

La conciliación desde la perspectiva del tiempo de trabajo en España: son malos tiempos para conciliar

Reconciliation from the perspective of working time in Spain: bad times to reconcile

Juan GORELLI HERNÁNDEZ*

RESUMEN: El presente trabajo se centra en el estudio de la conciliación, pero desde la perspectiva del tiempo de trabajo, tratando de analizar los principales elementos negativos que existen en el ordenamiento español sobre el derecho de los trabajadores a conciliar su vida familiar y laboral. Como se puede constatar a través de este estudio, existe todo un conjunto de sombras en esta materia: de un lado encontramos todo un conjunto normativo orientado a favorecer la flexibilidad del tiempo de trabajo a favor de la empresa; de otro lado, las últimas reformas en materia de reducciones de jornada por motivos familiares han supuesto un paso atrás en la extensión de los derechos de conciliación; por último, no existe un auténtico derecho a la adaptación de la jornada de trabajo, pues pese al reconocimiento del mismo en el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores, se condiciona a lo pactado en convenio colectivo.

PALABRAS CLAVE: Tiempo de trabajo; flexibilidad en el tiempo de trabajo; reducciones de jornada por motivos familiares; adaptación de la jornada.

* Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de Universidad de Huelva. Contacto: <juan.gorelli@dam.uhu.es>. Fecha de recepción: 19/11/2018. Fecha de aprobación: 01/02/2019.

ABSTRACT: This work focuses on the study of reconciliation between family and work, but from the perspective of working time, trying to analyze the main negative elements that exist in the Spanish legal system on the right of workers to reconcile their family life and labor. As can be seen through this study, there is a whole set of shadows in this matter: on the one hand we find a whole set of rules oriented to favor the flexibility of working time in favor of the company; On the other hand, the latest reforms in terms of reductions in working hours for family reasons have meant a step backwards in the extension of conciliation rights; Finally, there is no real right to adapt the working day, because despite the recognition of the same in Article 34.8 Estatuto de los Trabajadores, is conditioned to what was agreed in a collective agreement.

KEYWORDS: Working time; flexibility in working time; reductions in working hours for family reasons; adaptation of working hours.

I. TIEMPO DE TRABAJO Y CONCILIACIÓN: DERECHOS DE AUSENCIA Y DERECHOS DE PRESENCIA

Si analizamos la conciliación desde el punto de vista del tiempo de trabajo, el planteamiento es que el tiempo dedicado al trabajo no interfiera, o permita que los trabajadores puedan hacer frente a sus responsabilidades familiares y disfrutar de espacios para el desarrollo personal. Desde este punto de vista se puede facilitar la conciliación en base a la articulación de derechos en base a dos criterios diferentes: los derechos de ausencia y los de presencia.

Los primeros permiten al trabajador cesar temporalmente en el desarrollo de la prestación de trabajo para hacer frente a las responsabilidades de carácter familiar y son los que cronológicamente se han potenciado en primer lugar en el ordenamiento español: la suspensión del contrato por maternidad, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento, la suspensión por paternidad, o la suspensión por riesgo durante el embarazo o la lactancia (art. 48.4 a 8 del Estatuto de los Trabajadores –ET- y 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales –LPRL-); así como el derecho a la excedencia por cuidado de hijos o por cuidado de familiares (art. 46.3 ET). Estos derechos suponen que el trabajador cese en el trabajo (en la perspectiva originaria lo que se plantea es el cese total, si bien en la regulación actual hay supuestos en que se prevé una “suspensión parcial” del contrato de trabajo), si bien mantengan el derecho a la reincorporación al puesto de trabajo.

Esta posibilidad supone elementos positivos importantes, pues permite otorgar cuidados a los familiares incluso de manera prolongada. Pero también tienen elementos negativos, pues la ausencia del trabajador supone el alejamiento de la empresa, de la realidad laboral, su desconexión del mundo del trabajo, lo que puede repercutir negativamente sobre el derecho a la promoción y a la progresión profesional e implica una pérdida de la práctica profesional, pudiendo generar obsolescencia en el trabajador.

Desde el punto de vista económico, la suspensión o la excedencia, al suponer el cese en el trabajo, conlleva la pérdida del salario, si bien en algunos casos se establece el derecho de los trabajadores a acceder a una renta económica sustitutoria en forma de prestación de Seguridad Social.

Como planteamiento diferente, encontramos los derechos de “presencia”¹. Estos suponen la permanencia del trabajador en la empresa, sin que haya una desvinculación de la realidad laboral, lo que supone, a nuestro juicio un evidente avance, pues eliminan los problemas que genera la desconexión con el trabajo, especialmente la pérdida de capacidades profesionales y de promoción profesional. No obstante, estos derechos de presencia afectan a la capacidad de organización de la empresa, pues alteran necesariamente el tiempo de trabajo². Dentro de este planteamiento pueden distinguirse dos tipos distintos: la reducción del tiempo de trabajo por necesidades familiares (lo cual se regula en el art. 37 (apartados 4º a 8º) y la adaptación del tiempo de trabajo (art. 38.4 ET). En cuanto a las reducciones, permiten que el trabajador atienda las responsabilidades familiares, sin que sea aplicable el régimen jurídico del trabajo a tiempo parcial³, sin que el trabajador cese en el trabajo y sin tener que renunciar a derechos de promoción profesional, ni poner en peligro la capacidad profesional del trabajador⁴. No obstante, plantean un importante problema, pues la

¹ La diferencia entre derechos de ausencia y de presencia puede encontrarse en BALLESTER PASTOR, M.A.: “De cómo la reforma operada por el RD Ley 3/2012 ha degradado el derecho fundamental a la conciliación de responsabilidades”, *Revista de Derecho Social*, núm. 57, 2002, p. 104. También RODRIGUEZ GONZALEZ, S., *Tiempo de trabajo y vida privada*, Comares, Granada, 2016, p. 23.

² MOLERO MARAÑÓN, M.L., “Derechos de conciliación y tiempo de trabajo”, *Documentación Laboral* núm. 82, 2008, página 61.

³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) del País Vasco de 16 de enero de 2001, Recurso de Suplicación (RS) núm. 2582/2000.

⁴ MOLERO MARAÑÓN, M.L., *op. cit.*, p. 64.

reducción de la jornada implica la reducción del salario⁵, sin que en estos casos esté previsto una prestación de Seguridad Social sustitutoria de las rentas salariales⁶; de otro lado, el ejercicio de este derecho se enfrenta a las resistencias empresariales debido a que pueden suponer la alteración de la organización productiva⁷.

La otra posibilidad es el derecho del trabajador a la adaptación de la jornada de trabajo, que en el ordenamiento español se regula en el art. 34.8 ET. Desde mi punto de vista es el planteamiento más ventajoso para los trabajadores, pues en la mayor parte de los casos los problemas de conciliación no se resuelven con el abandono temporal del trabajo o la reducción de la jornada, sino que es un problema de distribución del tiempo de trabajo; es decir, no se trata tanto de trabajar menos para hacer frente a las necesidades familiares o personales, sino que se ha de trabajar lo mismo, pero con otra distribución del tiempo que permita al trabajador tanto trabajar como poder atender a las responsabilidades familiares; *el individual flexitime*⁸.

Pues bien, nuestro modelo de conciliación desde la perspectiva del tiempo de trabajo se ha caracterizado por contener una

⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) del País Vasco de 16 de enero de 2001, Recurso de Suplicación (RS) núm. 2582/2000.

⁶ No obstante, a los efectos de extinción del contrato de trabajo, el salario utilizado es el salario a jornada completa y no el resultante de la reducción de jornada; así la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 11 de diciembre de 2001, Recurso de Casación para la Unificación de la Doctrina (RCUD) núm. 1817/2001.

⁷ Sobre estos efectos negativos, vid. VILLALBA SANCHEZ, A., "Conciliación de la vida laboral y familiar", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 195, pp. 15 y 16 de la versión informática; en el mismo sentido MOLERO MARAÑÓN, M.L., *op. cit.*, p. 64.

