

ORGANIZACIÓN FLEXIBLE DEL TIEMPO DE TRABAJO Y CONCILIACIÓN FAMILIAR*

Jesús Lahera Forteza**
Universidad Complutense de Madrid

“Lo contrario de una verdad profunda es otra verdad profunda, pues proposiciones que son falsas por separado, contempladas conjuntamente son correctas”

Niels Bohr

SUMARIO: 1. Flexibilidad en el tiempo de trabajo por necesidades empresariales y personales del trabajador: un paradigma de flexiseguridad europea. –2. Adaptación y distribución de la jornada para asegurar la conciliación familiar. 2.1. Configuración jurídica del art. 34.8 ET. 2.2. Medidas convencionales. 2.3. El problema de la decisión unilateral del trabajador. 2.4. Tensión con la distribución irregular de la jornada. 2.5. Tensión con la modificación sustancial del tiempo de trabajo. –3. Elección de descansos y vacaciones por preferencias de conciliación familiar. –4. Crítica a la preferencia legislativa por la reducción de jornada frente a la adaptación del tiempo de trabajo. 4.1. Crítica a la preferencia legislativa por la reducción de jornada. 4.2. Propuesta de reforma.

RESUMEN

La búsqueda de la convivencia entre la flexibilidad en el tiempo de trabajo y la conciliación familiar está presente en el paradigma europeo de la flexiseguridad y en nuestro ordenamiento laboral. Este análisis jurídico se centra en la adaptación de la jornada y de los descansos del trabajador como principal expresión de esta convivencia. Examinó por ello el alcance jurídico del derecho de adaptación de la jornada para hacer efectiva la conciliación familiar del art. 34.8 ET en conexión también con la distribución irregular de la jornada del art. 34.2 ET y la modificación del tiempo de trabajo del art. 41 ET. La complejidad de estos problemas contrasta con la claridad de las sobreprotegidas reducciones de jornada por cuidado de hijo de los arts. 37.5 y 6 ET. La conclusión es una crítica a esta opción legal de conciliación familiar, aportando una propuesta concreta de reforma que tendría una mayor capacidad de adaptación de los horarios a las necesidades personales de los trabajadores, con consecuencias sociales más positivas que las reducciones de jornadas concentradas en mujeres.

* Recibido el 19.02.2014 y aprobado el 18.03.2014.

** Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

ABSTRACT

The search for coexistence between flexibility in working time and work-life balance is present in the European flexicurity paradigm and in our labor law. I examine the adaptation of the day and the rest of the worker as the main expression of this coexistence. I examine the right to adapt the day of art. 34.8 ET in connection also with irregular distribution of working time of art. 34.2 ET and modification work of art. 41 ET. The complexity of these problems contrasts with the clarity of overprotected reduced working hours for child care of arts.37.5 and 6 ET. The conclusion is reviewed. I propose a concrete reform that would have more positive social impact that reductions in days concentrated in women.

Palabras clave: conciliación familiar, flexibilidad laboral, reducción de jornada, adaptación de jornada, descansos.

Key words: family conciliation, work flexibility, reduction time, adaption time, breaks.

1. FLEXIBILIDAD EN EL TIEMPO DE TRABAJO POR NECESIDADES EMPRESARIALES Y PERSONALES DEL TRABAJADOR : UN PARADIGMA DE FLEXISEGURIDAD EUROPEA

Todos los documentos europeos relacionados con la flexiseguridad mencionan entre sus objetivos principales tanto la flexibilidad interna en el tiempo de trabajo como la conciliación laboral y familiar¹. Ambas nociones están, a su vez, presentes en las directivas europeas de tiempo de trabajo y de igualdad de trato con expresas menciones a derechos de conciliación familiar². Las recomendaciones de instancias europeas insisten en que los Estados Miembros aseguren ambas dimensiones del tiempo de trabajo, atendiendo tanto a las necesidades empresariales de producción como a las personales de los trabajadores. La flexiseguridad laboral exige, así, combinar de manera adecuada la flexibilidad interna en la distribución del tiempo de trabajo con la adaptación de la jornada y los descansos a las necesidades personales de los trabajadores derivadas de sus responsabilidades familiares. La conciliación familiar y laboral conexas al tiempo de trabajo es un paradigma de la convivencia de conceptos complementarios que reúne el término europeo flexiseguridad laboral, superando la aparente contradicción entre flexibilidad de la empresa y seguridad del trabajador.

Sin necesidad de aterrizar en este marco europeo, la propia Constitución Española (CE) atiende indirectamente ambas dimensiones en preceptos tan próximos como los arts. 38 y 39 CE. De un lado, la indiscutible libertad de empresa en una economía de libre mercado sustentada en la propiedad privada (art. 38 CE) implica, de suyo, una organización flexible del tiempo de trabajo en función de las necesidades de producción con una gestión adecuada de los recursos humanos en esta dirección. De otro lado, el mandato de protección de la familia y del menor (art. 39 CE) implica de manera inevitable una combinación flexible del tiempo de trabajo por necesidades personales de trabajadores con estas responsabilidades, sin obviar el trasfondo de la no discriminación por razón de género (art. 14 CE) en una sociedad donde tradicionalmente ha sido la mujer quien ha protagonizado las exigencias del cuidado de hijos. Los arts. 38 y 39 CE, interpretados conforme a la realidad social vigente y a la luz ahora de las recomendaciones y directivas europeas, pueden ser leídos en esta clave de flexiseguridad laboral.

El Estatuto de los Trabajadores (ET), ya en el plano legal interno, tiene numerosos ejemplos de esta combinación de flexibilidades por producción y personales.

¹ Ver VALDÉS DAL-RÉ, F.; LAHERA FORTEZA, J., *La flexiseguridad laboral en España*, Fundación Alternativas, documento 157/2010, Madrid, 2010, pp. 5-34, con todos los textos europeos de referencia.

² Ver GARCÍA QUIÑONES, J.C., "Tiempo de trabajo e igualdad de género en el ámbito laboral" en dir. VALDÉS, F.; QUINTANILLA, B., *Igualdad de género y relaciones laborales*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 2008, pp. 180-185 con todas las directivas europeas de referencia.

Por un lado, la flexibilidad en el tiempo de trabajo por necesidades empresariales es cada vez más atendida tras las últimas reformas laborales a través del incentivo a la jornada irregular en función de la producción (art. 34.2 ET) –con ahora en defecto de convenio o acuerdo colectivo un 10 por 100 de poder unilateral de la empresa–, la compensación entre descansos y horas extraordinarias (art. 35 ET), la posibilidad de descansos semanales concentrados (art. 37.1 ET), la ordenación de las vacaciones con factores empresariales (art. 38 ET) o el ahora muy potenciado, tras el Decreto-Ley 16/2013, trabajo a tiempo parcial con horas complementarias disponibles del trabajador (art. 12.5 ET) o las modificaciones de horarios, turnos y jornadas conforme a los procedimientos legamente previstos (arts. 41, 47 y 82.3 ET).

