Tiempo de trabajo y flexibilidad laboral

Gregorio Tudela Cambronero
Yolanda Valdeolivas García

Documento de trabajo 72/2005

Gregorio Tudela Cambronero

Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Autónoma de Madrid. Es director e investigador principal en dos proyectos financiados por la Comunidad de Madrid sobre condiciones de trabajo y salud en el trabajo.
Miembro de la Comisión de Expertos y del Grupo Redactor del Informe sobre Riesgos Laborales y su prevención. La seguridad y la salud en el trabajo en España (Informe Durán). Autor de diversas publicaciones de su especialidad, como Horario flexible (1991), Estudios sobre la jornada de trabajo, y las recogidas en la bibliografía de este trabajo.

Yolanda Valdeolivas García

Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Autónoma de Madrid. Es autora de varias monografías, además de numerosos artículos publicados en revistas especializadas y obras colectivas sobre diversas materias jurídico-laborales.
Miembro de la Comisión de Expertos y del Grupo Redactor del Informe sobre Riesgos Laborales y su prevención. La seguridad y la salud en el trabajo en España (Informe Durán).

Ninguna parte ni la totalidad de este documento puede ser reproducida, grabada o transmitida en forma alguna ni por cualquier procedimiento, ya sea electrónico, mecánico, reprográfico, magnético o cualquier otro, sin autorización previa y por escrito de la Fundación Alternativas

© Fundación Alternativas

© Gregorio Tudela y Yolanda Valdeolivas

ISBN: 84-96204-72-3

Depósito Legal: M-36687-2005

Contenido

Resumen ejecutivo **5**

1 Introducción: la función poliédrica del tiempo de trabajo **7**

2 La regulación de la jornada de trabajo **14**
2.1 El marco normativo del tiempo de trabajo: consideraciones generales 14
2.2 Determinación cuantitativa: la jornada máxima 15
2.3 Determinación cualitativa: la distribución irregular de la jornada 19

3 Los descansos: diario, semanal, fiestas laborales y vacaciones anuales **23**

4 Las interrupciones, por razones subjetivas, de la jornada de trabajo debida **30**

5 El horario de trabajo **32**
5.1 Horario rígido *versus* horario flexible: la irregularidad horaria como instrumento básico de autogestión del tiempo de trabajo 32
5.2 El trabajo a turnos como fórmula de flexibilización empresarial 36

6 Las horas extraordinarias y su virtualidad como instrumento de distribución flexible del tiempo de trabajo **38**

7 Las jornadas de trabajo atípicas **45**
7.1 La reducción de jornada en favor del trabajador 45
7.2 El trabajo a tiempo parcial 49

8 Las modificaciones sustanciales relativas al tiempo de trabajo: un último recurso flexibilizador a disposición de las empresas **55**

9 El debate sobre la reducción del tiempo de trabajo y su incidencia sobre el empleo **59**

10 Tiempo de trabajo e igualdad de oportunidades en el empleo entre mujeres y hombres **64**

11 Conclusiones y recomendaciones **69**

Normativa citada **73**

Bibliografía **74**

Siglas y abreviaturas

ANC	Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva
AS	Aranzadi Social
CE	Constitución Española
CES	Consejo Económico y Social
Conv. OIT	Convenio de la Organización Internacional del Trabajo
DA	Disposición adicional
DD	Disposición derogatoria
Dir.	Directiva
DT	Disposición transitoria
ENCT	Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo
ET	Estatuto de los Trabajadores
ETT	Empresas de trabajo temporal
INE	Instituto Nacional de Estadística
ITSS	Inspección de Trabajo y Seguridad Social
LCVFL	Ley de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las Personas Trabajadoras
LETT	Ley de Empresas de Trabajo Temporal
LOPIVG	Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género
LPL	Ley de Procedimiento Laboral
LPRL	Ley de Prevención de Riesgos Laborales
MTAS	Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales
OIT	Oficina Internacional del Trabajo
RD	Real Decreto
RDJET	Real Decreto por el se regulan las jornadas especiales de trabajo
RD-L	Real Decreto-Ley
RSP	Reglamento de los Servicios de Prevención
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
UE	Unión Europea

resumen ejecutivo

Tiempo de trabajo y flexibilidad laboral

Gregorio Tudela Cambronero
Yolanda Valdeolivas García
Profesores titulares de Derecho del Trabajo
Universidad Autónoma de Madrid

El tiempo de trabajo es condición esencial de la relación laboral; originalmente, atendía al objetivo básico de proteger la salud del trabajador, limitando la prolongación de la prestación laboral que excedía el nivel de fatiga o carga laboral compatible con la salud. A este objetivo se suman hoy otros relativos a la flexibilidad laboral y la calidad de vida y empleo, a cuyos retos la ordenación del tiempo de trabajo puede atender intereses de empresas, de trabajadores, y, más generales, de política social y de estrategias públicas de empleo.

La normativa legal reconoce una ordenación mínima garante de la protección de los derechos del trabajador, limitando la plena disponibilidad por las empresas del tiempo de trabajo, y prevé una ordenación abierta a una variabilidad del tiempo de trabajo, en general mediante la negociación colectiva y la autonomía individual en concretos ámbitos, que garantiza la utilización de la capacidad productiva de la empresa mediante técnicas de gestión variable del tiempo de trabajo exigible. Pero el catálogo legal de alternativas dirigidas a tal fin y su generosa previsión convencional hacen que la distribución flexible del tiempo de trabajo, resultado normalmente de la actuación conjunta de técnicas diversas y superpuestas, pueda ser pretexto para eludir una planificación regular, integral y previsora de las exigencias empresariales, pues cabe aplicar medidas no condicionadas a la imprevisibilidad o al carácter extraordinario de la situación, que permiten modificar *ad hoc* el tiempo de trabajo pactado. Por eso, hay que incidir sobre la regulación legal y convencional, pues la acomodación del factor trabajo puede comprometer intereses de los trabajadores y dificultar la compatibilidad entre vida laboral y extralaboral. Efecto apenas compensado con la previsión de modalidades diversificadoras de la determinación del tiempo de trabajo en favor de los intereses individuales de los trabajadores, más allá de las conocidas fórmulas conciliatorias de la vida familiar y laboral, que no agotan sus legítimas expectativas, producen insatisfacción y repercuten negativamente sobre la productividad.

En este trabajo se trata de la regulación de las instituciones implicadas, su virtualidad para incrementar la calidad del empleo y la competitividad de las empresas, formulan-

do propuestas de modificación legal para cohonestar intereses contrapuestos, para una mayor eficiencia económica y para el incremento de la calidad de vida y del trabajo, de entre las que cabe avanzar:

- Limitar la jornada semanal máxima a 48 horas promediadas en períodos cuatrimestrales, modulando la anualización para evitar tiempos de trabajo desproporcionados durante un número prolongado de semanas, aun compensados en otras.

- Eliminar la posibilidad de superar un determinado número de horas de trabajo diario por vía de contrato individual, merced al acuerdo de realización de horas extraordinarias, admitiendo sólo tal posibilidad por convenio colectivo.

- Mantener la regulación legal sobre los descansos, cuyas posibilidades flexibilizadoras reconocidas en convenio colectivo no se oponen a las cambiantes exigencias empresariales, neutralizando la posibilidad de admitir en nuestro ordenamiento excepciones susceptibles de romper límites básicos de seguridad y salud en el trabajo, máxime si son consideradas conjuntamente con la distribución irregular de la jornada y la posibilidad de acumular el descanso semanal.

- Suprimir las horas extraordinarias retribuidas en salario sin causa suficiente y justificada, definida por convenio colectivo o acuerdo de empresa subsidiario, evitando la individualización que pudiera diluir la verdadera causalidad.

- Recuperar la figura de la consolidación de las horas complementarias en el contrato a tiempo parcial, facilitando la ampliación del tiempo de trabajo ordinario del trabajador que desee trabajar más.