⁸ MARTINEZ MORENO, C., "Vida privada y relación de trabajo. A propósito de la posibilidad de pactar individualmente las condiciones de ejercicio de los derechos de conciliación de la vida familiar", *Tribuna Social*, núm. 197, 2007, p. 22.

tradicional regulación de derechos de ausencia, acompañada con unos limitados derechos a la reducción del tiempo de trabajo. En cuanto a las posibilidades de adaptación del tiempo de trabajo, es cierto que el art. 34.8 ET regula esta posibilidad, pero desde una perspectiva, prácticamente, propagandística de la labor del legislador: el legislador ha incorporado a nuestro ordenamiento esta posibilidad, pero de una manera que en la práctica es tremendamente difícil su puesta en práctica, ya que no se recoge un derecho subjetivo del trabajador a la adaptación del tiempo de trabajo, sino que se condiciona a la posible regulación que se pueda establecer a través de la negociación colectiva o el acuerdo individual con el empresario; es decir, no añade absolutamente nada, ninguna posibilidad que no existiese ya antes de esta regulación, pues es evidente que el trabajador siempre ha podido llegar a un acuerdo individual con su empresario, y siempre ha sido posible que el convenio colectivo pueda regular esta cuestión. Ahora bien, el que sea posible no supone que, de manera frecuente o habitual, podamos encontrar este tipo de pactos. Al contrario, es extremadamente raro que el trabajador, a nivel individual o colectivo, haya podido alcanzar la adaptación del tiempo de trabajo. Las posibilidades legales de adaptación del tiempo de trabajo son mínimas⁹ y la negociación colectiva jamás ha tomado interés en esta cuestión.

Desde mi punto de vista, tres son los principales problemas que presenta la regulación del tiempo de trabajo desde el punto de vista de la conciliación: en primer lugar, la existencia de diferentes instituciones jurídico-laborales dirigidas a flexibilizar la regulación del tiempo de trabajo en beneficio de los intereses empresariales; en segundo lugar, el retroceso en los derechos laborales en materia de conciliación vinculados al tiempo de trabajo; por últi-

⁹ Prácticamente sólo se reconoce el derecho de los trabajadores víctimas de violencia de género o del terrorismo a la reordenación del tiempo de trabajo (art. 37.8 ET), y aun así, se señala expresamente por este precepto que los derechos podrán ejercitarse en los términos que se establecen en los convenios colectivos, los acuerdos de empresa o el acuerdo entre empresario y trabajador.

mo, la escasa, casi nula, virtualidad de los mecanismos de adaptación del tiempo de trabajo a los intereses del trabajador. Pasemos ahora a realizar un análisis de las tres cuestiones.

II. LA FLEXIBILIDAD LABORAL EN MATERIA DE TIEMPO DE TRABAJO COMO OBSTÁCULO A LA CONCILIACIÓN

En el ordenamiento español se produjo un fuerte impulso a los derechos de conciliación con diferentes reformas a finales del Siglo XX e inicios del actual. Sin embargo, el recorrido de la conciliación en materia de tiempo de trabajo ha sido realmente corto¹⁰, pues con la crisis económica de final de la primera década de este siglo, se ha impuesto en mi país una política legislativa en el ámbito laboral que apuesta claramente por la flexibilidad laboral, que supone la adaptación de los sistemas productivos y especialmente del factor trabajo, a las necesidades empresariales y a los cambios económicos que se producen en el mercado, así como la repotenciación de las facultades directivas del empresario.

La flexibilidad laboral es incompatible con las necesidades de conciliación de los trabajadores en materia de tiempo de trabajo. En primer lugar, la conciliación, entendida como la posibilidad de alterar las condiciones laborales de los trabajadores en materia de tiempo de trabajo, va a suponer una colisión de los intereses del trabajador con el poder de dirección empresarial y su capacidad

¹⁰ En este sentido MORENO VIDA, M.N., “Configuración general del tiempo de trabajo: algunas reflexiones críticas”, en PERÁN QUESADA, S. (dir.), *La ordenación del tiempo de trabajo en el Siglo XXI. Retos, oportunidades y riesgos emergentes*, Comares, Granada 2014, p. 38.

de organizar la empresa,¹¹ cuestionando su capacidad para gestionar el tiempo de trabajo según sus intereses.¹²

De otro lado, es evidente que la regulación del tiempo de trabajo en el ordenamiento español obedece fundamentalmente a las necesidades de flexibilidad empresarial¹³. El objetivo, desde hace más de una década consiste en facilitar al empresario la mayor dosis de flexibilidad en materia de tiempo de trabajo, dejando de lado cualquier otro objetivo. La flexibilidad impregna la regulación sobre tiempo de trabajo. Se trata de una flexibilidad unidireccional¹⁴, dirigida tan sólo a favorecer al empresario, que no tiene en cuenta los intereses del trabajador: es el trabajador quien debe adaptarse a las necesidades productivas del empresario y no al contrario. Desde este punto de vista es evidente que flexibilidad y conciliación son en buena medida incompatibles¹⁵. Tal como ha señalado la doctrina, la flexibilidad en el tiempo de trabajo se construye sobre la asincronía de la vida familiar y personal de los trabajadores, siendo evidente que esta regulación dificulta enormemente la conciliación¹⁶.

¹¹ TRILLO PARRAGA, F., *Jornada de trabajo, descansos, permisos y vacaciones*, Bomarzo, Albacete 2016, página 65.

¹² ASÍ, ROLDAN MARTÍNEZ, A., “Reducción de jornada por cuidado de hijos y familiares: revalorización del papel del convenio colectivo tras la reforma de 2012”, *Relaciones Laborales* núm. 7-8 de 2014, p. 41.

¹³ Sobre estos distintos criterios evolutivos de la regulación del tiempo de trabajo, ver RODRÍGUEZ PASTOR, G.E., “Hacia una organización más flexible del tiempo de trabajo”, *Relaciones Laborales*, núm. 12, 2014, p. 89.

¹⁴ BALLESTER PASTOR, M.A., “La flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo: jornada y distribución del tiempo de trabajo”, *Revista de Derecho Social*, núm. 62, 2013, p. 56.

¹⁵ Sobre estas cuestiones, ver: BALLESTER PASTOR, M.A., “La flexibilidad en la gestión (...)”... *op. cit.*, p. 56.

¹⁶ MOLINA NAVARRETE, C., “Flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo y conciliación de la vida laboral y familiar: a propósito de la nueva regulación del empleo parcial”, *Documentación Laboral*, núm. 100, p. 16.

Analicemos ahora, de manera somera, aquellos elementos del régimen jurídico del tiempo de trabajo que pueden interferir en la capacidad del trabajador para atender de manera eficiente sus responsabilidades familiares; instituciones jurídicas que implican la alteración frecuente de los ciclos o ritmos temporales del trabajador.

A) LA DISTRIBUCIÓN IRREGULAR DE LA JORNADA

En primer lugar, hemos de hacer referencia a la distribución irregular del tiempo de trabajo, regulado por el art. 34.2 ET¹⁷ y que consiste “en un reparto del tiempo de trabajo que no se realiza de manera homogénea, que no es regular, estable o uniforme, no obedece a un patrón preestablecido de división del tiempo en períodos idénticos, de manera que puede sufrir alteraciones, y que a lo largo del tiempo varía, alternando períodos de mayor trabajo,

¹⁷ Establece este precepto: “2. 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 periodos 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 aquella.

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”.

con períodos de menor trabajo”.¹⁸ Pues bien, es evidente que un tipo de distribución del tiempo de trabajo basado en este planteamiento dificulta, por motivos obvios (la falta de una jornada de trabajo mínimamente estable), la conciliación de la vida familiar y laboral. Estas dificultades se incrementan si tenemos en cuenta que la distribución irregular puede ser de dos tipos, estática y dinámica. La estática supone que se pacte, a través del convenio colectivo, la concreción de cuáles serán los períodos de incremento del tiempo de trabajo, de manera que el trabajador tenga cabal conocimiento de los mismos a través del propio convenio. Este tipo de distribución irregular no genera grandes problemas, pues permite prever los momentos concretos de incremento. El problema está en los casos de distribución irregular dinámica, es decir, aquellos en los que el empresario tiene capacidad de incrementar o disminuir el tiempo de trabajo a voluntad, dependiendo de las necesidades productivas. Desde este punto de vista se hace evidente la capacidad de este instrumento para interferir en la vida privada del trabajador y las dificultades de la conciliación¹⁹. Además, teniendo en cuenta que en la mayor parte de los casos, quienes hacen frente a estas responsabilidades familiares son las trabajadoras, se evidencia las negativas consecuencias que un fe-

¹⁸ GORELLI HERNANDEZ, J., *El tiempo flexible. La jornada irregular*, Tecnos, Madrid, 2018, pp. 79-80.