Por otro lado, la flexibilidad en el tiempo de trabajo por necesidades personales tiene también cada vez más reflejo en medidas como el derecho de adaptación y distribución del tiempo de trabajo para hacer efectiva la conciliación laboral, familiar y personal (art. 34.8 ET), la incorporación de los descansos en este tipo de adaptación (art. 34.8 ET), las ampliadas, tras el Decreto-Ley 16/2013, reducciones de jornada diaria por cuidado de hijo menor de 12 años o familiar con concreción horaria (arts. 37.5 ET y 37.6), la reducción acumulable por lactancia (art. 37.4 ET), la reducción por cuidado de hijo gravemente enfermo (art. 37.5 ET), la incorporación del factor violencia de género a estos derechos de conciliación familiar (art. 37.7 ET) o la renuncia a horas complementarias del tiempo parcial por cuidado de hijo o familiar [art. 12.5.g) ET]. A ello hay que añadir, por supuesto, las medidas clásicas de permisos retribuidos por matrimonio, nacimiento de hijo, fallecimiento, enfermedad grave de parentesco de segundo grado, preparación al parto y mudanza (art. 37.3 ET), las suspensiones del contrato por riesgo durante embarazo, maternidad, paternidad y riesgos durante lactancia [art. 45.d) ET] y las excedencias por cuidado de hijo y de familiar dependiente (art. 46.3 ET), donde se deja de trabajar en función de distintas necesidades personales con reservas del puesto de trabajo conforme a las condiciones legalmente previstas.

Esta doble flexibilidad empresarial y personal en el tiempo de trabajo es canalizada a través de la negociación colectiva, los pactos individuales y las decisiones unilaterales de empresas o trabajadores en función de distintas opciones legales que articulan este tipo de flexiseguridad laboral. De igual modo, en función de la medida, es la Ley quien reparte los costes económicos de la conciliación familiar entre la seguridad social, las empresas y los trabajadores. El resultado es un modelo legal de doble flexibilidad empresarial y personal que debe ser visto, en un primer acercamiento, desde esta perspectiva panorámica, capaz de desmentir cualquier afirmación categórica de desprotección de unos u otros valores en nuestro sistema jurídico laboral.

El buen diálogo entre esta doble flexibilidad por necesidades empresariales y personales es un factor esencial de aumento de la productividad y de motivación del trabajador, si no de calidad de vida de la población trabajadora. Sin que tenga por qué existir contradicción entre ambos planos, suele ir unido al éxito una acertada gestión del tiempo de trabajo que integre las necesidades de producción con las personales de la plantilla. Este buen diálogo suele dar lugar a un predominio de la autonomía colectiva e individual en el tiempo de trabajo frente a la imposición unilateral de ambas partes, en una lógica de transacción donde ganan todos los implicados.

Por el contrario, el mal diálogo entre esta doble flexibilidad por necesidades empresariales y personales disminuye la productividad, aumenta el absentismo y hace descender la motivación del trabajador. La contradicción entre ambos planos tiene, así, el efecto contrario a la buscada flexibilidad empresarial con una perjudicial desorganización del tiempo de trabajo. Este mal diálogo suele dar predominio a la imposición unilateral de la empresa o del trabajador en la toma de decisiones, sin bilateralidad, donde pierden todos los implicados.

La valoración de este diálogo puede tener un plano político, pero sobre todo creo debe tenerlo desde el más pragmático y realista de la gestión de los recursos humanos en una empresa concreta. Desde luego puede ser interesante analizar la ruptura o no de equilibrios entre la atención a valores empresariales y personales del trabajador en el plano de las opciones políticas

resultantes de las últimas reformas laborales³. Pero más allá de estos juicios valorativos de la política laboral, lo importante es cómo este conjunto amplio de medidas combinan en una determinada empresa con resultados o no eficientes, lo que depende pienso más de la gestión de recursos humanos que de las opciones políticas. Se sobrevalora en ocasiones la regulación de la flexibilidad en el tiempo de trabajo y la conciliación familiar cuando en un mismo marco jurídico existen experiencias muy satisfactorias de integración de ambos valores mientras que en otras los desequilibrios pueden ser manifiestos, tanto en favor del poder de la empresa como, también, de la imposición del trabajador, como sucede en la reducción de jornada que desorganiza la empresa. Todo ello también en función del tamaño y tipología del tejido productivo porque en nada tiene que ver la gestión de este conjunto de medidas de tiempo de trabajo en las grandes o en las pequeñas empresas, cuando el sistema normativo es el mismo para tan distintas realidades. Los análisis políticos críticos parten excesivamente de empresas grandes que harán uso de esta doble flexibilidad, valorando que se inclinará hacia sus intereses, cuando son precisamente ellas las que pueden autoregularse en una u otra dirección apostando por la conciliación familiar. Mientras que las pequeñas empresas son ajenas en muchas ocasiones a ambas flexibilidades, sin que tenga apenas impacto en ellas esa valoración crítica del diagnosticado desequilibrio.

En definitiva, el camino más efectivo en la combinación de flexibilidad en la organización del tiempo de trabajo y de la conciliación familiar parte del complemento de estos conceptos en apariencia contradictorios, desde la realidad de la empresa concreta, originando una lógica de transacción que descarte la hegemonía de la unilateralidad de la empresa o trabajador. El gran reto de la flexiseguridad, y de la adaptación de los modelos sociales europeos, es precisamente hacer convivir flexibilidades en apariencia de signo contrario. Utilizando la frase del físico N. Bohr, cada vez más en los sistemas laborales *“lo contrario de una verdad profunda es otra verdad profunda pues proposiciones que son falsas por separado, contempladas conjuntamente son correctas”*, lo que nos sitúa más en la compleja complementariedad que en la simple contradicción.

En este marco teórico, mi análisis jurídico se centrará en la adaptación de la jornada y de los descansos, como principal expresión de la convivencia entre la organización flexible del tiempo de trabajo y la conciliación familiar, terminando con una valoración final y una propuesta concreta de reforma.

2. ADAPTACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LA JORNADA PARA ASEGURAR LA CONCILIACIÓN FAMILIAR Y LABORAL

2.1. Configuración jurídica del art. 34.8 ET

El art. 34.8 ET, tras su regulación en la Ley orgánica de igualdad de trato entre hombres y mujeres 3/2007 (LOI) declara el derecho de los trabajadores a *“adaptar la duración y distribución de la jornada para hacer efectivo su derecho a la conciliación personal, laboral y familiar en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo individual respetando, en su caso, lo previsto en aquella”*. Tras la Ley 3/2012, se añade en el art. 34.8 ET que, *“a tal fin se promoverá la utilización de la jornada continua, horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y descansos que permitan la compatibilidad entre la conciliación familiar y laboral de los trabajadores y la mejora de la productividad en las empresas”*.

³ Ver los análisis muy críticos de RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L., “Efectos de la crisis económica sobre el trabajo de las mujeres”, *Relaciones Laborales* 2014, nº1, versión web, pp.4-5; DÍAZ AZNARTE, M.T., “¿Sólo fue un sueño? La armonización de las responsabilidades profesionales y personales a la luz de las últimas reformas legislativas”, *Relaciones Laborales* 2013, nº11, versión web, pp. 6-10; MIÑARRO YANINI, M., “Algunas reflexiones en torno a la incidencia de las últimas reformas laborales y medidas de contención económica sobre el trabajo de la mujer”, *Relaciones Laborales* 2013, nº10, versión web, pp. 3-7.