- Incentivar el trabajo a tiempo parcial, que satisface necesidades de ciertos colectivos de trabajadores, suprimiendo los elementos que lo precarizan, evitando la segmentación de las actividades y colectivos entre la población asalariada en que se concentra.

- Introducir la perspectiva de género en la ordenación del tiempo de trabajo, superando las actuales medidas diseñadas en términos de equiparación entre mujeres y hombres, pero casi exclusivamente disfrutadas por las primeras, para evitar la cristalización de roles sociales y la actual realidad disuasoria de la contratación femenina, incentivando su utilización por los hombres.

- Reforzar la actividad de vigilancia y control sobre el tiempo de trabajo efectivo realizado en las empresas a través de la Inspección de Trabajo, así como de las instancias representativas en las empresas.

1. Introducción: la función poliédrica del tiempo de trabajo

La importancia del factor tiempo en las relaciones laborales trasciende a dicha relación, proyectándose sobre la propia prestación que constituye su objeto. La existencia de la relación y su dinámica se delimitan por momentos temporales de mayor o menor entidad. El factor temporal tiene consecuencias plurales y aun contradictorias: referido a la duración de la relación laboral, la tendencia hasta la década de los 80, hoy quebrada, sería la indefinición de su duración; proyectado sobre la prestación de trabajo, la tendencia, hasta hoy, ha sido reducir el tiempo exigible de actividad. Tendencias incomprensibles al margen de circunstancias exógenas al propio fenómeno jurídico, sobre el que inciden factores de carácter económico y social. Así, en momentos de expansión económica, la duración de la relación laboral tiende a la indefinición, dando satisfacción al interés de ambas partes implicadas. Bajo los mismos presupuestos económicos, la propia duración de la prestación de trabajo tiende a prolongarse de hecho, por vías directas, realización de horas extraordinarias, o indirectas, pluriempleo. Al contrario, en épocas de recesión o ralentización económica, la duración de la relación y de la prestación tienden a reducirse o modalizarse, proliferando fórmulas contractuales de duración determinada y adoptando diversas medidas de reordenación del tiempo de trabajo. Al fenómeno no son ajenos otros elementos de clara significación económica, como el impacto sobre los procesos productivos de la introducción de nuevas tecnologías, la creciente tendencia a la desconcentración industrial o el progresivo predominio del sector servicios frente a otros de un histórico mayor peso económico, como el industrial. Y todo ello en el marco de unas economías cada vez más globalizadas e interdependientes.

Junto a lo anterior, se han producido importantes cambios en los hábitos sociales, que demandan, crecientemente, un mayor tiempo de ocio y más flexibilidad en la gestión del tiempo de actividad. Ello explica la aparición de figuras contractuales como el trabajo a tiempo parcial o la creciente demanda de una más flexible regulación del tiempo de prestación de trabajo. No ha de confundirse tal demanda social de tiempo libre o de una más flexible organización del tiempo de trabajo con su imposición por las circunstancias económicas, presentándose como manifestación novedosa de aquellas demandas sociales o como un proceso de aceptación de situaciones que, sin ser queridas, pueden venir impuestas.

De las dos vertientes avanzadas sólo interesará aquí la que se proyecta sobre la prestación laboral, no sobre la duración de la relación.

Hablar de tiempo de trabajo remite, pues, a la obligación del trabajador de poner a disposición del empresario su fuerza de trabajo durante un cierto tiempo, denominado genéricamente jornada laboral, a cambio de una remuneración; de modo que el tiempo es elemento intrínsecamente conformador de la prestación laboral. Dado que la actividad laboral es inescindible de quien la presta y el tiempo dedicado a ella es tiempo de vida del trabajador, la legislación laboral fija límites a su libre determinación por el empresario, tanto en lo relativo a la cantidad de tiempo de trabajo debido, que está en el origen de la jornada máxima y de los descansos mínimos, cuanto en la distribución de ese tiempo de trabajo o su gestión flexible, fijando los momentos en que el mismo es exigible, en su faceta cualitativa. Por ello, uno de los debates nucleares en el ámbito laboral gira hoy sobre el tiempo de trabajo, por sus numerosas y heterogéneas implicaciones.

La ordenación del tiempo de trabajo ha cumplido históricamente una doble finalidad:

a) Proteger derechos básicos del trabajador: su vida, salud y seguridad, puestas en riesgo por una carga abusiva de trabajo o la exigencia de ritmos excesivos de actividad, limitando los tiempos debidos.

b) El progresivo reconocimiento del derecho de los trabajadores a períodos de tiempo libre, recomendando un reequilibrio entre tiempo de trabajo y no trabajo, compresivo de cuantas actividades posibilitan un desarrollo integral de la persona. Ello sin obviar la condición de consumidores que hoy tienen los trabajadores y que dista mucho de ser neutra para reconocer esos mayores espacios al tiempo de ocio, por sus importantes repercusiones positivas para las empresas y el sistema en su conjunto. La prioridad de disponer de tiempo libre supera con creces la necesidad del tiempo imprescindible para recuperarse del previo esfuerzo laboral, generándose nuevas preferencias individualizadas en la distribución y gestión del tiempo de trabajo y de vida extralaboral.

La novedosa vertiente que ese actual planteamiento de los trabajadores proyecta sobre la regulación del tiempo de trabajo conecta con la reconsideración de su persona o, si se quiere, con el análisis del tiempo de trabajo como factor de calidad de vida. La querencia por una mayor individualización de las relaciones laborales que se atisba tras aquella pretensión trata de poner el acento sobre la persona del trabajador frente a la estandarización de condiciones de trabajo inevitablemente derivadas del derecho objetivo, con la idea de recuperar, más allá de la imprescindible atención a las exigencias económicas y productivas, las identidades individuales diluidas en la regulación general o absorbidas o ignoradas por ella. Ello no cuestiona el carácter imprescindible de la norma estatal y del convenio en la corrección de la desigualdad de poderes negociadores que caracteriza al contrato de trabajo, ni prescinde de una severa crítica a las simplificadoras tesis desreguladoras y al desnudo análisis económico del ordenamiento laboral. Muy al contrario, trata de garantizar que la libertad que se pretende devolver al trabajador en su proyección

personal en el trabajo sólo quepa desde una igualdad sustancial de partida, materializada a través de la legislación estatal y la regulación convencional.

La posibilidad de introducir en el trabajo intereses personales diversos de los que consagran la intervención estatal y la autonomía colectiva puede reducir el carácter alienante del trabajo respecto del trabajador concreto, posibilitando regulaciones que den entrada a la disposición de condiciones laborales más acordes con aquellas opciones personales. Ello redimensionaría los espacios dejados en materia de organización y distribución del tiempo de trabajo, atendiendo a necesidades más personalizadas, de la mano de la utilización del trabajo a tiempo parcial, la previsión de horarios flexibles o la atención de otros instrumentos flexibilizadores capaces de dar respuesta adecuada a ciertas situaciones específicas de los trabajadores. Así interpretada, nada debiera objetarse a una cierta recuperación de la individualidad, entendida como una mayor valoración jurídica de la persona del trabajador, quien ha dejado de presentar, hace tiempo, un perfil unívoco, pero sería discutible que se hiciera exclusiva o preferentemente por vía del contrato individual, por las insuficiencias de este instrumento para garantizar la efectividad de los derechos profesionales y personales del trabajador. El contrato no permite compaginar en términos de igualdad las posiciones jurídicas y económicas de ambos contratantes, neutralizando las pretensiones del trabajador si no encajan o coinciden con las necesidades organizativas del empresario, generando una situación estructuralmente desigual, corregida por vía de intervención normativa, heterónoma o autónoma. La reconsideración de la persona del trabajador en la ordenación del tiempo de trabajo, facilitando cauces que aseguren su diferencia, reclama vías diversas a la estricta remisión a la autonomía individual, comprometiendo la actuación conjunta e interdependiente de cuantos poderes normativos inciden sobre ella.