¹⁹ En este sentido LOPEZ ALVAREZ, M.J., *Distribución irregular de la jornada de trabajo*, Francis Lefebvre, Madrid, 2015, p. 12; LOPEZ CUMBRE, L., “Aspectos críticos de la regulación del tiempo de trabajo en España”, en PERÁN QUESADA, S. (dir.), *La ordenación del tiempo de trabajo en el Siglo XXI. Retos, oportunidades y riesgos emergentes*, Comares, Granada, 2014, p. 115; MOLINA NAVARRETE, C., “La “Luna Europa” y sus dos caras: regulación flexible del tiempo de trabajo y límites comunitarios”, en AA.VV., dirigidos por PERÁN QUESADA, S. (dir.), *op. cit.*, pp. 64-65; ROQUETA BUJ, R., *La flexibilidad interna tras la reforma laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 27-28.

nómeno como la distribución irregular del tiempo tiene para ellas y para que alcancen una verdadera situación de igualdad²⁰.

En cuanto al régimen jurídico de esta institución, señalaría tres elementos que son especialmente perjudiciales desde la perspectiva de la conciliación:

- El reducido plazo de preaviso del que dispone el trabajador para organizar su vida personal en caso de sufrir una situación de distribución irregular del tiempo de trabajo: sólo cinco días. El sentido de este preaviso es evidente: facilitar al trabajador un período para poder organizarse y poder así compatibilizar las necesidades laborales con las personales o familiares²¹; pero un plazo tan reducido puede dificultar o incluso impedir que el trabajador pueda hacer frente a las necesidades de carácter familiar, o que deba hacer frente a las mismas teniendo que desembolsar cantidades económicas para que un tercero sea supla su ausencia. La distribución irregular puede, por lo tanto, suponer una alteración de la jornada, con un preaviso insuficiente para poder ordenar de manera adecuada la vida personal y familiar²².

- Por otra parte, si bien los efectos de la distribución irregular pueden controlarse a través de la negociación colectiva, sin embargo, la reforma de 2012 supuso otorgar al empresario una importante facultad unilateral en esta materia, pues ante la falta de pacto adoptado por convenio o acuerdo de empresa en materia de distribución irregular de la jornada, el legislador reconoce al empresario la capacidad de distribuir irregularmente y de manera unilateral hasta el 10% de la jornada de

²⁰ VELASCO PORTERO, M.T., “El conflicto entre conciliación y necesidades empresariales en la organización del tiempo de trabajo: regulación legal, doctrina judicial e importancia de la negociación”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 41, 2015, pp. 66 y 67.

²¹ RODRIGUEZ PASTOR, G.E., *op. cit.*, p. 95.

²² LOPEZ CUMBRE, L., *op. cit.*, p. 115.

trabajo a lo largo del año. Es decir, se otorga un derecho legal al empresario para que una parte de la jornada pueda distribuirse irregularmente según sus necesidades, sin que para ello deba alcanzar acuerdo alguno con los trabajadores.

- En tercer lugar, nos encontramos con las normas sobre la compensación de los saldos de horas, contenidas en el art. 34.2 ET; es decir, las reglas sobre reequilibrio del tiempo de trabajo en caso de incremento o reducción de jornada como consecuencia de una distribución irregular. Destaca que dicha compensación debe realizarse en el plazo de doce meses desde que se hayan producido. Es evidente que la intención del legislador al establecer este plazo tan amplio no es otra sino favorecer al empresario, que dispone de un plazo extenso que amplía de manera considerable su capacidad de gestionar la distribución irregular de la jornada. Ello supone, y esto es tremendamente relevante, que se rompe con el módulo anual, pues permite la compensación en el año natural siguiente a aquél en que se ha producido la distribución irregular; lo cual unido a la posibilidad de que en dicho año siguiente se produzca también una distribución irregular de la jornada, incrementa la capacidad de flexibilidad empresarial. Como es lógico ello implica relegar los intereses de los trabajadores que soportan este tipo de jornada y sus derechos a la conciliación de la vida familiar y laboral²³.

B) HORAS EXTRAORDINARIAS

Las horas extraordinarias han sido siempre un mecanismo de flexibilidad del tiempo de trabajo, pues permiten el incremento puntual de la jornada de trabajo. La flexibilización de este instrumento se ha centrado, sobre todo, en dos cuestiones esenciales

²³ MARTINEZ YAÑEZ, N.M., “Las fuentes de la distribución irregular de la jornada tras las sucesivas reformas laborales”, *Relaciones Laborales*, núm. 5 de 2013, p. 66.

que se han utilizado como limitación al uso de las mismas por la empresa: la voluntariedad y el tope máximo anual al número de horas extraordinarias.

En cuanto a la voluntariedad, hay que señalar que ante una situación como la actual, caracterizada por una fortísima crisis de empleo, es muy fácil imponer a los trabajadores la realización de las horas extraordinarias, por lo que dicha voluntariedad es más formal que real. De otro lado, el ordenamiento español ha permitido desde antiguo la posibilidad de pactar la obligatoriedad de las mismas por convenio o contrato individual de trabajo (art. 35.4 ET)²⁴.

En cuanto a la existencia de un tope máximo anual de 80 horas extraordinarias, si bien el tope existe, debe conectarse con otro aspecto del régimen jurídico de las mismas: su retribución. El art. 35.1 ET señala que las horas podrán retribuirse mediante el abono de salario en una cuantía no inferior al valor de la hora ordinaria de trabajo, o bien compensar con periodos de tiempo equivalentes de descanso retribuido. La opción entre una u otra vía corresponde al convenio colectivo, o en su defecto al contrato de trabajo; si bien, cuando el convenio no señala cuál es la opción retributiva, las horas extraordinarias se compensan con descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización. La compensación es una opción cada vez más difundida y tiene un efecto esencial: que las horas extraordinarias retribuidas con descanso compensatorio no se computan a los efectos del tope máximo de las 80 anuales (art. 35.2 ET). Ello supone la posibilidad de realizar horas extraordinarias por encima de ese tope máximo, de manera que tales horas, al no significar realmente un incremento del trabajo, lo que ocurre es que se utiliza como instrumento para redistribuir el tiempo de

²⁴ Sobre la cuestión vid. GORELLI HERNANDEZ, J., *El tiempo flexible (...), op. cit.*, p. 189; también en “Tiempo de trabajo y jornada. Regulación y tratamiento en la negociación colectiva”, en AA.VV., *Tiempo de trabajo. XXIX Jornada de estudio sobre negociación colectiva*, Madrid, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2017, p. 159.

trabajo: la realización de horas extraordinarias se compensan con descanso, de manera que realmente no se trabaja más, sino que se trabaja lo mismo, pero se trabaja cuando el empresario considera necesario para sus intereses; todo lo cual supone una importante alteración para la libre disposición del tiempo de descanso de los trabajadores.

C) HORAS COMPLEMENTARIAS

En la práctica la regulación española de las horas complementarias equivale a lo que en otros ordenamientos se ha venido a denominar “trabajo a llamada”, en los que una vez contratado el trabajador, este es llamado por el empresario a realizar la prestación de trabajo exclusivamente cuando éste tiene interés productivo, quedando obligado aquél a incorporarse a la actividad.

Las horas complementarias actúan en el marco de la regulación del trabajo a tiempo parcial (art. 12 ET, estando su regulación contenida en el apartado 5º de este precepto), de manera que se configuran como una especie de “bolsa de horas” a disposición del empresario, que podrá utilizarlas cuando considere conveniente, de manera que se sumará a la jornada ordinaria del trabajador a tiempo parcial. De su régimen jurídico debemos destacar los siguientes elementos que penalizan fuertemente sobre la posibilidad de conciliación.

- A tenor de lo previsto por el art. 12.5 ET, tales horas son voluntarias, pero podemos hacer las mismas consideraciones que sobre la voluntariedad de las horas extraordinarias: es evidente que en una situación de crisis económica, con déficit de puestos de trabajo, el pacto de horas complementarias puede imponerse con absoluta facilidad por el empresario y se integrará como un elemento más del contrato a tiempo parcial²⁵. Más aún, una vez aceptado el

²⁵ En este sentido ya he tenido ocasión de afirmar que estamos ante una voluntariedad “apócrifa”: El tiempo flexible (...), *op. cit.*, p. 206.

pacto de horas complementarias, hay que señalar las dificultades del trabajador para renunciar al mismo y darlo por extinguido: a tenor de lo previsto por el art. 12.5 letra e) ET estas posibilidades son tremendamente limitadas²⁶; todo lo cual refuerza la obligatoriedad de las horas complementarias para el trabajador

- Los límites cuantitativos a la realización son bastante relativos, pues el máximo legal del 30% de las horas de trabajo ordinario, queda totalmente dispositivizado para la negociación colectiva, admitiéndose que los convenios puedan establecer otros porcentajes, que no podrán ser, en ningún caso inferiores a ese 30% (obsérvese que no puede reducirse el límite legal), ni superiores al 60% de las horas contratadas. Con ello se permite que buena parte de los contratos a tiempo parcial, puedan alcanzar una duración de la jornada cercana a la completa.