El art 34.8 ET se diferencia, en estos términos, de otros derechos de conciliación familiar, laboral y personal como las reducciones de jornada por lactancia, cuidado de hijo, atención a familiar dependiente o hijo con enfermedad grave con la correspondiente concreción horaria (arts. 37.4, 37.5 y 37.6 ET), así como de las reducciones de jornada y adaptación del tiempo de trabajo en víctimas de violencia de género (art. 37.7 ET). De igual modo el art. 34.8 ET es autónomo de las medidas de conciliación familiar, laboral y personal que implican suspender temporalmente el contrato de trabajo (arts. 48.4, 48 bis, 48.5 y 46.3 ET) y de los permisos retribuidos por necesidades familiares (art. 37.3 ET). El art. 34.8 ET tiene plena autonomía jurídica dentro del sistema de apoyo a la conciliación familiar pero tiene que ser interpretado teniendo en cuenta estos otros preceptos con el mismo objetivo. Los rasgos generales de la configuración jurídica del art. 34.8 ET son los siguientes :

a) El bien jurídico protegido en el art. 34.8 ET es la “*conciliación familiar y laboral y personal*”. Una interpretación sistemática de este bien jurídico del art. 34.8 ET en conexión con los arts. 37.4, 37.5, 46 y 48 ET lo amplía a distintas situaciones : el embarazo o proceso de adopción o acogimiento de hijo, el cuidado y atención de un hijo menor de edad con todas las circunstancias que ello implica, el cuidado y atención de familiares de 2º grado dependientes o la gestión de las consecuencias de una violencia de género. El término “*personal*” aún amplía más el abanico de la protección jurídica porque supone integrar en el tiempo de trabajo la atención a necesidades personales de todo tipo de más difícil concreción y de mayor casuismo.

b) La titularidad del derecho es del hombre y la mujer conforme a una indiscutible interpretación sistemática de los arts. 37.4, 37.5, 46.3 y 48.4 ET. El término “*el trabajador*” del art. 34.8 ET debe ser leído desde esta neutralidad jurídica y corresponsabilidad de género en la conciliación familiar y laboral que preside este conjunto de medidas, salvo cuando existe un factor biológico como el embarazo, que es atendido exclusivamente a la madre. Esta neutralidad jurídica no impide que pueda aparecer en el caso concreto el factor género en discriminaciones prohibidas por el arts. 14 CE y 17 ET conexo al ejercicio de este derecho del art. 34.8 ET. La amplia titularidad del derecho se ejerce, a su vez, conforme a la realidad social vigente, absorbiendo todo tipo de familia sin distinción, incorporando las monoparentales y el factor homosexual, así como habituales situaciones jurídicas de separaciones y divorcios. También en estos casos puede emerger esta dimensión personal que no puede ser utilizada para discriminar conforme los arts. 14 CE y 17 ET.

c) Los instrumentos de ejercicio del art. 34.8 ET son la “*negociación colectiva o el acuerdo a que llegue el trabajador con el empresario respetando, en su caso, lo previsto por aquélla*”. La negociación colectiva y el acuerdo individual dan forma por mandato legal a este derecho de adaptación de la jornada para hacer efectiva la conciliación laboral, familiar y personal. El convenio o acuerdo colectivo y el pacto individual dan cauce a la convivencia de la doble flexibilidad empresarial y personal desde la lógica bilateral de la transacción antes apuntada. A mi juicio, el art. 34.8 ET articula así un derecho y un deber de negociar estas medidas en este doble plano. No son medidas que formen parte del contenido mínimo del convenio colectivo del art. 85 ET ni tienen que ser obligatoriamente acordadas, pero sí están dentro de un escenario de deber de negociar, poniendo en valor los intereses contrapuestos de empresas y trabajadores con este objetivo final. Deber que alcanza a la autonomía individual, esencial en el establecimiento de esta adaptación de la jornada en el marco de lo propuesto por la negociación colectiva o en defecto de regulación convencional. El art. 34.8 ET no agota, en cualquier caso, todos los instrumentos que pueden determinar esta adaptación del tiempo trabajo porque a ello hay que sumar los planes de igualdad acordados o unilaterales del art. 43 y 45-49 LOI, obligatorios en empresas de más de 250 trabajadores, y que, en la práctica, sirven también como códigos de conciliación familiar y laboral⁴. Incluso, más allá de estos planes, no hay que

⁴ SERRANO GARCÍA, J., *Participación y planes de igualdad en la ley orgánica de igualdad de trato entre hombres y mujeres*, Bomarzo, Albacete, 2007, pp. 123-129.

menoscabar el papel de las estrategias unilaterales de recursos humanos que integren este bien jurídico dentro del poder de dirección art. 20 ET, en el marco de una acción de responsabilidad social corporativa o por mera decisión en aras de la *“mejora de la productividad de la empresa”*, enunciada en el art. 34.8 ET. La unilateralidad, una vez respetado el deber de negociar, puede dar cauce a la satisfacción de este objetivo en una empresa, haciendo posible una adecuada integración de la flexibilidad empresarial y laboral. La bilateralidad y el acuerdo facilitan el resultado pero sin descartar experiencias donde es la unilateralidad de la empresa quien lo logra, quedando las jornadas de los trabajadores así adaptadas a sus necesidades personales. El art. 34.8 ET es un loable incentivo legal a negociarlas pero no agota, ni mucho menos, todas las posibilidades de satisfacer este bien jurídico en la realidad de una empresa.

d) Las medidas de adaptación y distribución del tiempo de trabajo que pueden incorporar todos estos instrumentos engloban todas aquellas que no sean ni reducción de jornada – arts. 37.5 y 6 ET– ni suspensión contractual –arts. 45.1.d) , 46 y 48 ET– sujetas a un régimen jurídico específico. La Ley 3/2012 precisa estas medidas al afirmar que *“a tal fin se promoverá la utilización de la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo”*. El enunciado es abierto y puede contemplar cualquier opción de organización flexible del tiempo de trabajo para garantizar la *“conciliación familiar, laboral y personal”*, así como la *“productividad de la empresa”*.

e) La garantía judicial de estas medidas articuladas en estos distintos instrumentos es, desde la Ley de Jurisdicción Social 36/2011 (LJS), el procedimiento específico del art.139 LJS de discrepancias en *“derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente”*. Queda superada así la restricción del antiguo art. 138 LPL y es ahora claro en el art.139 LJS que estas medidas de adaptación y distribución de la jornada reciben tutela judicial efectiva en caso de incumplimiento por parte de la empresa⁵. El trabajador dispone de 20 días a partir de la negativa empresarial o disconformidad en el ejercicio de estos derechos para presentar la demanda en un procedimiento urgente. Es importante subrayar que en esta demanda pueden acumularse la acción de daños y perjuicios causados al trabajador, *“derivados de la negativa del derecho o de la demora en la efectividad de la medida, de los que el empresario podrá exonerarse si hubiere dado cumplimiento, al menos provisional, de la medida propuesta por el trabajador”*. Sobre esta base jurídica puede exigirse una indemnización por daños ante el incumplimiento de la medida que o bien motive este cumplimiento o bien ante la persistencia repare económicamente al trabajador. Estas sentencias no son recurribles salvo que la pretensión de resarcimiento de lugar por su cuantía a recurso de suplicación.

2.2. Medidas convencionales

La práctica convencional en el desarrollo del art. 34.8 ET resulta fundamental para que la conciliación laboral, familiar y personal sea efectiva en las empresas. En el libro que elaboré hace un tiempo con el profesor Juan Carlos García Quiñones, sobre una muestra amplia de convenios colectivos, mostramos que esta práctica convencional articula, en ocasiones, variadas fórmulas que dan forma determinada al art. 34.8 ET⁶:

a) Horario flexible entrada y salida del trabajo con márgenes de adaptación a necesidades personales cumpliendo la misma jornada.

⁵ BALLESTER PASTOR, M.A. , “El procedimiento de tutela de derechos fundamentales y el procedimiento de conciliación de responsabilidades en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social”, *Relaciones Laborales*, 2012/2, pp. 39-41.

⁶ Ver GARCÍA QUIÑONES, J.C.; LAHERA FORTEZA, J., *Tiempo de trabajo y conciliación familiar*, Bomarzo, Albacete, 2008, pp.35-64.