Ello requiere la intervención de la norma estatal en la acomodación de esos espacios abiertos a la individualidad del trabajador, a través de una batería de garantías jurídicas susceptibles de asegurar el ejercicio efectivo de los derechos personales y profesionales en la relación de trabajo, posibilitando la negociación real de condiciones de trabajo que puedan canalizarlos sin distorsionar los intereses colectivos que son el sustrato de su regulación. Pero es dudoso que, aun hoy, la norma estatal haya atendido adecuadamente la articulación de los derechos personales del trabajador en el contrato, más allá de aspectos puntuales, aun importantes, como el regulado por la LCVFL, que no agotan toda su potencialidad. También la negociación colectiva debe participar de este entendimiento, garantizando el desarrollo de los intereses personales y abriendo espacios de regulación colectiva compatibles con las necesidades propias del trabajador en materia de tiempo de trabajo, ampliando la nómina de contenidos negociables capaces de enriquecer los aspectos individuales, evitando, al tiempo, que dichos contenidos se transformen en un ámbito de libertad que el empresario pueda utilizar en su solo beneficio o para eludir mecanismos colectivos.

Históricamente, el tiempo de trabajo ha estado sujeto a un proceso de estandarización u homogeneización con disposiciones reguladoras de carácter armonizador para todo trabajador, derivando en fórmulas de paulatina constricción formal de dicha condición

contractual: reducción de la jornada anual y de la duración de la semana laboral[1], ampliación del período de vacaciones anuales y de otros descansos laborales, así como acortamiento de la vida profesional activa por una incorporación cada vez más retardada al mercado de trabajo –consecuencia de la prolongación de los períodos formativos previos a la actividad laboral– y de la anticipada salida del mismo –reducción de la edad de jubilación–. A ello se suma, desde hace años, el recurso al trabajo a tiempo parcial. Todo ha coadyuvado a esa homogeneización de la duración del tiempo de trabajo para las distintas categorías de trabajadores, ofreciendo un panorama que ya no responde cabalmente a la gama de matices y exigencias que presenta nuestra realidad económica y social.

Es necesario adecuar la ordenación del tiempo de trabajo a las nuevas circunstancias subyacentes, considerando aquellos elementos que dicho tiempo compromete más allá de la mera determinación de una condición contractual. A los aspectos estrictamente jurídicos o técnicos referidos a la gestión y ordenación del tiempo de trabajo, se suman otros de claras repercusiones políticas, económicas, sociológicas, psicológicas y aun éticas o filosóficas. Porque esta condición también deja sentir sus efectos en planos ajenos a la mera delimitación y distribución del tiempo de la prestación debida y de la remuneración obtenida por ella, para no hacer del tiempo de trabajo una regulación desvinculada o distorsionadora de aquellas otras variables que, inevitablemente, condiciona. Conviene recordar su influencia en aspectos tales como:

a) La protección de la seguridad y salud en el trabajo.

b) La conciliación de la vida familiar y laboral de los trabajadores, y la cada vez mayor atención que requieren las personas en situación de dependencia.

c) La creciente valoración del ocio y del tiempo libre, que recomienda un diverso reparto de los tiempos de trabajo y no trabajo a lo largo del ciclo vital.

d) La reducción del tiempo de trabajo desvinculada de la reducción del tiempo de producción, que desconecta la duración de la jornada de trabajo de cada empleado y los tiempos de utilización de la capacidad productiva, compensada con una gestión más flexible del tiempo de trabajo.

e) La política de empleo, tradicionalmente ligada al debate de la reducción de la jornada de trabajo en su vertiente de reparto del escaso empleo disponible, de instrumento de lucha contra el desempleo y de mecanismo de creación de nuevo empleo, destacando un cierto valor de solidaridad social del tiempo de trabajo.

[1] En la década 1994-2003, la reducción de la jornada de trabajo anual pactada en los convenios colectivos fue de poco más de 10 horas, pasando de 1.763,4 horas anuales en 1994 a 1.753,2 en 2003 (Memoria CES 2003). Pero, en el mismo período, la jornada efectiva media por trabajador se incrementó de 1.735,4, en 1994, a 1.758,5, en 2003, esto es, 23,5 horas, según datos del INE-2004.

Tales factores hacen del tiempo de trabajo, de su reordenación más que de su reducción, un ámbito de debate que afecta no sólo a intereses de trabajadores y empresas, sino de la sociedad en su conjunto, trascendiendo con mucho su mero análisis como elemento de gestión empresarial y estrategia flexibilizadora de las condiciones de trabajo, exigiendo un enfoque integral de adecuación a las transformaciones de la estructura social en que se desenvuelven las relaciones de trabajo. El tiempo de trabajo ha de conectarse con las políticas de empleo y con la flexibilidad laboral, que permite no sólo una mayor adaptación a las necesidades de las empresas y, en consecuencia, asegura su competitividad, sino también a los intereses de los trabajadores, individual o colectivamente considerados, imponiendo la previsión de mecanismos de distribución más elástica de su duración, mediante horarios flexibles, descansos diarios menos rígidos, semana laboral reducida u otros similares.

La ordenación del tiempo de trabajo, el conocimiento y valoración de las posibilidades que ofrecen los nuevos modelos de reparto secuencial entre el tiempo de trabajo y el tiempo libre, permiten servir a muy diversos objetivos: la redistribución del empleo, el aumento de la flexibilidad de los horarios laborales, la consecución de mejoras en las condiciones de vida y trabajo de la población asalariada, especialmente de las mujeres, para quienes una mejor gestión del tiempo de trabajo puede llegar a convertirse en condición *sine qua non* de su participación en el mercado laboral. Más ampliamente, la gestión del factor tiempo y la duración y distribución de la jornada determinan claramente la evolución del empleo, la productividad de las empresas y la más óptima utilización por estas de sus equipamientos productivos. No extrañará, pues, que el tiempo de trabajo haya sufrido en los últimos años importantes cambios por circunstancias aparentemente neutras o ajenas a la estricta relación de trabajo, tales como:

a) La incorporación masiva de la mujer al mercado de trabajo, que demanda nuevas fórmulas ordenadoras por su asunción prevalente de determinados roles sociales y la necesidad de conciliación de la vida profesional y familiar.

b) La diversidad de los modos de vida social, que impone cambios en la distribución de los tiempos de trabajo y no trabajo para satisfacer la simultánea atención a la prestación laboral debida y a actividades ajenas a la vida profesional.

c) La extensión rotativa de secuencias de enseñanza y formación con fases de actividad laboral, superpuestas y sucesivas, para evitar la obsolescencia de conocimientos y la adecuación a nuevas técnicas productivas, especialmente cuando se usan o introducen tecnologías que requieren una alta cualificación profesional. Ello presupone un reparto más flexible del trabajo a lo largo del ciclo vital de los individuos, que afecta no sólo al tránsito del sistema educativo al productivo en un cierto momento, sino a su alternancia en períodos diversos y posteriores a la incorporación a la vida activa.

d) El alto coste de los equipamientos industriales, que impone a las empresas incrementar al máximo su utilización para obtener su mayor rendimiento y eliminar el capital ocioso; la mayor utilización del capital instalado conduciría, en su extremo, a la producción continua en el tiempo, recurriendo al trabajo a turnos, al trabajo a tiempo parcial o a otras formas de cubrir horas atípicas de trabajo sin costes salariales sobreañadidos.

e) La terciarización del sistema productivo y el incremento del empleo en el sector servicios, que modifica las necesidades del modelo clásico, pues si en el sector industrial se desvincula el momento en que se produce el bien que se destina al mercado y su consumo en el mismo, en el sector servicios ambos momentos son, en general, coincidentes y las preferencias de usuarios o consumidores a la hora de identificar el momento de acceder al consumo suponen un factor decisivo en la ordenación del tiempo de trabajo.