- Otro aspecto que impacta de lleno en la capacidad del trabajador para conciliar su vida familiar con la profesional es el reducido plazo de preaviso, que es de sólo tres días; plazo evidentemente limitado²⁷. Pero, además, el art. 12.5 ET admite la posibilidad de reducir dicho plazo a través de convenio colectivo. Es evidente

²⁶ BAZ RODRIGUEZ, J., “La jornada complementaria en el contrato de trabajo a tiempo parcial: aspectos críticos (I)”, *Tribuna Social*, núm. 186, p. 52. Téngase en cuenta que sólo puede renunciarse por causas tasadas: causas muy concretas señaladas por el propio precepto: la necesidad de atender las responsabilidades familiares reguladas en el art. 37.6 ET; la existencia de necesidades formativas, siempre y cuando se acredite la incompatibilidad horaria entre tales actividades y la realización de las horas complementarias; y por la realización de otra actividad a tiempo parcial.

²⁷ En sentido totalmente crítico respecto de la reducción del plazo de preaviso y a su régimen jurídico, vid. CABEZA PEREIRO, J., “Trabajo a tiempo parcial: reformas en materia laboral y de Seguridad Social”, *Actualidad Laboral*, núm. 9, 2014, pp. 960-961.

que con ello se otorga un mayor margen al empresario para disponer de las horas complementarias²⁸.

- Además, ha de tenerse en cuenta que se admiten las llamadas horas complementarias “voluntarias” (letra g del art. 12.5 ET): con independencia del pacto de horas complementarias, siempre cabe la posibilidad de que el empresario ofrezca a los trabajadores a tiempo parcial, la posibilidad de que puntualmente se realicen horas complementarias “voluntarias”; es decir, que podrán sumarse a las que ya se realizan como consecuencia del pacto de horas complementarias (no olvidemos que una vez realizado el pacto, las pactadas se convierten en obligatorias, por lo que con las “voluntarias” estaríamos ante un incremento de las horas pactadas), o que pueden desarrollarse voluntariamente aun cuando no se haya alcanzado pacto alguno sobre horas complementarias. Estas horas complementarias “voluntarias” pueden alcanzar el 30% de las horas ordinarias de trabajo y que no se computan a los efectos de los porcentajes de las horas complementarias pactadas. Como es obvio esto supone un importante incremento cuantitativo a la posibilidad de realizar horas complementarias.

A tenor de este régimen jurídico, se cuestiona gravemente la capacidad del trabajador de conciliar su vida familiar con el trabajo²⁹, y se confirma que el pacto de horas complementarias convierte el contrato a tiempo parcial en el versión española del trabajo “a llamada”³⁰.

²⁸ En este sentido FERNANDEZ ORRICO, F.J., “Comentarios a las medidas de mejora en la empleabilidad y estabilidad de los trabajadores, contenidas en el RDL 16/2013, de 20 de diciembre de 2013”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2014, p. 108.

²⁹ BAZ RODRÍGUEZ, J.: “La jornada complementaria en el contrato de trabajo a tiempo parcial: aspectos críticos (II)”, *Tribuna Social*, núm. 187, p. 41.

³⁰ Sobre esta cuestión pueden consultarse LÓPEZ ÁLVAREZ, M.J., *op. cit.*, p. 101; LÓPEZ CUMBRE, L., *op. cit.*, p. 111; MOLINA NAVARRETE, C., “La «luna Europa» (...)”, *op. cit.*, p. 61; RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., CASAS BAAMONDE, M.E.,

III. LAS LIMITACIONES EN MATERIA DE REDUCCIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO POR MOTIVOS FAMILIARES

El art. 37.4 a 6 ET regula las reducciones de jornada por motivos familiares. Se establecen diferentes supuestos que permiten al trabajador reducir su tiempo de trabajo para poder hacer frente a necesidades de carácter familiar. Esta regulación se caracteriza tanto por el hecho de sus limitaciones, como porque tales limitaciones se han incrementado con las últimas reformas laborales y especialmente la de 2012. Vamos a intentar ahora señalar cuales son los principales elementos negativos de esta regulación que repercuten sobre la capacidad del trabajador de conciliar su tiempo de trabajo con la necesidad de atender responsabilidades familiares. Podemos centrarnos fundamentalmente en tres situaciones concretas: la reducción por lactancia, la reducción por cuidado de menores de 12 años o familiares hasta el segundo grado, y las reducciones por hospitalización.

A) LA INSUFICIENCIA DE LA REDUCCIÓN POR LACTANCIA

Junto con los problemas, ya tradicionales, de la titularidad del derecho a la lactancia, destaca la evidente insuficiencia de este derecho. En cuanto a lo primero, la titularidad, el ordenamiento español había considerado tradicionalmente que la titular del derecho era la madre, como consecuencia lógica del hecho de que era ella la que daba a luz al hijo³¹. Ante los evidentes problemas de constitucionalidad de la norma (pese a que el propio TC consideró

y VALDÉS DAL-RE, F., "Contratación a tiempo parcial y flexibilidad del tiempo de trabajo en la nueva reforma laboral (DL 16/2013, de 20 de diciembre), *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2014, p. 13.

³¹ Ver MANEIRO VÁZQUEZ, Y., "La titularidad indiferente del permiso de lactancia; el caso Roca Álvarez", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 102, pp. 214-215.

que otorgar la titularidad a la mujer no debía ser considerado discriminatorio³²), la Ley 3/1989 determinó extender la titularidad del derecho también a los padres, si bien sólo se extendía en caso de que padre y madre trabajasen, manteniéndose una posición de primacía materna (el padre sólo podría disfrutar de la reducción solo si la madre también trabajaba)³³.

Entiendo que esta regulación por la que se otorgaba la titularidad de la maternidad a la madre constituía al mismo tiempo una discriminación contra hombres y mujeres. Contra los primeros, pues el objetivo de la lactancia no es alimentar al hijo, sino otorgar los cuidados necesarios al recién nacido³⁴, y estos pueden ser realizados tanto por mujeres como por hombres. Pero, además, hay una discriminación contra la mujer, pues dicha titularidad supone prolongar la consideración social de que ciertos roles deben ser necesariamente cubiertos por mujeres (sobre la cuestión, vid. la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Roca Álvarez³⁵), evitando así un planeamiento más adecuado para hacer

³² Ver lo señalado por la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 109/1993. Sobre la configuración por parte del TC de la regulación analizada como un mecanismo de acción positiva, ver RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., *op. cit.*, p. 224.

³³ Ver RODRIGUEZ ESCANCIANO, S., “La regulación de la lactancia en el ordenamiento laboral: algunas cuestiones pendientes”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 5, 2017, p. 405.

³⁴ Sobre la ampliación del objetivo de esta medida vid. GORELLI HERNANDEZ, J., *La protección por maternidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pp. 344-345; de igual manera MANEIRO VAZQUEZ, Y., *op. cit.*, p. 216; también VELASCO PORTERO, M.T., “Conciliación y flexiseguridad en el ejercicio de los derechos a la reducción de la jornada”, *Documentación Laboral* núm. 100, 2014, p. 55.

³⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 30 de septiembre de 2010, C-104/09, asunto Roca Álvarez, cuyo apartado 36 afirmaba: “Sin embargo, el hecho de considerar, como sostiene el Gobierno español, que sólo la madre que tenga la condición de trabajadora por cuenta ajena es titular del derecho a disfrutar del permiso controvertido en el litigio principal,

frente a las responsabilidades familiares, el de la corresponsabilidad³⁶. La actual regulación del art. 37.4 ET, introducida por la Ley 3/2012, ha optado por una redacción neutra de la regla sobre titularidad de la lactancia, configurándose como un derecho de trabajadores hombres y mujeres³⁷. Con ello se pone fin a una inadecuada manifestación legal de que la conciliación es una actividad que debe recaer sobre las mujeres³⁸ y se avanza en la dirección más correcta de la corresponsabilidad.

Por otra parte, ha de destacarse la evidente insuficiencia del derecho concedido por el legislador, crítica que no es precisamente nueva, sino que ha acompañado a esta regulación desde el ori-

en tanto que el padre que tenga la misma condición únicamente podría disfrutar de ese derecho, sin ser su titular, puede en cambio contribuir a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer al mantener a los hombres en una función subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de su función parental (véase en ese sentido la sentencia Lommers, antes citada, apartado 41)”.

³⁶ Vid. BALLESTER PASTOR, M.A., “De cómo la reforma (...)”, *op. cit.*, página 108; PERAN QUESADA, S.: “Tiempo de trabajo y género. La perspectiva española”, en PERÁN QUESADA, S. (dir.), *La ordenación del tiempo de trabajo en el Siglo XXI. Retos, oportunidades y riesgos emergentes*, Granada, Comares, 2014, p. 177.