- b) Horario flexible con tramo obligatorio y tramo a elección del trabajador que intensifica los márgenes de adaptación a las necesidades personales.
- c) Jornadas continuas que facilitan la conciliación familiar. Hay experiencias en Viernes y meses de verano o durante todo el año. En ocasiones, se ofrece la elección del trabajador de una jornada partida o continua. A veces se da preferencia de los padres en esta elección o se facilita la coincidencia del horario laboral con los horarios escolares de los hijos.
- d) Preferencia de elección de turno de padres con menores o trabajadores con cuidado de familiares.
- e) Prohibición de turno nocturno en padres con menores o trabajadores con cuidado de familiares.
- f) Cláusulas de renuncia a la disponibilidad horaria por necesidades familiares.

La conclusión de este estudio, y de otros similares, es que la práctica convencional muestra desde luego experiencias interesantes en el desarrollo del art. 34.8 ET. Pero, el análisis empírico constata, con carácter general, que existe una escasa implantación convencional de este tipo de medidas de adaptación de las jornadas a la conciliación familiar y laboral⁷. Además, en las pocas ocasiones en que se adoptan estas fórmulas, existe una desconexión con una expresa opción por la conciliación familiar del trabajador, siendo jornadas y horarios generales implantados en la empresa o sector correspondiente. Ello explica también el escaso tratamiento integrado de la diferenciación entre responsabilidades familiares y entre tipologías de estas obligaciones que ofrece la experiencia convencional.

2.3. El problema de la decisión unilateral del trabajador

El problema central que plantea el art. 34.8 ET es el de la decisión unilateral del trabajador ante la ausencia de regulación por cualquiera de los instrumentos antes enunciados de la adaptación y distribución de la jornada para hacer efectiva la conciliación familiar, laboral y personal. Problema que está agravado en la práctica dada la escasa receptividad convencional a estas medidas. Las preguntas abiertas que deja un precepto sustentado en la presencia de esta regulación son evidentes ante el vacío de este tipo de medidas: ¿tiene entonces el trabajador derecho efectivo a adaptar y distribuir la jornada para conciliar su vida familiar y laboral? y ¿se puede acudir en tal caso al procedimiento del art. 139 LJS ante una controversia empresarial? Las respuestas a estas dudas han recibido, a grandes rasgos, dos tipos de respuesta.

La tesis doctrinalmente mayoritaria⁸ y judicialmente minoritaria es favorable a aceptar un derecho efectivo de adaptación y concreción horaria para conciliar la vida laboral y familiar, aplicando por analogía la elección de horario con reducción de jornada del art. 37.6 ET. Este

⁷ GARCÍA QUIÑONES, J.C. ; LAHERA FORTEZA, J., *Tiempo de trabajo y conciliación familiar*, cit, p. 62-64 y pp. 121-123; MARTIN HERNANDEZ, M.L., "El tratamiento convencional de la conciliación de la vida familiar y laboral : estado de la cuestión y propuestas de mejora" en dir. SANGUINETI RAYMOND, W., *Propuestas para la igualdad de género en la negociación colectiva. Estudio a partir de la negociación colectiva en Castilla y León*, Bomarzo, Albacete, 2011, pp.152-153; MOLINA HERMOSILLA, O., "De la conciliación a la corresponsabilidad: hacia una política de productividad y flexibilidad" en dir. MOLINA, O., *Negociando la igualdad en las empresas: estado de la cuestión y estrategias para la implementación de una política de igualdad de género*, Comares, Granada, 2012, pp. 147-152.

⁸ Ver una amplia relación de esta doctrina mayoritaria en GARCÍA TESTAL, E. ; LOPEZ BALAGUER, M., *Los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar en la empresa*, Tirant lo blanch, Valencia, 2012, p. 84, nota 11 y en VIVERO SERRANO, J., "La fortificación por el legislador del amenazado feudo empresarial de la distribución del tiempo de trabajo" en AA.VV., *Las reformas del derecho del trabajo en el contexto de la crisis económica*. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo, Tirant lo blanch, Valencia, 2013, p. 889, nota 33.

derecho unilateral del trabajador recibiría tutela judicial efectiva en el art.139 LJS. Un escaso ejemplo de esta tesis lo ofrece la STJS Galicia 20 de Mayo de 2010.

La tesis doctrinalmente minoritaria⁹ y judicialmente mayoritaria define al art. 34.8 ET como un derecho programático o una mera expectativa de derecho a desarrollar por pactos colectivos o individuales. Al no existir vacío legal, no se aplica la analogía con las reducciones de jornada del art. 37.6 ET. A su vez, el art. 34.8 ET contrasta en ello con la previsión expresa, sólo para situaciones de violencia de género del art. 37.7 ET, de una concreción horaria sin reducción de jornada. La literalidad y ambos argumentos sistemáticos descartan la presencia de un derecho unilateral, en defecto de pacto colectivo o individual, en el art. 34.8 ET. El añadido de la Ley 3/2012 de “se promoverá la utilización de ...” parece confirmar esta interpretación, al igual que la inexistencia de una vía unilateral de cambio de horario o turnos a instancia del trabajador por conciliación familiar en el art. 41 ET. Habría entonces que descartar la garantía judicial de esta unilateralidad del trabajador en el art. 139 LJS, que se refiere literalmente a derechos de conciliación “reconocidos legal o convencionalmente”. Las SSTs 13 y 18 de Junio de 2008 y 20 de Mayo y 19 de Octubre de 2009 se mueven en esta dirección e insisten en la necesidad de un desarrollo convencional o individual del art. 34.8 ET para que el trabajador pueda hacer valer su derecho a adaptar el tiempo de trabajo y concretar los horarios para conciliar la vida familiar y laboral¹⁰. El resultado es que la sala IV del TS asume con claridad la diferencia entre las reducciones de jornada del art. 37.6 ET –con concreción horaria unilateral del trabajador y solución de las discrepancias en el procedimiento del art. 139 LJS– y las adaptaciones de jornada sin reducción del art. 34.8 ET –donde sólo opera el derecho y la garantía judicial cuando la concreción horaria está fijada en acuerdo colectivo o individual–. El incentivo a las reducciones de jornada por cuidado de hijo o familiar del art. 37.5 ET resulta evidente en una opción legal así interpretada por la jurisprudencia. Ésta es la línea judicial dominante como consta, entre otras, en las SSTJS Cataluña 13 de Julio de 2009, Aragón 5 de Noviembre de 2008, Asturias 18 de Diciembre de 2009, Madrid 27 de Febrero de 2009 y 2 de Marzo de 2010, Castilla y León 17 de Junio de 2009 y 12 de Enero de 2012, Castilla-La Mancha 23 de Septiembre de 2010, Baleares 24 de Septiembre de 2010 y Andalucía 8 de Julio de 2010¹¹. La ausencia de recurso ahora en el art. 139 LJS impide ver pronunciamientos más recientes, siendo seguramente esta jurisprudencia y doctrina judicial la acogida por los jueces de instancia en la solución de este tipo de conflictos.

Este debate de las dos tesis tiene además una dimensión constitucional anticipada por la STC 3/2007 de 15 de Enero de 2007 que consagra la concreción horaria del trabajador, bien que en reducción de jornada, y afirma la exigencia de ponderación de los intereses empresariales con las circunstancias familiares derivadas del art.14 y 39 CE, esencial para una tutela judicial efectiva del art. 24 CE en estos conflictos. En este marco, el TC ha tenido ocasión de resolver dos casos similares de intento de ejercicio unilateral de la adaptación del tiempo de trabajo sin reducción de jornada en las SSTC 24/2011 y 26/2011 del mismo día 14 de Marzo (BOE 11 de Abril 2011). Ambas sentencias analizan una pretensión unilateral de elección de turno para acomodar los tiempos al cuidado de un hijo con rechazo empresarial y el resultado es seguramente inédito en la jurisprudencia constitucional porque en un mismo día se resuelve

⁹ Así se pronuncian GARCÍA TESTAL, E. ; LÓPEZ BALAGUER, M., *Los derechos de conciliación ...*, cit, p. 87; GARCÍA RUBIO, A., “La facultad de concreción horaria en el derecho del trabajador a la reducción y adaptación de jornada por motivos familiares” en dir. GOERLICH, J. M. ; BLASCO, A., *Trabajo, contrato y libertad. Estudios jurídicos en homenaje a Ignacio Albiol*, Universidad de Valencia, 2010, p.219.