Se aboga, en fin, por una nueva ordenación del tiempo de trabajo y por la facilitación de diversas formas de empleo que, progresivamente, se separan del modelo estándar imperante hasta épocas recientes: relación de trabajo a tiempo completo en jornada de 8 horas de mañana y tarde con una ordenación homogénea, constante e inalterable en la distribución entre trabajo y descanso, mediante la fijación para todos los trabajadores, de forma predeterminada y común, del tiempo de prestación debida y de los tramos, también fijos, de descanso. Esquema hoy obsoleto, que obliga a repensar esquemas laborales capaces de adecuarse a las necesidades de empresas y trabajadores, cada vez más diversificadas y heterogéneas, aun manteniendo ciertas reglas que garanticen el necesario equilibrio de intereses contrapuestos. Hoy emergen tiempos de trabajo atípicos, con jornadas más flexibles en su distribución, que responden a las variadas necesidades de un colectivo de trabajadores cada vez menos uniforme y que defiende intereses individualizables. Así, lo que para ciertos trabajadores podría suponer un deterioro de sus condiciones de trabajo, trabajar a turnos o en horario nocturno, trabajar los fines de semana, trabajar más horas en menos días o trabajar menos horas en más días, por ejemplificar, puede resultar ventajoso para otros, provocando puntos de fricción con una acción colectiva que se ha movido hasta ahora con planteamientos y soluciones homogéneas, no diversificadas.

Pese a esas nuevas exigencias y a la realidad social en que se plasman, las viejas fórmulas de gestión del tiempo de trabajo siguen regulando hoy en buena medida el trabajo por cuenta ajena, de espaldas, pues, a los profundos cambios y transformaciones que, cada vez más generalizados, viene mostrando la organización del tiempo de trabajo. Ello cuestiona su tradicional ordenación a través de normas vinculantes y limitativas de origen legal y aun convencional, que comprimen en exceso la autonomía privada. El modelo ha sido, básicamente, el de una regulación legal mínima que sólo permitía al convenio colectivo la mejora de las previsiones heterónomas, imponiendo este último una regulación también homogénea e inmodificable para la autonomía individual que vetaba su modificación por contrato a los incluidos en su ámbito de aplicación.

De ahí la tendencia desreguladora en este ámbito, que promueve que las normas prescindan de su habitual carácter imperativo e inderogable para convertirse en dispositivas, bajo ciertas condiciones de "cautela", para el convenio y el contrato. Ejemplo de ello es la disposición sobre el límite de la jornada máxima diaria (art. 34.3.2º ET) o el abono en descanso dentro de los 4 meses siguientes de las horas extraordinarias cuando no se ha pactado otra forma de retribución (art. 35.1 ET). Se quiebra la uniformidad legal, abriendo paso a distribuciones variadas y heterogéneas del tiempo de trabajo que operan sobre diversos módulos temporales. Se cuestiona la generalidad y homogeneidad de la regulación y gestión del tiempo de trabajo, sustituida por un carácter más personalizado, que cobra una dimensión individual novedosa, permitiendo diferentes medidas de la prestación debida, y aun una nueva dimensión colectiva, al garantizar una relación entre tiempos laborales y sociales más amplia y acorde con su nueva valoración social. Ello se traduce en la contemplación del tiempo de trabajo como un elemento de regulación laboral que ya no da la medida de una materia inexcusablemente requerida de un tratamiento homogéneo e idéntico, como expresión de solidaridad y garantía de compensación de la posición de debilidad de los trabajadores, cuestionando ahora, en cambio, su previsión en la ley y en el convenio con el señalado carácter de generalidad, más allá de los límites cuantitativos relativos a la duración máxima de la jornada de trabajo que son reflejo del necesario equilibrio contractual entre dos partes intrínsecamente desiguales. El objetivo es conciliar reivindicaciones empresariales y laborales mediante estrategias de flexibilidad en la ordenación del tiempo de trabajo que compaginen las necesidades productivas con la calidad de vida y trabajo de los empleados; en definitiva, con la administración más personalizada de tiempo de trabajo y no trabajo, evitando que todo el coste del ajuste de la desestandarización recaiga sobre los trabajadores.

Desde esos parámetros, se interpretará el actual marco normativo del tiempo de trabajo en sus diferentes instituciones, desentrañando sus insuficiencias y disfuncionalidades, proponiendo reformas legales y la adopción de nuevas políticas que permitan satisfacer los numerosos y diversificados intereses en juego, sin prescindir del importante papel que tiene la negociación colectiva al servicio de los objetivos propuestos y a la que también se formularán recomendaciones.

2. La regulación de la jornada de trabajo

2.1 El marco normativo del tiempo de trabajo: consideraciones generales

La jornada de trabajo delimita una cantidad de tiempo comprometida para la realización de la prestación de trabajo. Su determinación es objeto esencial del nexo contractual, aun sujeta a una regulación normativa externa al propio contrato de trabajo, que limita la autonomía individual de las partes e incorpora el respeto a ciertos derechos fundamentales del trabajador.

La regulación del tiempo de trabajo (arts. 34 a 38 ET y RDJET)[2] fue objeto de relevantes modificaciones en la reforma de 1994, que perseguía, de un lado, la ampliación de los instrumentos individuales de gestión, acentuándose los poderes organizativos del empresario y dando énfasis a la unilateralidad de ciertas decisiones antes coparticipadas o fiscalizadas por otras instancias; y, de otro, la instrumentación de gran parte de las medidas flexibilizadoras a través de la negociación colectiva. La regulación resultante se mueve básicamente en esta segunda línea de objetivos, compatibilizando la flexibilidad laboral, básicamente por vía convencional, con el necesario garantismo de la posición de los trabajadores.

De ahí que, primero, esta regulación legal sea mínima, mejorable por convenio colectivo y contrato individual, especialmente en aspectos muy condicionados por la seguridad y salud en el trabajo, que constituyen regulaciones inderogables *in peius* mediante limitaciones de jornada y disfrute de descansos recuperadores de la capacidad laboral y aseguradores de cargas de trabajo que no arriesgan la integridad física del trabajador; y, segundo, que el régimen legal permita, no obstante, regulaciones flexibilizadoras que alteren o modifiquen su contenido a través de la autonomía colectiva, como instrumento

[2] En el ET hay otras disposiciones con contenidos ordenadores del tiempo de trabajo (arts. 12, 23 y 41), a los que nos referiremos más adelante, y, fuera del mismo, hay regulaciones específicas en materia de protección de la seguridad y salud en el trabajo [arts. 15.1.d) y g), 19.2 y 26 LPRL y 1, 2 y 3.1.b) RSP]. Sobre este entramado normativo sobrevuela la Dir. 2003/88, que sustituye a la 1993/104, de relevantes efectos en nuestra normativa mediante la transposición. En general, nuestro derecho se adecua, y aun mejora aquella regulación europea, aunque algunos contenidos concretos recomiendan alguna reflexión y ajuste interno, como se verá.

más cercano a las necesidades de adaptación de nuestro marco productivo y fruto del consenso de los sujetos negociadores. La relación dialéctica entre flexibilidad y garantismo se desplaza hacia la negociación colectiva, que cobra un protagonismo incuestionable por tratarse de una ordenación apegada a la realidad de la empresa, difícilmente encorsetable por una ordenación estatal que, de otro modo, podría ser causante de más rigidez, aun con un cierto papel regulador del contrato de trabajo allí donde la ley remite expresamente a la autonomía individual la ordenación de concretos aspectos.