³⁷ Esta reforma obedecía a la ya mencionada STJUE Roca Álvarez de 30 de septiembre de 2010, sentencia que enjuiciaba la conformidad de la redacción previa del art.37.4 ET en el que se establecía la titularidad de la trabajadora, si bien el permiso podría disfrutarse indistintamente por padre y madre en el caso de que ambos trabajasen (lo que suponía que el trabajador no podría disfrutar del derecho en caso de que la madre no fuese trabajadora) y que declaraba dicha regulación contraria a lo dispuesto por el artículo 2, apartados 1, 3 y 4, y el artículo 5 de la Directiva 76/207/CEE. Sobre esta sentencia vid. RODRIGUEZ CARDO, I.A., “El varón como titular del permiso de lactancia: situación tras la STJUE de 30 de septiembre de 2010”, *Actualidad Laboral*, núm. 22, 2010, p. 2655.

³⁸ RODRIGUEZ CARDO, I.A., *op. cit.*, p. 2655.

gen del ET en 1980³⁹: consiste en conceder un derecho de ausencia de una hora, dentro de la jornada de trabajo, de manera que el/la trabajador/a debe cesar en el trabajo, acudir donde se encuentre el recién nacido, facilitar los cuidados necesarios y regresar al trabajo dentro de esa hora. Es un tiempo tan limitado que en la práctica no permite cumplir su función. El legislador ha intentado ofrecer alternativas que tampoco han conseguido que este derecho resulte interesante para el trabajador: la sustitución de la ausencia por la reducción de media hora, que sólo sirve para incorporarse al trabajo un poco más tarde o dejar el trabajo un poco antes; de otro lado, la posibilidad de acumular la duración del permiso en jornadas completas, si bien en los términos previstos por el convenio colectivo o el acuerdo al que puede haberse llegado con el empresario. Esta última alternativa tiene mayor interés para los trabajadores; sin embargo, la acumulación en jornadas completas no se regula como un derecho subjetivo por la regulación legal, sino que *ésta se remite* a lo previsto por la negociación colectiva, o en su defecto al acuerdo individual. Por lo tanto, la acumulación solo es efectiva para los trabajadores cuando se haya regulado por convenio (existiendo también la posibilidad de acuerdo individual con el empresario). Se trata pues, de una modalidad de lactancia que se encuentra condicionada al acuerdo colectivo o individual, por lo que no siempre podrá ser utilizada por el trabajador⁴⁰, de manera que si no hay acuerdo, no cabrá la posibilidad de disfrute

³⁹ Vid. CASTELLANO BURGUILLO, E., “Funciones y alcances de las normas sobre conciliación de la vida laboral y familiar”, *Temas Laborales*, núm. 91, 2007, p. 209; de igual manera HERRAIZ MARTIN, M.S., HERRAIZ MARTIN, M.S., “El impacto de las últimas reformas en la conciliación familiar y laboral”, *Relaciones Laborales* núm. 12, 2014, pp. 49 y 50.

⁴⁰ BASTERRA HERNÁNDEZ, M.: BASTERRA HERNÁNDEZ, M.: “Las reducciones y adaptaciones de jornada en atención a las necesidades personales y familiares del trabajador”, *Revista de Derecho Social*, núm. 78, 2017, p. 101; RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., *op. cit.*, p. 242.

acumulado⁴¹; además, si se logra el acuerdo, el derecho habrá de disfrutarse en los términos pactados⁴².

B) REDUCCIÓN DE JORNADA PARA EL CUIDADO DE MENORES DE DOCE AÑOS, DISCAPACITADOS Y FAMILIARES: EL MÓDULO DIARIO

En los casos de guarda legal de un menor de doce años o un discapacitado, es posible reducir la jornada de trabajo diaria entre un octavo y la mitad con disminución del salario, extendiéndose este derecho también a los casos de cuidado directo de un familiar hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad, que por sus circunstancias no pueda valerse por sí mismo, siempre que no desempeñe una actividad retribuida.

El principal problema que se plantea en este ámbito es la actuación del legislador, al amparo de la crisis económica y con el objetivo de generar la mayor flexibilidad empresarial posible, que pretende limitar los efectos del derecho a la reducción en este caso y, consecuentemente, limitando también las posibilidades de la conciliación del tiempo de trabajo con las necesidades familiares. De hecho, es aquí donde se ha producido una mayor polémica interpretativa en los últimos años, pues con la reforma introducida por la Ley 3/2012 se pasó de un derecho consistente en “una reducción de la jornada de trabajo” para cuidar a familiares o menores de 8 años, a “una reducción de la jornada de trabajo *diaria*” (la negrita es nuestra) para cuidar a menores de 12 años o familiares. Al margen de haber incrementado la edad (reforma, evidentemente positiva), se alteró la redacción añadiendo un adjetivo. Se trata tan sólo de una palabra, pero esta única palabra altera

⁴¹ VELASCO PORTERO, M.T.: “Conciliación y flexiseguridad (...)”... *op. cit.*, p. 56.

⁴² Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 11 de noviembre de 2009, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi (RJ) RJ\2010\247.

profundamente la interpretación de este derecho⁴³, pues lo que hace el legislador es especificar la manera en que debe concretarse la reducción de la jornada, sin que se prevea ninguna otra alternativa (salvo acuerdo individual o colectivo, por supuesto); lo cual supuso un rechazo unánime por la doctrina laboral⁴⁴.

La consecuencia de introducir esa única palabra supone que la jornada que puede reducirse por el trabajador es exclusivamente la jornada de trabajo diaria, de manera que no sería posible ya la reducción en un cómputo de jornada superior al diario, acumulando la reducción, por ejemplo, por semanas (trabajar una semana a tiempo completo y aplicar la reducción a la semana siguiente cesando totalmente en el trabajo durante la misma), o acumular toda la reducción uno o varios días dentro de la semana laboral, de manera que dichos días no realizará prestación de trabajo; de igual manera, tampoco será posible utilizar como parámetro módulos superiores a la semana, como el mensual o el anual⁴⁵. El legislador evita, por tanto, la interpretación de que sea posible el uso de módulos temporales mayores que el estrictamente diario⁴⁶.

⁴³ NUÑEZ-CORTES CONTRERAS, P., “La reducción de jornada por motivos familiares: puntos críticos en la doctrina judicial”, *Temas Laborales*, núm. 129, 2015, p. 117; ROLDAN MARTINEZ, A., *op. cit.*, p. 51.

⁴⁴ BALLESTER PASTOR, M.A., “La flexibilidad (...)”, *op. cit.*, pp. 88 y 89; BASTERRA HERNANDEZ, M.A., *op. cit.*, p. 111; MOLINA NAVARRETE, C., “Nuevo revés judicial a la reforma laboral: la reducción de jornada por guarda legal no se agota en la diaria”, *CEF Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 386, 2015, pp. 154 y ss.; MONTOYA MEDINA, D., “Conciliación de la vida laboral y familiar en la reforma laboral de 2012”, *CEF Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 361, 2013, p. 139; HERRAIZ MARTIN, M.S., *op. cit.*, p. 62; MOLINA NAVARRETE, C., “La «luna Europa» (...)”, *op. cit.*, p. 65; NUÑEZ-CORTES CONTRERAS, P., *op. cit.*, p. 118; ROLDAN MARTINEZ, A., *op. cit.*, p. 51; RODRIGUEZ GONZALEZ, S., *op. cit.*, pp. 283-284.

⁴⁵ NUÑEZ-CORTES CONTRERAS, P., *op. cit.*, p. 117.

⁴⁶ Afirma la STSJ de Cantabria de 31 de julio de 2015, Aranzadi Social (AS) AS\2016\146, “Pero, con claridad, la reforma operada en el primer párrafo del

Es evidente que la nueva regulación supone una reducción de las posibilidades de conciliar la vida laboral y profesional, sobre todo si se tiene en cuenta que las necesidades de índole familiar no pueden estandarizarse, todo lo cual puede conducir al trabajador a no utilizar esta posibilidad legal, por no serle realmente útil⁴⁷.