¹⁰ Crítica esta jurisprudencia MOLINA NAVARRATE, C., “Un nuevo paso atrás en la política jurídica de conciliación: el juez no debe minimizar sino garantizar el cambio legal”, *Diario La Ley*, 2008, nº 7057, p.12 y ss. Entendiendo, por el contrario, que esta jurisprudencia encaja en el tenor literal y sistemático del art. 34.8 ET, GARCÍA QUIÑONES, J.C., “Vinculación de la elección de horario de trabajo al derecho de reducción de jornada”, *Relaciones Laborales* 2009, nº4, pp. 41 y ss

¹¹ Así lo constata POQUET CATALÁ, R., “Los nuevos derechos de conciliación de la vida laboral y familiar: la distribución horaria sin reducción de jornada”, *Actualidad Laboral* 2012, nº 21-22, tomo 2012, pp. 2092-2098

en sentido contradictorio. El caso de denegación del amparo (STC 24/2011) es, curiosamente, el de la misma trabajadora a la que le dijeron que sí en la STC 3/2007, frente al supuesto afirmativo de la otra sentencia (STC 26/2011). En la sentencia que deniega el amparo la protagonista es una mujer y en el que sí es un hombre pese al argumento del factor género y discriminación que late en ambos recursos. Para mayor desconcierto, a la trabajadora le deniegan un claro horario de mañana mientras que al trabajador se le reconoce un turno de noche que no estaba establecido como tal en su empresa. Este juego de espejos propio de un cuento de Borges, en el mismo día, da como resultado la inauguración del concepto de “discriminación por circunstancias familiares” conexo al así ampliado art. 14 CE y al art. 39.3 CE, cuando no existe una adecuada ponderación judicial estando en juego estos valores. Nuevo tipo de discriminación muy cuestionado en el interesante voto particular (Pérez Tremps) a la STC 26/2011 que denuncia, además, las funciones organizativas, y no jurisdiccionales, del juez en la solución de estos conflictos. La cuestión de fondo de ambas sentencias, más allá de estas paradojas, está asociada con STC 3/2007: la exigida ponderación judicial entre circunstancias empresariales y familiares en la resolución de estos conflictos, estando en un caso acreditada y en el otro no. La configuración jurídica del art. 34.8 ET es una cuestión de legalidad pero la ponderación judicial en la solución de los conflictos que plantea adquiere una dimensión constitucional.

Con todas estas variables creo que el art. 34.8 ET debe ser interpretado con una tercera vía alejada de la polarización del reconocimiento o no de un derecho unilateral del trabajador. Litológicamente y sistemáticamente creo no hay un derecho unilateral del trabajador, sin que sea viable la analogía con reducciones de jornada del art. 37.6 ET cuando la opción legal del art. 34.8 ET es distinta, más aún cuando la Ley 3/2012 incorpora el término “promocionar”, reafirmando la jurisprudencia en la materia. Pero, sobre esta premisa, tienen que ser examinados algunos criterios que sí forman parte del art. 34.8 ET con consecuencias jurídicas importantes. En primer lugar, la empresa tiene, como he expuesto, un deber de negociar la adaptación o distribución de la jornada por conciliación familiar en el art. 34.8 ET, descartando la imposición unilateral de ambas partes, de tal modo que el conflicto se puede reconducir a este incumplimiento. A su vez, en estos supuestos de hecho con controversias entre trabajador y empresa, no debe existir nunca discriminación ni directa ni indirecta por razón de género, prohibida por el art. 14 CE y 17 ET, teniendo en cuenta que socialmente es la mujer quien principalmente ejerce estos derechos. Este factor género puede aparecer en un pleito de concreción horaria sin reducción de jornada. Finalmente, a la luz de la expuesta doctrina del TC, la empresa debe acreditar siempre razones organizativas que impidan en su caso la adaptación flexible del tiempo de trabajo y el juez debe ponderar los intereses empresariales con los personales del trabajador en caso de utilización por el trabajador del procedimiento del art. 139 LJS porque, si no lo hace, queda vulnerada la tutela judicial efectiva del art. 24 CE y, en la terminología de la STC 26/2011, puede emerger una discriminación por circunstancias familiares prohibida en el art. 14 y 39 CE.

En definitiva, el trabajador no tiene derecho unilateral a concretar su horario por conciliación familiar, pero la empresa tampoco puede denegar, sin negociar, su propuesta horaria de manera injustificada o desproporcionada, sacrificando valores constitucionales. Con esta argumentación jurídica cabe abrir sin duda la vía judicial del art. 139 LJS en controversias de adaptación de la jornada por conciliación familiar, sobre la base jurídica del así interpretado art. 34.8 ET. El juez, en la solución del conflicto, podrá en esta ponderación rechazar o no, por ilícita, la respuesta empresarial, exigiendo negociar y proponer una alternativa, pero no elegir o imponer un horario porque creo ello invade las funciones jurisdiccionales y las convierte en organizativas.

Esta inseguridad jurídica y el protagonismo subjetivo judicial invitan a adoptar este tipo de medidas, en acuerdos colectivos o individuales o planes de igualdad o mediante decisiones unilaterales de la empresa, lo que no impide este tipo de soluciones judiciales en casos donde impera más la lógica de la imposición que la de la transacción.

2.4. Tensión con la distribución irregular de la jornada

Otro problema al que se enfrenta el art. 34.8 ET es el de posibles choques entre la adaptación de la jornada para atender la conciliación familiar y la distribución irregular de la jornada

por necesidades de la producción. El art. 34.2 ET abre amplias vías convencionales de distribución irregular de la jornada sobre 40 horas semanales de promedio en cómputo anual con, tras la Ley 3/2012, en defecto, de pacto, incluso un 10 por 100 de distribución unilateral de la empresa. Esta vía del art. 34.2 ET debe ser confrontada con el derecho a la adaptación y distribución de la jornada por conciliación familiar en los términos antes enunciados del art. 34.8 ET.

La regulación convencional o el pacto individual que desarrolla el art. 34.8 ET pueden solucionar estos problemas creando equilibrios entre los intereses empresariales y personales de los trabajadores¹². Existen fórmulas, aunque escasamente utilizadas en la práctica convencional, capaces de diferenciar entre la distribución irregular de la jornada de trabajadores con o sin responsabilidades familiares. Este criterio de diferencia no es entiendo discriminatorio, estando justificado por razones de protección del valor constitucional de la conciliación familiar, siendo admisible pactar jornadas irregulares sólo para la plantilla sin este factor de cuidado de hijo o de pariente dependiente. Son también admisibles las cláusulas convencionales y contractuales de renuncias a la disponibilidad horaria irregular por razones familiares, de también escasa implantación convencional. Ante la falta de acuerdo, la responsabilidad social corporativa o la estrategia empresarial puede también de manera unilateral aplicar las jornadas irregulares convencionales con atención a las pretensiones que efectúen los trabajadores con obligaciones familiares.