2.2 Determinación cuantitativa: la jornada máxima

La determinación de la duración de la jornada de trabajo corresponde al convenio colectivo o al contrato (art. 34.1 ET), remarcándose el carácter preferentemente pactado de tal ordenación, si bien la remisión al convenio o al contrato no se establece en términos de absoluta igualdad o equiparación. Conforme a la jerarquía de fuentes [art. 3.1.c) ET], de existir regulación convencional, al contrato sólo cabe la función de mejora a través de la condición más beneficiosa, al ser instrumento regulador principal en ausencia de convenio, y esar limitado entonces sólo por las reglas estatutarias. Aunque la regulación legal no pretende regular directamente la duración de la jornada, sí fija límites máximos a la autonomía colectiva e individual, estableciendo que la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de 40 horas semanales de promedio en cómputo anual. Las fuentes ordenadoras marcan, pues, una relación de sucesivos mínimos inderogables *in peius*, que obligan escalonadamente desde la ley al convenio y al contrato y desde el convenio al contrato.

El reconocimiento legal de una jornada ordinaria máxima establecida en promedio semanal y en cómputo anual procede de la reforma de 1994, que transformó el anterior límite de las 40 horas semanales, modificable sólo por convenio, en regla que, sin alterar el tope anual, permite su distribución irregular, posibilitando trabajar más de 40 horas unas semanas para trabajar menos otras, siempre que, en el año natural, el resultado final sea una cantidad de horas igual o inferior al producto de multiplicar por 40 el número de semanas laborales. Anualización de la jornada claramente flexibilizadora, que permite atender mejor las necesidades de las empresas mediante la autonomía colectiva, no por contrato o poder directivo unilateral del empleador.

En cuanto a la determinación de la jornada máxima, el límite legal aludido corresponde a la jornada ordinaria. La literalidad de la norma permite concluir que cabe ampliar la duración total de la jornada de trabajo mediante la adición de tramos de jornada extraordinaria, que podrían superar aquel tope. Se trata de las horas extraordinarias –excluidas las trabajadas para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes (art. 35.3 ET)– que, a estos efectos, tienen una doble virtualidad. Si son compensadas en salario, su realización dispone de un mero límite anual –80 horas

extraordinarias al año (art. 35.2 ET)–, sin predeterminación máxima de carácter semanal, mientras que, de compensarse en descanso, ni siquiera computan a efectos del límite anual. Sin alterar la duración máxima de la jornada al año, tal régimen hace de las horas extraordinarias una fórmula de significativa ampliación de la distribución irregular de la jornada, sin perjuicio de los límites indirectos derivados del descanso mínimo inter-jornadas y semanal (arts. 34.3 y 37.1 ET, respectivamente). Dicha duración máxima anual o semanal queda, ahora sí, abierta a la contractualización, pues la realización de horas extraordinarias responde a la sola voluntad concertada de empresario y trabajador, lo que amplía las posibilidades flexibilizadoras de la regulación del tiempo de trabajo y abre su actualización a la autonomía individual, pudiendo incluso dar al traste con la fijación de máximos de jornada ordinaria convencional en módulos semanales. Así, pues, no es identificable *a priori* la jornada máxima contractual ordinaria –semanal, no anual– que puede derivar de sumar a la máxima legal o convencional la extraordinaria fruto de la autonomía individual y compensada en descanso, pues el disfrute de descansos compensatorios por su realización convierte dichas horas extraordinarias en jornada ordinaria, permitiendo eludir las aparentemente rigurosas limitaciones legales modificables no sólo ya mediante convenio.

El art. 6 Dir. 2003/88 asegura que la duración media del trabajo no exceda de 48 horas, incluidas las horas extraordinarias, por cada período de 7 días, recomendando a los Estados miembros la adopción de medidas para limitar la duración del trabajo semanal. Regulación matizada por el art. 16, que permite a los Estados establecer, para la aplicación de esta jornada máxima semanal, períodos referenciales de hasta 4 meses, lo que admite superar el límite de horas unas determinadas semanas de no alterarse el promedio cuatrimestral; y por el art. 22.1, que, como excepción a la duración máxima de la jornada semanal, toleraría exceder el genérico límite semanal de 48 horas, aun en promedio cuatrimestral, si se obtiene el consentimiento del trabajador para efectuar dicho trabajo *(opt out)*, con ciertas cautelas que pretenden garantizar los principios generales de protección de la seguridad y salud de los trabajadores, asegurar que la negativa del trabajador no determina perjuicio alguno y documentar la realización de tales trabajos y la información sobre el consentimiento prestado por los trabajadores.

Por lo excepcional de este régimen respecto de la inicial previsión, el propio precepto añade que el Consejo, a propuesta de la Comisión, con un informe de evaluación, reexaminará estas disposiciones decidiendo sobre el curso que deba dárseles. Ello determinó que la Comisión Europea elevara una consulta con fecha 5 de enero de 2004, en relación con el máximo de 48 horas semanales de trabajo, a fin de observar si serían aceptables excepciones a dicho tope si el trabajador las aceptara voluntariamente, tras constatar que tales excepciones son práctica extendida que podría recomendar la modificación de la directiva. En respuesta a dicha consulta, a 12 de febrero de 2004, el Parlamento Europeo emite informe que señala que los Estados miembros de la UE deben respetar ese máximo de 48 horas de trabajo a la semana sin excepción, aduciendo que, si bien es necesaria cierta flexibilidad en determinados casos, como el de los médicos de

urgencia, la mayoría de los diputados europeos considera que debe impedirse el recurso abusivo a las cláusulas de renuncia o de consentimiento voluntario *(opt out)*. Opinión ratificada últimamente por dicho Parlamento en su sesión de 10 de mayo de 2005, aunque ampliando el período de cómputo de 4 meses a un año. Se comparte esta solución negadora de las cláusulas de renuncia del trabajador al límite de horas semanales trabajadas, que manifiesta el mayor interés del legislador europeo frente al cual nuestro derecho interno, de no incorporar la regulación de la Directiva, carecería de tope para determinar duraciones máximas de la jornada laboral.

Una segunda limitación sobre la determinación de la jornada de trabajo afecta a la regla del art. 34.3 ET relativa a la jornada ordinaria diaria, que impide, salvo disposición contraria en convenio colectivo o acuerdo subsidiario de empresa, superar las 9 horas de trabajo efectivo (8 para los menores de 18 años). Salvada la regulación convencional, lo que exceda de esas 9 horas diarias de trabajo se considera jornada extraordinaria, pudiendo darse por reproducido lo dicho *supra* sobre la virtualidad del contrato de trabajo, mediante horas extraordinarias, para alterar el régimen de la jornada legal máxima, ahora diaria, aun por instrumentos diversos del convenio colectivo que, sólo en apariencia, es el único capaz de producir tal efecto ampliatorio. Nuevamente, la reforma de 1994 flexibilizó el anterior límite de carácter imperativo, hoy derogable por vía de autonomía colectiva, admitiéndose jornadas ordinarias diarias de 10 o más horas, compensadas con una duración inferior de la jornada en otros días, para no superar el límite anual. En tal caso, la virtualidad de la negociación colectiva es su capacidad para derogar el carácter de jornada extraordinaria de la que excede de 9 horas diarias, aumentando la duración máxima ordinaria diaria, mediante la sustitución del carácter extraordinario de la décima y siguientes horas de trabajo diario por su condición de hora ordinaria.

El mismo efecto puede alcanzarse por vía de autonomía individual, por la realización de horas extraordinarias compensadas en descanso y sin límite cuantitativo. La realización de horas extraordinarias pagadas para aumentar la jornada diaria ni está legalmente limitada ni sería resultado del pacto individual, sino efecto legal automático al considerar ese tramo como jornada extraordinaria, de forma que la ampliación por vía contractual de la jornada máxima diaria sin modificar su cualidad de ordinaria sólo cabe cuando las horas extraordinarias se compensan en descanso.