En todo caso, cabe la posibilidad de pactar por convenio colectivo o por acuerdo individual que la reducción no se limite a la jornada diaria, pudiendo establecerse por módulos temporales más amplios⁴⁸. La jurisprudencia laboral ha admitido esta posibilidad, justamente al analizar las diferencias de literalidad entre la norma legal, que establece el módulo diario, y un convenio colectivo que mantiene la redacción previa a la reforma de 2012 y que se refiere a una reducción de la jornada de trabajo⁴⁹.

artículo 37.5, concreta que el derecho a la reducción de la jornada por guarda legal debe proyectarse sobre la jornada de trabajo «diaria», calificativo que delimita el ejercicio del derecho. Por ello, cuando se ejercita el derecho de reducción por guarda legal, esta reducción debe proyectarse sobre todos los días en los que el trabajador o trabajadora tiene que prestar sus servicios profesionales sin excluir, como la actora pretende, el sábado (...). Mientras que, con anterioridad a la reforma, se precisaba la unidad diaria para distribuir el resto de módulos, fueran semanales o anuales, ahora se debe contar con ella sólo con la finalidad de lograr una concreción horaria. De este modo, la jornada se reduce pero no se distribuye en módulos superiores al diario”.

⁴⁷ BASTERRA HERNANDEZ, M., *op. cit.*, p. 111.

⁴⁸ Se muestran favorables a la posibilidad de que la negociación colectiva admita un módulo superior al diario FRAGUAS MADURGA, L., “Reducción de jornada y flexibilidad horaria por cuidado de hijos tras la reforma laboral de 2012”, *Aranzadi Social*, núm. 10, 2013 (versión informática); también NUÑEZ-CORTES CONTRERAS, P., *op. cit.*, p.117; o ROLDAN MARTINEZ, A., *op. cit.*, p. 52.

⁴⁹ En este sentido las STS de 15 de septiembre de 2016, RJ\2016\5042 y 18 de mayo de 2016, RJ\2016\3259. En el mismo sentido las Sentencias de la Audiencia Nacional de 23 de marzo de 2015, AS\2015\465 y 1 de junio de 2015, AS\2015\1612; o las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia

Hay que entender que la pretensión del legislador es la de facilitar al empresario una cierta uniformidad en el disfrute de este derecho por parte de los trabajadores⁵⁰. Sin embargo, este planteamiento, benéfico para los empresarios, es contrario a las necesidades de conciliación de los trabajadores. Estamos ante otro nuevo supuesto de sacrificio de los intereses laborales en directo beneficio para los empresarios.

C) REDUCCIONES POR MOTIVOS DE HOSPITALIZACIÓN

De un lado, el art. 37.5 ET contempla el derecho a ausencia durante una hora, o la reducción de dos horas con disminución del salario) en caso de nacimiento de hijos que, por prematuros o por cualquier otra causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto. Por otra parte, el art. 37.6 en su tercer párrafo se refiere a la reducción de, al menos, la mitad de la jornada (con disminución de salario) para el cuidado de un hijos menores de edad, o menores acogidos o en situación de guarda, por hospitalización de larga duración a consecuencia de enfermedades graves.

Se trata de dos situaciones diferenciadas, cada una de ellas con limitaciones importantes. Así, en primer lugar, respecto de la hospitalización por nacimiento, se establece que la hospitalización a de ser a “continuación del parto”. Si realizamos una interpretación meramente literal de este precepto, se podría negar el derecho a los trabajadores cuyos hijos sean hospitalizados en un momento posterior al parto; lo que impediría claramente el objetivo o finalidad de esta regulación.

En cuanto a la hospitalización de menores afectados por enfermedades graves, el art. 37.6 ET señala que el trabajador tiene

de Cataluña de 3 de abril de 2017, AS\2017\1197; La Rioja de 27 de octubre de 2016, AS\2016\1823; Andalucía de 5 de abril de 2017, AS\2017\1201. También la Sentencia del Juzgado de lo social de Sevilla de 13 de marzo de 2017, JUR\2017\61858.

⁵⁰ BALLESTER PASTOR, M.A.: “La flexibilidad (...)”... *op. cit.*, p. 88.

derecho a la reducción de la jornada de trabajo, al menos en la mitad de la duración de aquella para el cuidado de durante la hospitalización de menores a su cargo afectados por enfermedades graves. De entrada ha de observarse la enorme duración mínima de este derecho: una reducción de la jornada de, al menos, la mitad de la duración de la jornada, con disminución proporcional del salario. Una duración mínima tan amplia es un exceso que implica una limitación al ejercicio de este derecho: si un trabajador desea ocuparse del cuidado de un menor a su cargo, debido a que padece una grave enfermedad que lo va a mantener hospitalizado de manera continuada, debe renunciar, cuanto menos, a la mitad de la jornada y a la mitad del salario; cuanto es posible que el tiempo que deba dedicar a esos cuidados sea menor, pues no olvidemos que el menor está hospitalizado. No entendemos la lógica de la norma desde la perspectiva de facilitar la conciliación, pues sería más adecuado permitir reducciones de jornada de duración inferior a la mitad de la jornada.

De otro lado, este precepto admite la posibilidad de la acumulación de la reducción en jornadas completas de trabajo. Sin embargo, esta posibilidad está condicionada a su regulación a través de convenio colectivo. Por lo tanto, no se reconoce un derecho subjetivo legal a la acumulación en jornadas completas. No obstante, entendemos que si bien el legislador está condicionando la posibilidad de la acumulación a que esta se haga a través de convenio colectivo, esta limitación se refiere tan sólo cuando la acumulación se produce en “jornadas completas”; es decir, se refiere a un posible supuesto de acumulación, pero no se establece que sea necesario el acuerdo por convenio para otros supuestos o situaciones de acumulación, por ejemplo que uno días se trabaje con horario normal o completo de ocho horas, incrementando la reducción de los días siguientes, sin que se alcance una jornada completa. Dicho de otro modo, la acumulación en jornada completa no es la única posibilidad de acumulación, y al referirse la norma legal a la necesidad de convenio para la acumulación de

jornadas completas, se configura dentro del derecho subjetivo del trabajador esas otras acumulaciones.

IV. EL FRACASO DE LA ADAPTACIÓN DE LA JORNADA

El tercero de los aspectos a tener en cuenta es la escasa relevancia práctica de la regulación española sobre la posibilidad de que el trabajador adapte su tiempo de trabajo a las necesidades de carácter familiar. Ciertamente el art. 38.4 ET establece el derecho del trabajador a “adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo”, derecho que puede incluir la utilización de la jornada continuada, el horario flexible o bien otros modos de organización del tiempo de trabajo o de los descansos.

Es evidente que el objetivo de esta regulación es favorecer el derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral. Además, el legislador no se ha referido tan sólo a la vida familiar del trabajador, sino que también hace referencia expresa a la vida personal del trabajador. Ello supone que cualquier situación personal o particular del trabajador podría estar protegida a través del art. 34.8 ET, no limitándose sólo a las responsabilidades de carácter familiar⁵¹. No obstante, como vamos a ver, el ordenamiento no otorga al trabajador un derecho subjetivo, sino que lo condiciona totalmente a lo que pueda regularse del mismo a través de la negociación colectiva o el acuerdo que pueda alcanzarse con el empresario.

A tenor de lo dispuesto por el art. 34.8 ET el trabajador tiene derecho a la adaptación de la duración y a la distribución de la jornada de trabajo. La adaptación es la capacidad del trabajador de acomodar el tiempo de trabajo a las circunstancias personales o familiares del trabajador, lo que supone, necesariamente, la mo-

⁵¹ BASTERRA HERNANDEZ, M., *op. cit.*, p. 119; CASTELLANO BURGUILLO, E., *op. cit.*, p. 217; LAHERA FORTEZA, J., “Organización flexible del tiempo de trabajo y conciliación familiar”, *Documentación Laboral*, núm. 100, p. 41.

dificación o alteración del régimen del tiempo de trabajo aplicado sobre el trabajador. Dicha adaptación se refiere tanto a la duración como a la distribución de la jornada de trabajo; por lo tanto, abarca tanto al aspecto cuantitativo (la duración o número de horas a trabajar dentro de ciertos módulos de referencia), como al cualitativo (distribución de las mismas). Por tanto, el planteamiento del legislador es bastante amplio, de manera que admitiría cualquier mecanismo de flexibilidad en el tiempo de trabajo a favor de los trabajadores⁵². Abarcaría cualquier medida que afecte al tiempo de trabajo que no esté específicamente regulada en otra norma sobre conciliación de nuestro ordenamiento⁵³.

En todo caso, estas medidas han de implantarse fundamentalmente por la negociación colectiva, lo que supone una importante limitación a la eficacia de esta regulación; y la prueba de ello la encontramos en la escasa implantación de este tipo de medidas en la negociación colectiva, que regula muy limitadamente estas cuestiones⁵⁴.