En defecto de regulación convencional, la empresa puede utilizar el poder unilateral atribuido en el art. 34.2 ET. El preaviso de 5 días en la distribución irregular del 10 por 100 de la jornada que prevé el citado precepto tiene un trasfondo de conciliación familiar, porque, al menos, el trabajador tiene conocimiento de la hora y el día de esta prestación laboral para organizar sus necesidades familiares y personales. Pero este preaviso a veces puede no resultar suficiente, de tal modo que los pactos colectivos o individuales pueden limitar, sin duda, desde el art. 34.8 ET, la unilateralidad del art. 34.2 ET, sobre todo si existen pretensiones de la plantilla en esta dirección. Estos pactos son proporcionalmente más necesarios a medida que crece este poder unilateral de distribución irregular, como hace el Decreto-Ley 16/2013 al facilitar en el art. 34.2 ET la compensación al año siguiente, por “exceso o por defecto”, de esta distribución sobre la jornada máxima convenida.

Los pactos colectivos o individuales pueden crear equilibrios entre los aparentemente desconectados arts. 34.2 y 34.8 ET. Pero, de nuevo, el problema emerge ante el vacío regulador: ¿cabe entonces el ejercicio efectivo del art. 34.8 ET con una negativa unilateral del trabajador a desarrollar una jornada irregular que desorganiza sus necesidades personales y familiares? La solución debe tener, creo, el mismo enfoque que la argumentación jurídica antes expresada, a la que me remito. Ante este tipo de conflicto, debe haber existido una previa negociación de alternativas y la empresa tiene la obligación de justificar el ejercicio del poder del art. 34.2 ET, de manera objetiva y proporcionada, pudiendo un juez ponderar ambos intereses en juego. En este marco, una sentencia que resuelve un procedimiento del art. 139 LJS puede declarar ilícita una distribución irregular de la jornada si sacrifica de manera no asumible la conciliación familiar, laboral y personal del litigante.

2.5. Tensión con la modificación sustancial del tiempo de trabajo

Un escenario similar de conflicto con el art. 34.8 ET se puede dar ante las también flexibilizadas por la Ley 3/2012 modificaciones sustanciales del tiempo de trabajo del art. 41.1.a. b y c ET –jornada, distribución, horarios y turnos– si invaden la conciliación familiar y laboral. De nuevo, el espacio del acuerdo convencional o contractual puede solucionar estos conflictos, poniendo límites al ejercicio de este poder empresarial con protección de este bien jurídico. Pero,

¹² Ver MARTÍNEZ YÁÑEZ, N. M., *El régimen jurídico de la disponibilidad horaria*, Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 282 y ss.

más allá de ello, creo que en la acreditación de la causa económica, organizativa, técnica o de producción, del art. 41.1 ET se debe incorporar el valor protegido en el art. 34.8 ET. La razón de este criterio no es sólo sistemática entre preceptos aparentemente desconectados entre sí. Es que literalmente, tanto el art. 34.8 ET como el art. 41.1 ET, mencionan la “productividad de la empresa” que integra legalmente así las necesidades de producción y la conciliación familiar que facilita este objetivo. Por tanto, en la causa alegada debe acreditarse que no se sacrifican de manera injustificada necesidades personales y familiares de o de los trabajadores afectados porque ello no sólo atenta contra un valor constitucional sino que merma la perseguida productividad de la empresa. Esta argumentación jurídica puede abrir impugnaciones judiciales de cambios sustanciales del tiempo de trabajo del art. 41 ET, buscando la reposición a la situación anterior, a través del procedimiento más específico del art. 138 LJS.

También, desde otro punto de vista, la alteración y desorganización de las obligaciones familiares de un trabajador afectado por un cambio del art.41 ET acredita por sí mismo un perjuicio para ejercer la acción de extinguir el contrato con 20 días salario/año con un máximo de 9 meses conforme al art. 41.3 ET¹³.

En definitiva, al igual que entre el art. 34.2 ET y el 34.8 ET, es obligado poner en conexión este precepto con el art. 41 ET, en interpretaciones literales y sistemáticas que conducen a consecuencias jurídicas estimables en la práctica.

3. ELECCIÓN DE DESCANSOS Y VACACIONES POR PREFERENCIAS DE CONCILIACIÓN FAMILIAR

La elección de descansos y vacaciones por preferencias de conciliación familiar es otra dimensión de la organización flexible del tiempo de trabajo conexas a este bien jurídico que debe recibir soluciones satisfactorias en una empresa. Tanto el descanso semanal del art. 37.1 ET como el derecho de vacaciones anuales del art. 38.1 ET apenas tienen legalmente integrada la conciliación familiar, salvo en el art. 38.3 ET en supuestos de coincidencia del permiso de maternidad y el tiempo de vacaciones. De nuevo, es obligado conectar jurídicamente esta regulación con el art. 34.8 ET, más aún tras la Ley 3/2012 que, como novedad significativa, menciona “los descansos” entre las medidas a promover para hacer efectiva la conciliación laboral, personal y familiar junto con la productividad de la empresa.

Los criterios del convenio colectivo deducibles de los arts. 37.1, 38.2 y 34.8 ET, junto con los acuerdos individuales, son esenciales en la incorporación de la conciliación familiar a los descansos semanales y vacaciones de los trabajadores.

Por un lado, el descanso semanal del art. 37.1 ET ya parte, de suyo, con una regla general del disfrute en fin de semana que, más allá de connotaciones religiosas o de tradición social, tiene creo una clara motivación en la conciliación familiar al ser el tiempo de descanso semanal escolar de los hijos. El convenio, acuerdo colectivo o pacto individual pueden excepcionar esta regla fijando otros días de la semana, estableciendo turnos si continúa la actividad empresarial en fin de semana o acumulando en períodos de 14 días los descansos semanales, pero atendiendo siempre al bien jurídico de la conciliación familiar del art. 34.8 ET en las negociaciones. Resultará lícito ofrecer así preferencias de elección del descanso semanal a los padres o limitaciones a los turnos de fin de semana por estas razones, teniendo además el pacto individual

¹³ Más complicado creo es tras el nuevo art. 50 ET resultante de la Ley 3/2012 defender que en estos casos el trabajador puede instar una resolución contractual con la indemnización de despido improcedente como proponía en su día MOLERO MARAÑÓN, M.L., “Derechos de conciliación : derechos de adaptación y reducción del tiempo de trabajo, suspensión por paternidad y excedencias familiares” en dir. VALDÉS, F.; QUINTANILLA, B., *Igualdad de género y relaciones laborales*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 2008, p. 224. La mención ahora en el art. 50.1.a) ET al incumplimiento del art. 41 ET con menoscabo en la dignidad del trabajador dificulta en exceso esta interpretación.

o una adecuada política de recursos humanos un espacio enorme para dar soluciones eficientes y equilibradas a los problemas que se puedan plantear. Además, sin ser reiterativo, insisto en que, incluso ante el desacuerdo entre empresa y trabajador, cabe utilizar los argumentos jurídicos antes expuestos en torno al art. 34.8 ET para, de manera unilateral, intentar rechazar trabajar los fines de semana por coincidir con obligaciones familiares, aunque también la empresa pueda en ello justificar por motivos organizativos este tipo de medidas proporcionadas. El mejor escenario es el acuerdo o la atención unilateral empresarial a este bien jurídico pero ante la controversia se puede llegar a plantear una impugnación judicial por la vía del art. 139 LJS donde puede ser ponderado y valorado que el trabajador no tenga que trabajar en fin de semana por sus responsabilidades familiares.