En estos supuestos, es límite infranqueable a la negociación colectiva y al pacto individual de realización de horas extraordinarias el descanso interjornadas mínimo de 12 horas (art. 34.3 ET), pero, dentro de los amplios márgenes que este tramo permite, podrían alcanzarse jornadas diarias de trabajo efectivo de hasta 12 horas. Parece claro, en fin, que la regulación legal de la jornada máxima diaria de carácter ordinario tampoco es imperativa, sino dispositiva para el convenio y aun el contrato, por la vía indirecta de la realización de horas extraordinarias. En ambos casos, cabe ampliar el tiempo de trabajo ordinario diario hasta el límite máximo de las 12 horas, que respeta el descanso mínimo entre jornada y jornada.

Una ulterior limitación legal a la duración de la jornada máxima es la indirectamente determinada por la necesidad de respetar el aludido descanso mínimo de 12 horas entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente[3]. Derecho inderogable *in peius*, que impide su minoración por cualquier otra fuente, salvo las reglas específicas que, para determinadas actividades y trabajos, prevé el RDJET, que fija jornadas especiales que admiten, con carácter general, un descanso mínimo entre jornadas de 10 horas, compensándose la diferencia hasta las 12 legales en períodos de hasta 4 semanas (art. 9), aunque con reglas singulares en ciertas actividades.

El descanso interjornadas es el verdadero elemento que introduce rigidez legal en la duración máxima de la jornada de trabajo, constriñendo la distribución irregular de la jornada, al vetar cualquier ampliación u ordenación pactada que rompa el tramo de 12 horas ininterrumpidas entre jornadas de trabajo sucesivas; sin afectar a la determinación cuantitativa de la jornada, limita su determinación cualitativa o distribución, marcando tramos de obligado respeto. El resto de la ordenación legal se muestra dispositivo para la autonomía colectiva e individual, en este último caso merced a las horas extraordinarias. Rigidez razonable e inevitable, pues el instituto responde cabalmente a dos premisas inexcusables e íntimamente conectadas:

a) La protección de la salud del trabajador, que plasma normas de orden público excluyentes de cualquier otra fuente reguladora, impidiendo que esta condición de trabajo incremente los riesgos del trabajador en el desarrollo de su actividad, dado que una prestación diaria de más de 12 horas supone un sobreesfuerzo del que pueden derivarse daños, aumentando la carga laboral e imponiendo un ritmo de actividad, como mínimo, poco saludable; máxime si la prestación de trabajo prolongada se acompaña de tiempos de desplazamiento excesivos que, sobre restringir el tiempo de descanso, operan como factores acumulativos de riesgo para el trabajador y, en ocasiones, para su entorno.

b) La recuperación de la capacidad laboral necesaria para cubrir la siguiente jornada de trabajo, que conecta con la exigencia constitucional del descanso necesario que el art. 40.2 CE obliga a garantizar a los poderes públicos; es decir, disminuir la duración del descanso entre jornadas impide que el trabajador recobre su plena fuerza de trabajo. Si a ello se suma que el descanso diario asegura un tramo temporal de no trabajo que permite el desarrollo de actividades privadas o no laborales, tomando como módulo referencial el día, dentro del que hay que distribuir, como máximo a medias, tiempo de trabajo y no trabajo, se entiende el carácter de derecho necesario de la norma legal. En tales condiciones ceden terreno otras prioridades, como las necesidades empresariales o la flexibilidad laboral.

[3] Más favorable que el fijado en la legislación europea: mínimo de 11 horas consecutivas en el curso de cada período de 24 horas (art. 3 Dir. 2003/88), que permite por la negociación colectiva establecer excepciones a esta regulación (art. 18).

Similares consideraciones caben respecto de otro límite superpuesto a la determinación cuantitativa de la jornada de trabajo en períodos semanales: el descanso ininterrumpido de día y medio (art. 37.1 ET), con el solo matiz de su posible acumulación por períodos de hasta 14 días, ampliado a 2 consecutivos en el caso de los menores[4]. Sin afectar a la determinación cuantitativa de la jornada de trabajo, resultado de la aplicación de otras previsiones, el descanso semanal limita a su vez la distribución irregular de la jornada semanal, reproduciéndose las valoraciones hechas sobre el carácter mínimo e inderogable, a la baja, del descanso interjornadas.

Por concluir, en múltiples circunstancias la jornada real realizada por el trabajador en módulos diarios y semanales puede estar cuestionando el principio constitucional de garantizar el descanso necesario, pues los topes máximos de jornada legalmente establecidos pueden derogarse por vía convencional y contractual, siempre que no se afecte el límite anual legal, o convencional inferior, en los términos señalados. Así, y con mayor gravedad en lo que afecta a los ajustes por vía de autonomía individual susceptibles de ocultar el mero ejercicio unilateral de poderes empresariales bajo la apariencia de consentimiento o aceptación voluntaria del trabajador, pueden estarse introduciendo fórmulas de ordenación del tiempo de trabajo ajenas al espíritu legal o convencional.

2.3 Determinación cualitativa: la distribución irregular de la jornada

Los planos cuantitativo y cualitativo de la determinación del tiempo de trabajo están profundamente interrelacionados, resultando inescindibles de hecho. El segundo remite a las posibilidades distributivas internas que caben dentro del *quantum* total de tiempo debido en la prestación laboral. La diversificación depende, lógicamente, del mayor o menor margen que permitan las horas de producción, abarcando desde el extremo en que, coincidiendo estas últimas con la jornada legal o pactada, son impracticables redistribuciones ulteriores del tiempo de trabajo debido –salvo la que se traduce en trabajos a tiempo parcial–, pues existe un único turno laboral coincidente con los momentos de actividad empresarial, hasta la situación en que, siendo superior la jornada productiva que la jornada laboral, la organización del tiempo de trabajo y descansos admite múltiples alternativas. Este segundo caso exige la diferenciación organizativa del tiempo de trabajo, si se quiere la plena utilización de la capacidad productiva de la empresa. A mayor o menor índice de desvinculación entre aquellas dos variables,

[4] Nuestro derecho interno vuelve a situarse por encima del mínimo europeo, que contempla una duración de 35 horas, no 36, fruto de sumar al descanso ininterrumpido de 24 horas el de 11 más correspondiente al descanso diario, permitiendo su posible reducción a 24 horas cuando lo justifiquen condiciones objetivas, técnicas o de organización del trabajo, admitiéndose igualmente la acumulación del descanso semanal en períodos de referencia de hasta 14 días [arts. 5 y 16.a) Dir. 2003/88]; todo ello sin perjuicio de la posibilidad abierta a la negociación colectiva de excepcionar esta regulación (art. 18).

mayores o menores serán las posibilidades redistributivas y de gestión del tiempo de trabajo, alcanzando su punto máximo de potencialidad en empresas con actividad productiva las 24 horas del día, los 7 días de la semana.

En el territorio ordenador de carácter cualitativo, el tiempo de trabajo es pilar fundamental sobre el que pretenden asentarse las nuevas formas de organización flexible del trabajo. Manteniendo inalterada la magnitud de la prestación y jornada debidas, se trata de reconocer su ordenación variada en diferentes secuencias de duración diaria, semanal, mensual o anual, diversificando los horarios laborales dentro del ciclo productivo en razón de las posibilidades y necesidades empresariales más satisfactorias, especialmente si surgen exigencias estacionales. Pero tampoco han de marginarse de estos mecanismos las pretensiones e intereses estrictamente individuales del trabajador de que se trate, si son compatibles con las necesidades de la empresa y responden a decisiones personales, aunque las normas legales suelen obviar las circunstancias singulares de los trabajadores, salvo para conciliar vida familiar y laboral, concretándose más en reducciones de jornada, ausencias o permisos que en mecanismos de diferenciación distributiva del tiempo de trabajo.

