladamente, en sus modalidades de reducción de tiempo de trabajo –de jornada– y excedencias para el cuidado de hijos y familiares. La racionalización de los horarios –problema verdaderamente acuciante de nuestra sociedad, con un acusado impacto negativo sobre las mujeres– y la flexibilización del tiempo de trabajo, con períodos de mayor y menor trabajo y formas flexibles de prestación del trabajo, se acomodan mejor a la conciliación del trabajo con las necesidades familiares personales y familiares de los trabajadores, sin que éstos sufran quebrantos retributivos.

*El pilar europeo de derechos sociales*²⁸, proclamado solemnemente el pasado 17 de noviembre por los presidentes de la Comisión, del Consejo y del Parlamento Europeo, en la Cumbre social a favor del empleo justo y el crecimiento de Gotemburgo, llama a la utilización de forma equilibrada por mujeres y hombres de los permisos especiales para la atención de sus responsabilidades asistenciales (cap. II, 9.) y, obviamente, reconoce el derecho a la igualdad de retribución de hombres y mujeres para un trabajo de igual valor [cp. 1, 2.b)]. Sin embargo, no presenta nuevas medidas para corregir el desequilibrio de las relaciones de poder y posición de hombres y mujeres. Escasa novedad y firmeza en los compromisos del pilar social europeo, por tanto, pese al *Compromiso estratégico de la Comisión para la igualdad entre mujeres y hombres (2016-2020)* y la *Comunicación de la Comisión “Una iniciativa para promover la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores”*²⁹, que plantea una nueva Directiva, o revisar la Directiva sobre el permiso

²⁸ A partir de la Recomendación de la Comisión (UE) 2017/761, de 26 de abril de 2017, estableciendo el pilar europeo de derechos sociales, con base en el artículo 292 del TFUE.

²⁹ (COM(2017) 252 final).

parental (Directiva 2010/18/UE, del Consejo, que aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, alcanzado por los interlocutores sociales europeos), que mejore la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de progenitores y cuidadores y que preserve y se fundamente en los derechos existentes, en particular con arreglo a la Directiva sobre el permiso parental.

La Comisión se limita a proyectar medidas legislativas y políticas destinadas a facilitar la adopción del permiso parental tanto de las mujeres como de los hombres, introducir permisos retribuidos de paternidad y de los cuidadores, fomentar el uso de disposiciones de trabajo flexibles, proporcionar instituciones de atención (guarderías), y eliminar los desincentivos económicos, tales como desincentivos fiscales y de beneficios, que desalientan a los segundos asalariados, a menudo las mujeres, a entrar en el mercado de trabajo³⁰.

Sin embargo, las condiciones de trabajo flexibles sobre tiempo de trabajo no quedan aseguradas y no incorporan nuevos derechos, por ejemplo el derecho a extender los horarios de trabajo, de forma que se reconozca a las personas trabajadoras el derecho de adaptación del tiempo de trabajo con períodos voluntarios de menor o mayor trabajo. Ni se adoptan incentivos para desfeminizar las instituciones y técnicas de conciliación, estimulando su utilización –de permisos retribuidos para el cuidado de hijos y familiares enfermos y dependientes, adaptación del tiempo de trabajo y reducciones de jornada, excedencias– por los hombres, menos aún, se introducen medidas de utilización obligatoria por éstos para avanzar realmente en la corresponsabilidad familiar al margen de estereotipos discriminatorios. Únicamente el permiso de paternidad se articula sin posible transferencia a las madres.

Algún ejemplo de negociación colectiva y de jurisprudencia reciente parecen ir admitiendo, no obstante, esos derechos de adaptación del tiempo de trabajo con mayor trabajo frente a negativas empresariales calificadas de discriminatorias por razón de sexo femenino. Es el caso de la STC 2/2017 (caso Ferroservicios Auxiliares, SA), frente a la negativa empresarial a aplicar a una trabajadora, tras su baja por embarazo y maternidad la disposición convencional colectiva (convenio colectivo de limpieza de edificios y locales comerciales de la provincia de Cádiz) que reconocía que “los trabajadores vinculados/as a las empresas con contrato de trabajo a tiempo parcial” gozarían “de preferencia frente a terceros en aquellos casos en que la empresa tenga necesidad de realizar nuevas contrataciones, que incrementen el número de horas de prestación de servicios. Esta preferencia no será de aplicación a los trabajadores/as contratados a tiempo completo”.

Hay que recordar que la *Recomendación nº 28 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer Naciones Unidas relativa al artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, de 2010³¹, califica la inefectividad de la consecución de la igualdad entre la mujer y el hombre como una forma de discriminación contra la mujer, y precisa que la obligación de proteger a la mujer, a todas las mujeres y

³⁰ SWD (2017) 201, de 26 de abril de 2017.

³¹ CEDAW/C/GC/28.

especialmente a las pertenecientes a colectivos especialmente vulnerables víctimas de discriminaciones entrecruzadas, contra “toda forma” de discriminación –incluso contra las que no se mencionan en forma explícita en la Convención o puedan aparecer con posterioridad–, requiere que los Estados actúen frente a sujetos públicos y actores privados “con la diligencia debida” y adopten medidas directamente orientadas a eliminar las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que alimenten los prejuicios, los patrones estructurales e históricos, y perpetúen la noción de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos y los roles estereotipados de los hombres y las mujeres.