Por otro lado, las vacaciones anuales se desenvuelven en el marco general convencional, conforme al art. 38.2 ET, que tiene que dialogar con la llamada del propio art. 34.8 ET. Es, por tanto, lícito que el convenio o acuerdo colectivo establezca posibles diferencias de trato entre padres o trabajadores con cuidado de familiares y el resto de la plantilla en la planificación de las vacaciones. El pacto individual, que termina determinando las fechas concretas de su disfrute, canalizará habitualmente estas pretensiones, sobre todo en las deseables coincidencias de partes de tiempo de las vacaciones laborales de los padres y de los hijos. El preaviso de dos meses de conocimiento del trabajador de las fechas de este descanso, previsto en el art. 38.3 ET, tiene creo también una motivación en la conciliación familiar, personal y laboral que facilita una adecuada organización vital de este ocio. Las controversias ante la falta de acuerdos tienen en este caso un cauce procesal específico en el art. 125-126 LJS, en la modalidad de conflictos en fechas de vacaciones, donde el trabajador puede hacer valer motivos de conciliación familiar. Con los argumentos expuestos en torno al art. 34.8 ET, es éste un espacio propicio para evitar, en la terminología de la STC 26/2011, “discriminaciones por circunstancias familiares”, ponderando muy bien los intereses empresariales y personales en juego.

El único problema que sí recibe una solución legal directa, clara y satisfactoria con la conciliación familiar en los tiempos de descanso es la coincidencia del permiso de maternidad y del tiempo de vacaciones del art. 38.3 ET¹⁴.

Esta cuestión ya había sido resuelta por la jurisprudencia europea en la STJUE 18 de Marzo de 2004 (Asunto Merino) con la separación entre finalidades distintas de ambos descansos —el cuidado tras el parto y del hijo en la maternidad o el ocio y la salud laboral en las vacaciones— lo que obliga a los Estados Miembros a acumular ambos tiempos en el marco del art. 7 de la directiva europea 93/104, hoy 2003/88. Este criterio fue recibido por la jurisprudencia constitucional en la STC 324/2006, desde la óptica de la no discriminación por razón de género del art. 14 CE, y por la jurisprudencia ordinaria en la STS 10 de Noviembre de 2005, con expresa referencia a la doctrina europea. Resultaba así inevitable el cambio legal del art. 38.3 ET, que recibe finalmente esta jurisprudencia en la LO 3/2007 y luego con mayor precisión en la Ley 3/2012 : cuando el período de vacaciones “coincida en el tiempo con el período de suspensión del contrato previsto en los arts. 48.4 y 48.bis se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fechas distintas... aunque haya terminado el año natural a que correspondan”. Tras el matiz de la Ley 3/2012 está claro que este derecho se proyecta en la suspensión de contrato por maternidad y por paternidad. La elección en estos casos de las fechas distintas de vacaciones, de común acuerdo entre el trabajador y la empresa conforme al art. 38.2 ET, rompe con la regla general de la anualidad, pudiendo ser disfrutadas “aunque haya terminado el año natural a que correspondan”, garantizando así plenamente la conciliación laboral, familiar y personal.

¹⁴ Ver GORELLI HERNÁNDEZ, J., “El derecho al disfrute efectivo de las vacaciones : de la jurisprudencia comunitaria a la regulación estatutaria”, *Relaciones Laborales* 2014, nº1, versión web, pp.2-4.

4. CRÍTICA A LA PREFERENCIA LEGISLATIVA POR LA REDUCCIÓN DE JORNADA FRENTE A LA ADAPTACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO

4.1. Crítica a la preferencia legislativa por la reducción de jornada

El contraste entre esta compleja e indeterminada adaptación del tiempo de trabajo o de los descansos para garantizar la conciliación familiar del art. 34.8 ET con la directa y determinada concreción horaria de las reducciones de jornada por cuidado de hijos o de familiares de los arts. 37.5 y 37.6 ET muestra una clara preferencia legislativa por esta fórmula unilateral del trabajador.

La expectativa del derecho no concretado del art. 34.8 ET, pese a tener posibles cauces acordados de desarrollo y el alcance jurídico analizado en la decisión unilateral del trabajador, contrasta con un “derecho” claro a reducir la jornada entre 1/8 y 1/2 para el cuidado del hijo menor de 12 años, más aún tras el incentivo añadido de la LO 3/2007 y del Decreto-Ley 16/2013, que aumentan objetiva y subjetivamente el ámbito del vigente art. 37.5 ET. De igual modo, la más complicada distribución de la jornada por conciliación familiar se enfrenta a la clara “concreción horaria” unilateral del trabajador/a que reduce la jornada como afirma el art. 37.6 ET, sin perjuicio de los conflictos que se puedan plantear en el marco del art. 139 LJS. La Ley 3/2012 delimitó estas reducciones a “jornadas diarias” e integró a “los convenios colectivos” en dicha concreción, pero sin descartar esta unilateralidad. Por otra parte, la protección en los despidos objetivamente nulos de los trabajadores que reducen su jornada por estos motivos familiares, de los arts. 55.5.b) ET y 108.2.b) y 122.2.d) LJS, culmina este incentivo legal a la fórmula preferida para la conciliación familiar y laboral. Por no mencionar, finalmente, la importante protección social y en el cálculo de las indemnizaciones del trabajador con la jornada reducida¹⁵.

En definitiva, el trabajador/a que quiere adaptar y distribuir su jornada por responsabilidades familiares en el marco del art. 34.8 ET tendrá que pasar por acuerdos o confiarse a la organización de recursos humanos de su empresa, sin perjuicio de que pueda plantear una demanda del art. 139 LJS con los expuestos argumentos jurídicos en este estudio. Mientras que el trabajador/a que reduce su jornada por cuidado de hijo o familiar dependiente en el marco del art. 37.5 ET, con todas estas garantías jurídicas, lo decidirá unilateralmente e impondrá su horario a la empresa, al margen de posibles controversias planteadas también en el cauce del art. 139 LJS. La diferencia entre ambos escenarios es, para cualquier observador imparcial, evidente, con la conclusión del incentivo legal que reciben las reducciones de jornada frente a la adaptación del tiempo de trabajo. Resulta objetivo afirmar que el modelo legal español de conciliación familiar consiste esencialmente en una generosa y sobreprotegida reducción de jornada por imposición unilateral de los trabajadores.

Pues bien, a mi juicio, esta opción es la más costosa para el trabajador, que al reducir unilateralmente jornada asume un sacrificio proporcional salarial, y para la empresa, que soporta la disminución de tiempos de trabajo con la correspondiente desorganización de los recursos humanos disponibles. Además, socialmente, este modelo de conciliación familiar reproduce el rol femenino de cuidado de hijos o de padres dependientes, al estar empíricamente constatado que son las mujeres quienes optan por esta medida, lo que, también, por cierto, tiene efecto negativo en su contratación frente al hombre y alimenta la brecha salarial estructural por género, pese a la neutralidad jurídica del art. 37.5 ET¹⁶.

¹⁵ Un análisis, por todos, de estas ventajas de la reducción de jornada por cuidado de hijo en GARCÍA TESTAL, E.; LÓPEZ BALAGUER, M., *Los derechos de conciliación...*, cit., pp. 109-140. Me remito también al estudio de VELASCO PORTERO, T. en este mismo número de *Documentación Laboral*.

¹⁶ Comparto en este sentido plenamente las palabras de DÍAZ AZNARTE, M. T., “¿Sólo fue un sueño?...”, cit, p. 6, al afirmar que la defensa de la reducción de jornada como eje de la conciliación familiar “profundiza en la brecha de género” siendo “imprescindible avanzar hacia otro concepto de la flexibilidad laboral que no dirija su mirada casi en exclusiva hacia la población femenina”. La brecha salarial constatada por el Informe 2012 de la mujer en el mercado laboral, disponible en la web del Ministerio de Empleo, es de un 22,5 por 100 entre hombres y mujeres.