El principal problema interpretativo que plantea el art. 34.8 ET es si existe o no un verdadero derecho subjetivo que pueda ser reclamado por los trabajadores al empresario. El art. 34.8 señala que el trabajador “tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo”. Sin embargo, hemos de tener en

⁵² MOLERO MARAÑÓN, M.L., *op. cit.*, p. 60; VELASCO PORTERO, M.T., “El conflicto (...)”, *op. cit.*, p. 81.

⁵³ En este sentido BASTERRA HERNANDEZ, M., *op. cit.*, p. 120; también MARTINEZ YAÑEZ, N.M., “La difícil aplicación del derecho de adaptación de la jornada por razones familiares y personales en defecto de acuerdo colectivo al respecto”, *Tribuna Social* núm. 235, 2010, p. 22.

⁵⁴ GORELLI HERNANDEZ, J., “Tiempo de trabajo y jornada (...)”, *op. cit.*, pp. 177 y ss.; también LAHERA FORTEZA, J., *op. cit.*, p. 43; MARTINEZ YAÑEZ, N.M., “La difícil (...)”, *op. cit.*, p. 23; MOLINA NAVARRETE, C.: “Flexibilidad (...)”... *op. cit.*, p. 22; RODRIGUEZ GONZALEZ, S., *op. cit.*, pp. 175 y 180; VELASCO PORTERO, M.T., “El conflicto (...)”, *op. cit.*, p. 67. En el mismo sentido lo afirma la STSJ de Cantabria de 31 de julio de 2015, AS\2016\146.

cuenta que, a continuación, este mismo precepto señala que esa adaptación se lleva a cabo “en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquella”. La cuestión que debemos plantearnos a la luz de esta literalidad es si existe o no un reconocimiento legal del derecho del trabajador a la adaptación de su jornada de trabajo por motivos de carácter familiar, pues es evidente que la norma se remite para el disfrute del derecho a lo que disponga la negociación colectiva.

Si la respuesta fuese afirmativa estaríamos ante un derecho de una enorme potencialidad para el trabajador, pues supondría una capacidad que va mucho más lejos de los derechos a la suspensión del contrato por motivos familiares o los derechos a la reducción de la jornada, pues se le facilitaría normativamente la alteración o modificación de las condiciones de tiempo de trabajo o descanso ante cualquier tipo de necesidad personal o familiar. De esta manera podría hacer frente a las responsabilidades familiares sin cesar en modo alguno en la prestación de trabajo, sin necesidad de abandonar el trabajo y reducir su capacidad profesional por la obsolescencia que ello provoca, o sin tener que sufrir merma del salario.

Sin embargo, ha de darse una respuesta negativa a la anterior pregunta, pues es evidente que de la literalidad del precepto se condiciona la adaptación de la jornada al resultado del acuerdo adoptado a través de la negociación colectiva, o del acuerdo individual. Por lo tanto, el legislador se ha limitado a asumir un papel meramente impulsor o promotor de la adaptación de la jornada de trabajo, pero no a regular un derecho subjetivo del trabajador⁵⁵. No existe, en definitiva, un derecho subjetivo concedido por la regulación legal a los trabajadores para adaptar el tiempo de trabajo

⁵⁵ No obstante, pueden encontrarse planteamientos favorables a entender que el ordenamiento establece un derecho subjetivo de los trabajadores; así, MOLINA NAVARRETE, C., “Flexibilidad en la gestión (...)”, *op. cit.*, página 21; RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., *op. cit.*, p. 170.

a sus necesidades, lo cual también se ha manifestado por la propia jurisprudencia laboral⁵⁶. En conclusión, en el art. 34.8 ET sólo hay una remisión a la negociación colectiva o al acuerdo individual con el empresario⁵⁷, pero no un derecho, legalmente configurado, del trabajador.

Por el contrario, se estima que la existencia del derecho a la adaptación cuando se haya previsto por parte de la negociación colectiva, o el acuerdo individual con el empresario; e incluso en algún caso se ha realizado una interpretación extensiva de lo que hemos de entender por dicho acuerdo colectivo⁵⁸.

⁵⁶ Así las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia (SSTSJ) de Castilla-La Mancha de 3 de diciembre de 2008, AS\2009\920, o Madrid de 16 de mayo de 2012, AS\2012\1669: "(...) no existe lo que se podría contemplar como un reconocimiento de un derecho efectivo tangible y exigible, en cuanto que la remisión bien a la negociación colectiva o al acuerdo individual para su efectiva implantación, comporta que, hasta que la misma no se produzca, estamos, de una parte, ante un derecho carente de todo contenido eficaz, y de otro, ante un llamamiento, una invocación a los interlocutores sociales, y a empresarios y trabajadores, para que hagan algo que, incluso sin la existencia del precepto, podrían ya hacer, como es negociar esa posibilidad de conciliación que no está sujeta en realidad a mínimos legales de clase alguna". En la misma dirección las SSTSJ de Galicia de 16 de noviembre de 2009, JUR\2010\26934 y Cantabria de 31 de julio de 2015, AS\2016\146; afirmando esta última que "(...) la norma obliga como requisito ineludible para poder hacer efectivo el derecho que previamente exista acuerdo con el empresario o que el derecho cuestionado haya sido reconocido en la norma convencional de aplicación porque solo así, cabe que se lleve a cabo una adaptación de la jornada de trabajo en aras a una mejor coordinación de la vida personal, familiar y laboral".

⁵⁷ MARTÍNEZ YAÑEZ, N.M., "La difícil (...)". *op. cit.*, p. 22.

⁵⁸ Sería el caso de la STSJ de Canarias de 16 de octubre de 2012, AS\2013\1155, en la que se estima que el derecho a la adaptación tenía encaje en el art. 34.8 ET, a pesar de la inexistencia de un acuerdo en negociación colectiva, pero en el que existía un Decreto de la Comunidad Autónoma de Canarias (el Decreto 78/2007 de 18 de abril, por el que se fija la jornada y el horario de trabajo del

Por lo tanto, el art. 34.8 ET sólo plantea la posibilidad de una adaptación del tiempo de trabajo, condicionada al desarrollo de la misma a través de la negociación colectiva⁵⁹ o el acuerdo individual entre trabajador y empresario; lo cual supone que si no existe el acuerdo, nada podrá reclamar el trabajador a través del art. 34.8 ET. La limitación de esta regulación es evidente, y a ello se une el hecho de que la negociación colectiva no haya asumido la tarea de introducir en la negociación colectiva esta cuestión, por lo que es extraña la posibilidad de disfrutar de la adaptación de la jornada.

A tenor de lo señalado cabe concluir que la norma tiene exclusivamente una finalidad promocional de la adaptación del tiempo de trabajo y descanso de los trabajadores⁶⁰. La pretensión del legislador es, simplemente, advertir a las partes que tienen la posibilidad de regular medidas de conciliación, pero sin establecer un derecho subjetivo de los trabajadores. En realidad, los negociadores ya tenían la posibilidad de regular la adaptación de la jornada, sin que el art. 34.8 ET haya añadido nada verdaderamente relevante, pues tanto con dicho precepto como sin él, el convenio colectivo podría regular esta cuestión⁶¹.

Pues bien, hay que constatar que la negociación colectiva no ha asumido esta posibilidad, siendo tremendamente extraño que

personal al servicio de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias y se establece el sistema de gestión de los mismos), que si bien no tenía formalmente la condición de pacto convencional, había sido fruto de la negociación con los sindicatos en la mesa general de empleados públicos y regulaba mecanismos destinados a facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral de los trabajadores.

⁵⁹ MOLERO MARAÑÓN, M.L., *op. cit.*, p. 61; VILLALBA SANCHEZ, A., *op. cit.*, p. 14 de la versión informática; VELASCO PORTERO, M.T., *op. cit.*, p. 82; POQUET CATALA, R... *op. cit.*, p. 2090; RODRIGUEZ GONZALEZ, S., *op. cit.*, p. 168.

⁶⁰ BASTERRA HERNÁNDEZ, M., *op. cit.*, p. 122; RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., *op. cit.*, p. 174.

⁶¹ MARTÍNEZ YÁÑEZ, N.M., “La difícil (...), *op. cit.*, p. 24. En el mismo sentido la STSJ de Castilla-La Mancha de 3 de diciembre de 2008, AS\2009\920.

los convenios regulen la posibilidad de la adaptación de la jornada, más allá de recoger algún derecho a reducción de la jornada por motivos familiares, que encaja dentro de lo previsto por el legislador en el art. 37.5 y ss ET, siendo el ejemplo más destacado, el de la regulación de la reducción de jornada en caso de nacimiento de hijos; es decir, lejos de regularse la adaptación, se recogen algunos de los derechos a reducción a los que hemos aludido con anterioridad, pero nada más.