Ello explica, en parte, la tendencia desreguladora de la ley en la determinación de reglas prohibitivas o limitativas de la ordenación del tiempo de trabajo, dejando mayor capacidad al convenio y al contrato. La necesidad de equilibrar la satisfacción de las legítimas aspiraciones de las empresas con las no menos legítimas de los trabajadores pasa por reconocer los recursos flexibilizadores, con las adecuadas limitaciones y garantías que eviten el perjuicio de estos últimos. Función que corresponde ahora más al convenio colectivo, eludiendo la absoluta individualización capaz de disfrazar como pacto lo que no es sino ejercicio discrecional de poderes directivos empresariales.

Hoy parece anacrónico delimitar imperativamente las horas de trabajo debidas en módulos diarios o semanales, recomendándose la determinación de la jornada sobre períodos más prolongados. Ello introduce una irregularidad en la duración de la prestación debida en aquellos primeros módulos que, dentro del tope legal anual, y respetado el carácter de mínimo inderogable de los descansos contemplados, la regulación legal encomienda a la negociación colectiva (art. 34. 2 ET). En coherencia con un margen suficientemente amplio entre el tiempo máximo que puede trabajarse al año y el total disponible para hacerlo en ese mismo módulo, una vez garantizados los descansos necesarios, queda espacio de maniobra para la distribución flexible de la jornada laboral al convenio colectivo, y aun al contrato de trabajo, por el reiterado recurso a las horas extraordinarias. Cabe, pues, una plural ordenación horaria de la prestación debida, compatible con la jornada máxima legal o convencional y el respeto de los obligados descansos, también legales o convencionales, conducente a una potencial diversificación prácticamente inabarcable de períodos en que cabe exigir la actividad laboral y romper la uniformidad del tiempo de trabajo, actualizable en cualesquiera horas del día y días de la semana, mes o año.

Así, el calendario laboral de las empresas (art. 34.6 ET) cuenta, pues, con suficientes recursos distributivos para permitir las necesarias adecuaciones a intereses empresariales y personales de los trabajadores. Aunque la distribución irregular de la jornada de trabajo, dentro de los amplios márgenes vistos, es un valor en sí misma, tan digna de consideración como la propia limitación cuantitativa de la jornada anual, por las razones expuestas, que aconsejan acomodar los ritmos de trabajo a las imprescindibles garantías de seguridad y salud laboral y al principio general de adaptación del trabajo a la persona [arts. 15.1.d) LPRL y 36.5 ET]; incluido el respeto a los tiempos sociales de los trabajadores, entre los que la vida familiar es elemento inexcusable. Ello obliga a una cierta racionalización de la determinación cualitativa de la jornada laboral susceptible de incorporar aspectos limitativos concretos que, no expresados rígidamente por la regulación estatutaria, responden al espíritu legal que la inspira. Y es que las reformas en la distribución del tiempo de trabajo atienden a objetivos distintos, como la adaptación a una demanda empresarial variable y la atención a ciertas necesidades personales, profesionales o públicas del trabajador que recomiendan diversas ordenaciones de su prestación laboral. La labor combinada de norma estatal, convenio colectivo y autonomía individual no señalan opciones neutrales.

Dos son los elementos esenciales de refuerzo que emplea el ordenamiento laboral: la fijación de equilibrios en sus distintos contenidos y la solidez de la negociación colectiva. Respecto de los primeros, su determinación parte de la renovación de la función compensadora de la norma estatal, para diversificarla y especificarla en los diversos ámbitos de actuación, que presupone que dichas compensaciones no se logran acudiendo al tradicional mecanismo de los mínimos cuantitativos; los extremos a equilibrar deberán identificarse con relación a criterios de índole cualitativa, expresados en derechos, intereses u objetivos que limiten el espacio intermedio y permitan valorar las medidas adoptadas. En relación con la negociación colectiva, ya se ha dicho que la ley reconoce su papel principal de regulación del tiempo de trabajo en su vertiente distributiva, por su mayor capacidad de acomodación a los intereses en presencia y su carácter consensuado que presume su más fácil aceptación por los destinatarios de la regulación. La organización del trabajo, incluido lo relativo al tiempo, nos sitúa ante un marco normativo donde la intervención de la autonomía colectiva es creciente, como mecanismo de respuesta a la situación productiva real. Ello explica el mayor espacio cedido por la norma estatal frente a otros terrenos de regulación, garantizando un marco suficiente para el ejercicio de los derechos individuales y colectivos, constitucionales y legales, de los trabajadores; esto es, asegura que la necesaria diversificación no encubre formas variadas de precarización del empleo.

El primer mecanismo flexibilizador que la ley ofrece a la negociación colectiva es la distribución irregular de la jornada a lo largo del año, que admite diversas colocaciones e intensidades del tiempo de trabajo, comprendidos entre el tope anual, resultante de promediar 40 horas semanales como máximo dentro de un año natural, y la garantía del descanso diario y semanal. Así se rompe la uniformidad de la jornada, permitiendo un

reparto más elástico de los tiempos de actividad laboral, adaptables a las circunstancias sectoriales o empresariales y a las de los propios trabajadores, cuyos intereses también encuentran cabida en esa mayor versatilidad.

Otro recurso para la distribución irregular del tiempo de trabajo es la posibilidad del convenio colectivo de incrementar el número de horas diarias de trabajo ordinario por encima de las 9 legales, respetando sólo el descanso interjornadas. Ello proporciona un amplio margen temporal a la delimitación de la jornada diaria.

Además, la realización de horas extraordinarias compensadas en descanso, sin incrementar las horas totales de trabajo efectivo, permite una distribución flexible e irregular de su realización, abierta ahora, subsidiariamente respecto de la autonomía colectiva, a la autonomía individual. Fórmula capaz de introducir aún mayores márgenes de elasticidad en los instrumentos flexibilizadores anteriores, y aun de derogarlos mediante un régimen *ad hoc* que sólo cede cuando el convenio aplicable determina la obligatoriedad de compensar en metálico las horas extraordinarias realizadas, pues, en tal caso, está limitado su número anual y pierden, además, su virtualidad de transformar en ordinario su carácter inicialmente extraordinario. Expresión emblemática de este modelo es el frecuente reconocimiento convencional de una bolsa de horas extraordinarias, de obligatoria realización por el trabajador y puestas a libre disposición de la empresa, que puede exigir su realización cuando, causalizadas, se dan las circunstancias previstas, generalmente relativas a exigencias de la producción.

Último exponente de la determinación cualitativa de la jornada de trabajo, que permite la exigencia de su cumplimiento en diferentes tramos, es el horario de trabajo, en sus diversas manifestaciones –rígido *versus* flexible, jornada continuada *versus* jornada partida–. Y es que el horario es una institución puramente adjetiva de la jornada laboral; su actualización ni puede modificar la duración máxima de la jornada legal o pactada, ni la de los descansos mínimos exigidos, pero puede diversificar cualitativamente el tiempo de trabajo, como se verá en el capítulo 5.

3. Los descansos: diarios, semanal, fiestas laborales y vacaciones anuales

El descanso laboral es un período obligatorio y no fraccionable de inactividad en la prestación de trabajo, aunque remunerado (art. 26.1 ET), que incorpora un componente cuantitativo y cualitativo del tiempo de trabajo. Tras él, hay razones de protección de la seguridad y salud de los trabajadores, que evitan jornadas diarias y semanales desproporcionadas o agotadoras, susceptibles de incrementar los riesgos para la integridad del trabajador, así como objetivos de garantía de disfrute del tiempo necesario para recuperar la plena capacidad laboral tras el esfuerzo invertido en la prestación de trabajo. Hasta aquí, los descansos engrosan la nómina de las prescripciones del derecho a la prevención de riesgos laborales. Pero, íntimamente conectados con esos elementos principales, el descanso garantiza que, en tramos temporales ciertos y no excesivamente distanciados entre sí –en general, cada día y cada semana, aunque las vacaciones anuales o las fiestas laborales operan en módulos más amplios–, se pueda disponer de tiempo de no trabajo para atender a la vida privada, social o familiar, y se satisfagan bienes socialmente tan atendibles como el de la producción. Hay, pues, un cierto reparto ecuánime del tiempo de trabajo y no trabajo que permite al trabajador no acumular períodos de actividad laboral diarios o semanales que dificulten el desarrollo efectivo de su vida extralaboral, asegurando parcelas mínimas de tiempo de libre disposición. Las técnicas flexibilizadoras que nuestra legislación contiene en relación con los períodos de disfrute de los descansos laborales no debieran ignorar estos presupuestos, condicionando, en general, a causas justificativas aquella necesaria flexibilidad en su determinación.