En otro orden de cosas, cabe destacar dos efectos contraproducentes de esta opción legal. Por un lado, el impacto que tiene una reducción de jornada en una pequeña empresa es proporcionalmente mayor al de una mediana o grande que puede absorber mejor estas disminuciones del tiempo de trabajo. Teniendo en cuenta la conocida hegemonía de la microempresa en España no parece que esta fórmula esté facilitando precisamente el empleo y la contratación laboral, especialmente de mujeres. Por otro lado, no hay que olvidar tampoco que la sobreprotección de la reducción de jornada invita al blindaje del contrato de trabajo, más en estos tiempos de aumento de la flexibilidad en el despido, con riesgos de abusos en el ejercicio de este derecho. El margen de 1/8 de jornada diaria, con un escaso sacrificio salarial, tiene este riesgo, que no debe ser ocultado. Y si se unen ambos efectos –la picaresca o abuso del trabajador en una pequeña empresa– las consecuencias socialmente negativas aumentan y son letales.

La opción de la reducción de jornada está articulada en un país como el nuestro que tiene un problema estructural y endémico de horarios prolongados durante todo el día, con jornadas partidas y salidas tardías del trabajo, que impide a muchos trabajadores un mínimo de conciliación familiar, si no de ocio durante la semana¹⁷. Se puede plantear la hipótesis de que como el derecho de adaptación y distribución de estos horarios es casi imposible en la práctica, el modelo legal ofrece reducir las jornadas para racionalizar las horas de entrada y salida de la empresa. La coincidencia, por ejemplo, de un horario escolar de los hijos con el laboral resulta muy complicada a través de la adaptación del tiempo de trabajo pero se facilita con una reducción de jornada diaria. Los horarios españoles irracionales son corregidos así a través de reducciones de jornada, sobre todo de mujeres, para que sean racionales.

Desde otro punto de vista, quizás sea ésta una fórmula que fomente la productividad porque con menos salario y mejor horario se puede trabajar igual, sin que en muchas ocasiones la empresa cubra a través de un interino la jornada reducida, con un aumento de actividad de los trabajadores a tiempo completo. Pero incluso esta perspectiva más benévola con la opción legal crea problemas de diferencias entre la plantilla, por responsabilidades familiares, no del todo justificables, ni mucho menos creo justas. La reducción de jornada por cuidado de hijo parece ser la vía de europeizar los singulares horarios españoles, ganando productividad, pero, por todo lo expuesto, con un precio social a mi juicio demasiado alto.

Pese a estos factores negativos, riesgos y consecuencias sociales, no se deja de apostar políticamente por este modelo de conciliación familiar. En el anterior ciclo político del PSOE, la LO 3/2007 incentivó mucho estas jornadas reducidas, con una extensión objetiva y una sobreprotección jurídica, pese a que, siendo una Ley de igualdad de trato, consolidaba una reproducción del rol femenino en el cuidado familiar. De igual modo, en el actual ciclo político del PP, el reciente Decreto-Ley 16/2013 vuelve a potenciar esta fórmula, al extender subjetivamente el cuidado de hijo de 8 a 12 años, con el trasfondo de reparto de trabajo a tiempo parcial, concentrado en mujeres.

4.2. Propuesta de reforma

Por todo lo razonado, España tiene un, al parecer, consensuado modelo legal de conciliación familiar que, a mi juicio, está poco meditado en sus consecuencias y tiene estos efectos sociales contraproducentes. Pese a las escasas expectativas políticas de ser cambiado, propongo aquí para el debate una alternativa de reforma que podría tener efectos positivos en una mejor integración de la conciliación familiar en el sistema laboral.

La propuesta consiste en reformar el art. 34.8 y los arts. 37.5 y 6 ET.

¹⁷ Problema estructural que desde hace años viene denunciando la “Comisión Nacional para la racionalización de los horarios españoles y su normalización con los demás países de la Unión Europea”, impulsora de un interesante manifiesto con gran apoyo social y eco mediático disponible en www.horariosespana.es

En un nuevo art. 34.8 ET se podría articular un procedimiento a instancia del trabajador de cambio de horario, tipología de jornada o turnos por cuidado de hijo y de familiar dependiente, en el marco de los criterios establecidos en el convenio colectivo y plan de igualdad, o en defecto de regulación específica. La apertura de este procedimiento abriría una previa consulta entre el trabajador y la empresa para alcanzar un acuerdo individual. En caso de acuerdo, se aplicaría en sus propios términos, quedando adaptada así la jornada a la conciliación familiar. En caso de desacuerdo, la empresa debería aceptar la propuesta del trabajador de cambio unilateral o bien, si no la acepta, obligatoriamente proponer la alternativa de reducción de jornada del art. 37.5 y 6 ET, que sería así siempre subsidiaria. El trabajador tendría así la posibilidad de ejercer el derecho unilateral a reducir la jornada sólo subsidiariamente.

En este marco, los nuevos arts. 37.5 y 6 ET serían reformados, estableciendo su subsidiariedad previo cumplimiento del procedimiento del art. 34.8 ET. La reforma mantendría el módulo de jornada diaria para la reducción, pero ampliando de 1/8 a 1/4 con el tope de 1/2 su extensión objetiva.

A mi juicio, esta propuesta incentivaría la negociación colectiva de la adaptación y distribución de la jornada por conciliación familiar al poder enmarcar y regular un procedimiento unilateral a instancia del trabajador de cambios de jornada, horarios y turnos por cuidado de hijo o familiar dependiente. De igual modo, la obligada apertura de consultas entre el trabajador que insta el procedimiento y empresa fomentaría los acuerdos individuales de organización flexible del tiempo de trabajo en la plantilla con responsabilidades familiares. La reducción de jornada se mantendría, pero subsidiariamente a este procedimiento, y asumiendo su carga sólo una empresa que ni ha alcanzado un acuerdo ni ha aceptado la propuesta del trabajador.

Esta reubicación de las reducciones de jornada desactivaría sus desventajas sociales, antes expuestas. Fomentaría la corresponsabilidad de hombres y mujeres en la conciliación familiar. Eliminaría la imposición unilateral del trabajador de una medida jurídicamente sobreprotegida, haciendo posible la oportunidad de adaptación organizativa previa de la empresa, lo que tendría especial importancia en el tejido productivo de menor tamaño. Evitaría la picaresca y el abuso en la utilización de esta opción, al tener que proponer el trabajador una adaptación previa de su jornada a tiempo completo. Canalizaría, sin descartarlas, reducciones de jornada pero en su mayor parte acordadas entre ambas partes y con concreciones de horarios consensuadas.

El camino de España hacia la europeización de sus horarios laborales es largo y complejo, como demuestra la labor de la citada "Comisión nacional de racionalización de los horarios españoles". Pues bien, en este loable proyecto, la reforma propuesta facilitaría este cambio estructural quitando protagonismo al derecho que más lo impide: la reducción unilateral de jornada por cuidado de hijo para europeizar el horario.

Soy consciente de que un cambio como el propuesto nada a contracorriente del consenso político y social en torno a esta fórmula para conciliar la vida familiar y laboral. Pero así se avanza en ciertas cuestiones, como salmones nadando a contracorriente del río, teniendo en cuenta que intentar que España tenga los horarios europeos, con salida a las cinco de la tarde, es semejante, en el fondo, a aquella buena novela y película, "La pesca de salmón en Yemen"¹⁸.

¹⁸ TORDAY, P., *La pesca de salmón en Yemen*, Salamandra, 2012