V. CONCLUSIONES

Tal como hemos visto a lo largo de este trabajo, la situación actual de los derechos de conciliación en materia de tiempo de trabajo se encuentran en una situación tremendamente limitada en el ordenamiento español: de un lado, las propias exigencias de flexibilidad laboral en favor del empresario generan importantes límites a las posibilidades de conciliación, pues, de hecho, la flexibilidad del tiempo de trabajo es la punta de lanza de las reformas laborales en materia de flexibilidad. De otro lado, hemos de admitir que los derechos a la reducción de la jornada de trabajo por motivos familiares han sido sometidos a reducciones sustanciales por parte de las reformas que se han efectuado. Por último, el derecho a la adaptación de jornada se condiciona a su puesta en funcionamiento por parte de la negociación colectiva, y esta no ha respondido de manera adecuada, no siendo esta una de las cuestiones que habitualmente se incluyen en la negociación de los convenios.

Por lo tanto, estamos ante un desafío: la necesidad de incrementar los derechos de conciliación en este ámbito, frente a las omnipresentes necesidades de flexibilidad laboral demandada por los empresarios, que en la práctica limitan o imposibilitan un movimiento a favor de la conciliación.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BALLESTER PASTOR, M.A., “De cómo la reforma operada por el RD Ley 3/2012 ha degradado el derecho fundamental a la conciliación de responsabilidades”, *Revista de Derecho Social* núm. 57, 2002.
- BALLESTER PASTOR, M.A., “La flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo: jornada y distribución del tiempo de trabajo”, *Revista de Derecho Social*, núm. 62, 2013.
- BASTERRA HERNÁNDEZ, M., “Las reducciones y adaptaciones de jornada en atención a las necesidades personales y familiares del trabajador”, *Revista de Derecho Social*, núm. 78, 2017.
- BAZ RODRÍGUEZ, J., “La jornada complementaria en el contrato de trabajo a tiempo parcial: aspectos críticos (I)”, *Tribuna Social*, núm. 186.
- BAZ RODRÍGUEZ, J., “La jornada complementaria en el contrato de trabajo a tiempo parcial: aspectos críticos (II)”, *Tribuna Social*, núm. 187.
- CABEZA PEREIRO, J., “Trabajo a tiempo parcial: reformas en materia laboral y de Seguridad Social”, *Actualidad Laboral*, núm. 9, 2014.
- CASTELLANO BURGUILLO, E., “Funciones y alcances de las normas sobre conciliación de la vida laboral y familiar”, *Temas Laborales*, núm. 91, 2007.
- FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: “Comentarios a las medidas de mejora en la empleabilidad y estabilidad de los trabajadores, contenidas en el RDL 16/2013, de 20 de diciembre de 2013”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2014.
- FRAGUAS MADURGA, L., “Reducción de jornada y flexibilidad horaria por cuidado de hijos tras la reforma laboral de 2012”, *Aranzadi Social*, núm. 10, 2013 (versión informática).
- GORELLI HERNÁNDEZ, J., *El tiempo flexible. La jornada irregular*, Madrid, Tecnos, 2018.

- GORELLI HERNANDEZ, J., “Tiempo de trabajo y jornada. Regulación y tratamiento en la negociación colectiva”, en AA.VV., *Tiempo de trabajo. XXIX Jornada de estudio sobre negociación colectiva*, Madrid, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2017.
- GORELLI HERNANDEZ, J., *La protección por maternidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.
- HERRAIZ MARTIN, M.S., “El impacto de las últimas reformas en la conciliación familiar y laboral”, *Relaciones Laborales*, núm. 12, 2014.
- LAHERA FORTEZA, J., “Organización flexible del tiempo de trabajo y conciliación familiar”, *Documentación Laboral*, núm. 100.
- LOPEZ ALVAREZ, M.J., *Distribución irregular de la jornada de trabajo*, Madrid, Francis y Taylor, 2015.
- LOPEZ CUMBRE, L., “Aspectos críticos de la regulación del tiempo de trabajo en España”, en PERÁN QUESADA, S., *La ordenación del tiempo de trabajo en el Siglo XXI. Retos, oportunidades y riesgos emergentes*, Comares, Granada, 2014.
- MANEIRO VAZQUEZ, Y., “La titularidad indiferente del permiso de lactancia; el caso Roca Álvarez”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 102.
- MARTINEZ MORENO, C., “Vida privada y relación de trabajo. A propósito de la posibilidad de pactar individualmente las condiciones de ejercicio de los derechos de conciliación de la vida familiar”, *Tribuna Social*, núm. 197, 2007.
- MARTINEZ YAÑEZ, N.M., “Las fuentes de la distribución irregular de la jornada tras las sucesivas reformas laborales”, *Relaciones Laborales*, núm. 5, 2013.
- MARTINEZ YAÑEZ, N.M., “La difícil aplicación del derecho de adaptación de la jornada por razones familiares y personales en defecto de acuerdo colectivo al respecto”, *Tribuna Social*, núm. 235, 2010.
- MOLERO MARAÑÓN, M.L., “Derechos de conciliación y tiempo de trabajo”, *Documentación Laboral*, núm. 82, 2008.

- MOLINA NAVARRETE, C., “La “Luna Europa” y sus dos caras: regulación flexible del tiempo de trabajo y límites comunitarios”, en PERÁN QUESADA, S. (dir.), *La organización del tiempo de trabajo en el Siglo XXI. Retos, oportunidades y riesgos emergentes*, Granada, Comares, 2014.
- MOLINA NAVARRETE, C., “Flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo y conciliación de la vida laboral y familiar: a propósito de la nueva regulación del empleo parcial”, *Documentación Laboral*, núm. 100.
- MOLINA NAVARRETE, C., “Nuevo revés judicial a la reforma laboral: la reducción de jornada por guarda legal no se agota en la diaria”, *CEF Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 386, 2015.
- MONTOYA MEDINA, D., “Conciliación de la vida laboral y familiar en la reforma laboral de 2012”, *CEF Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 361, 2013.
- MORENO VIDA, M.N., “Configuración general del tiempo de trabajo: algunas reflexiones críticas”, en PERÁN QUESADA, S. (dir.) *La ordenación del tiempo de trabajo en el Siglo XXI. Retos, oportunidades y riesgos emergentes*, Granada, Comares, 2014.
- PERAN QUESADA, S. (dir.), “Tiempo de trabajo y género. La perspectiva española”, en PERÁN QUESADA, S. (dir.), *La ordenación del tiempo de trabajo en el Siglo XXI. Retos, oportunidades y riesgos emergentes*, Granada, Comares, 2014.
- RODRIGUEZ CARDO, I.A., “El varón como titular del permiso de lactancia: situación tras la STJUE de 30 de septiembre de 2010”, *Actualidad Laboral*, núm. 22, 2010.
- RODRIGUEZ ESCANCIANO, S., “La regulación de la lactancia en el ordenamiento laboral: algunas cuestiones pendientes”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 5, 2017.
- RODRIGUEZ GONZALEZ, S., *Tiempo de trabajo y vida privada*, Comares, Granada, 2016.
- RODRIGUEZ PASTOR, G.E., “Hacia una organización más flexible del tiempo de trabajo”, *Relaciones Laborales*, núm. 12, 2014.

- RODRIGUEZ-PIÑERO, M., CASAS BAAMONDE, M.E. y VALDES DAL-RE, F., “Contratación a tiempo parcial y flexibilidad del tiempo de trabajo en la nueva reforma laboral (DL 16/2013, de 20 de diciembre), *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2014.
- ROLDAN MARTINEZ A., “Reducción de jornada por cuidado de hijos y familiares: revalorización del papel del convenio colectivo tras la reforma de 2012”, *Relaciones Laborales*, núms. 7-8, 2014.
- ROQUETA BUJ, R., *La flexibilidad interna tras la reforma laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
- TOSCANI GIMENEZ, D., “El disfrute paterno del permiso de lactancia y su interpretación por el TJUE”, *Revista de Derecho Social*, núm. 56, 2011.
- TRILLO PARRAGA, F., *Jornada de trabajo, descansos, permisos y vacaciones*, Bomarzo, Albacete, 2016.
- VELASCO PORTERO, M.T., “El conflicto entre conciliación y necesidades empresariales en la organización del tiempo de trabajo: regulación legal, doctrina judicial e importancia de la negociación”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 41, 2015.
- VELASCO PORTERO, M.T., “Conciliación y flexiseguridad en el ejercicio de los derechos a la reducción de la jornada”, *Documentación Laboral*, núm. 100, 2014.
- VILLALBA SANCHEZ, A., “Conciliación de la vida laboral y familiar”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 195.