Los diversos tipos de descansos laborales, en función del módulo temporal o tipo de jornada sobre los que operan, reconocen también diferentes grados de capacidad diversificadora de los momentos de su disfrute, según la finalidad que cada uno de aquellos pretende cumplir.

Los **descansos diarios** se actualizan en torno a la jornada laboral diaria, diferenciándose entre descanso interjornadas e intrajornada. El primero, límite infranqueable a la distribución del tiempo de trabajo y verdadero condicionante de su más amplia elasticidad, se fija en un período de inactividad mínimo de 12 horas entre días laborables, mejorable por pacto individual o colectivo (art. 34.3 ET). A salvo las jornadas especiales que modifican la regulación legal por razón de la actividad (arts. 2 y concordantes RDJET), el régimen

ordinario no admite posibilidad de adaptación alguna de este tramo de descanso, prevaleciendo su carácter recuperatorio, sanitario y limitador del tiempo de trabajo diario sobre un eventual carácter flexible que admitiera alternativas en su gestión. Es una de las escasas normas imperativas que operan en esta materia que, salvo para mejorar o ampliar su duración, impiden a la autonomía colectiva e individual especificar su disfrute o computarlo en intervalos diversos, eludiendo cualquier consideración de tipo empresarial o personal del trabajador. Por ello la negociación colectiva apenas se refiere a este tipo de descanso, a diferencia de lo que ocurre con otros períodos de inactividad.

Nuestro ordenamiento, sobre mejorar la regulación contenida en el art. 3 Dir. 2003/88, que prevé una duración inferior –11 horas–, ignora la posible excepción concedida a la negociación colectiva –o a la legislación nacional si el Estado no dispone de un sistema que garantice la celebración de convenios colectivos– de modificar el régimen de disfrute de estos descansos, compensándolos en períodos equivalentes o si, por razones objetivas, resultara imposible su concesión, por una protección adecuada (art. 18). Opción acertada, pues si las excepciones por razones objetivas ya se contemplan por vía reglamentaria, donde las necesidades de adaptación de jornadas ampliadas cuentan con su específica ordenación alternativa a la legal (art. 17 Dir. 2003/88), no es pensable *a priori* ningún otro interés atendible o apto para modificar la regla general, ni siquiera por convenio; cualquier otra excepción vendría a atender demandas subjetivas del empresario insuficientes para imponerse a la naturaleza recuperatoria y protectora a que responde el descanso interjornadas. Si la empresa necesita la actividad de un mismo trabajador más de 12 horas al día, o estaría ante una necesidad objetiva del sector de que se trate y, como tal, debiera preverse en el RDJET, o sería factible utilizar alguna otra alternativa de las previstas en el ordenamiento laboral para cubrir esa demanda, sin necesidad de exigir una prestación a todas luces desproporcionada e injustificadamente penosa.

El descanso intrajornada (art. 34.4 ET) supone un período mínimo de inactividad, no inferior a 15 minutos, cuando la jornada diaria exceda de 6 horas, incrementado a 30 si la jornada supera las 4,5 en caso de menores de 18 años[5]. Es el denominado “descanso del bocadillo” que, salvo pacto en contrario, no es de trabajo efectivo ni remunerado, pudiendo recuperarse. Sin abordar ahora si su disfrute transforma el régimen de jornada continuada en jornada partida, la fijación de un período referencial tan amplio como el de 6 horas para que este descanso mínimo sea obligatorio se relaciona con la mayor flexibilidad que puede darse en la distribución del tiempo de trabajo y la pérdida de la cualidad de límite absoluto de jornadas ordinarias diarias de un máximo de 9 horas, de suerte que, pudiendo prestarse actividad durante 12 horas al día, se obliga al disfrute de un descanso en la mitad de la jornada máxima.

[5] Régimen más concreto que el previsto en el art. 4 Dir. 2003/88 que, más allá de obligar a su disfrute en jornadas diarias superiores a las 6 horas, deja libertad a los Estados miembros para determinar, por vía de negociación colectiva o, en su defecto, legislación nacional, sus modalidades, duración y condiciones de concesión, permitiendo también excepciones a su aplicación mediante convenios colectivos (art. 18).

Este elemento no obsta la más amplia flexibilidad en la ordenación del tiempo de trabajo, porque su duración mínima apenas afecta a las posibilidades flexibilizadoras y porque no existe límite alguno a su colocación dentro de la jornada diaria. Pero es común, por convenio o, en su defecto, autonomía individual o poder de dirección empresarial, condicionar el momento de su utilización a las necesidades de la actividad, para asegurar su no interrupción, coordinando los descansos de los trabajadores sin alterar el ciclo productivo. Menos justificadas, si no ilegales, son otras previsiones convencionales que permiten, por iguales circunstancias, prolongar los tramos de trabajo ininterrumpido, en detrimento de esta pausa, a cambio de una compensación salarial. Tales cláusulas, además de afectar a derechos de descanso indisponibles que, aunque de breve duración, garantizan una interrupción protectora y recuperadora del trabajador, derivan de una deficiente programación del tiempo de trabajo por parte de la empresa, que debiera contar con mecanismos alternativos capaces de responder a las necesidades técnicas del ciclo productivo. Si la pausa es de corta duración, puede justificarse la inocuidad de su supresión y su sustitución por un equivalente económico, pero ello introduce una mala praxis que, eludiendo una planificación horaria racional, puede contagiarse a otras instituciones más aflictivas de los derechos de los trabajadores.

El **descanso semanal** comprende día y medio ininterrumpido –ampliado a un mínimo de 2 días consecutivos para los menores de 18 años (art. 37.1 ET)–, que incluye la tarde del sábado o la mañana del lunes y el domingo completo, aunque el pacto individual o colectivo puede implantar un sistema diverso, permitiéndose, además, su acumulación por períodos de hasta 14 días –regulación también afectada, mediante ampliaciones o reducciones en actividades concretas, por el RDJET, para atender a las peculiaridades de la prestación en determinados sectores (art. 37.1.2º ET)[6]–. Nuestra normativa es adecuada, pues las excepciones por razones objetivas debieran cubrirse por el RDJET, no existiendo otro interés capaz de variar la regla general, ni siquiera por la negociación colectiva, ni prevalente sobre la naturaleza recuperatoria y la función protectora a que responde el descanso semanal, ya bastante flexible en su posibilidad acumulativa por períodos de 14 días.

La más relevante posibilidad distributiva del tiempo de trabajo de esta institución es la eventual acumulación en períodos de 14 días, pues presupone la posibilidad de eliminar el descanso semanal compensándolo, con períodos equivalentes, en tramos temporales más prolongados. Se convierte, así, en útil instrumento de adaptación a las necesidades de las empresas e intereses de los trabajadores, dado que ese recurso acumulativo se abre tanto al convenio colectivo como al propio contrato de trabajo y, a falta de ambos, al poder directivo empresarial. Las razones que justifican este descanso no varían de las que

[6] De nuevo la legislación interna es más favorable que la europea, cuyo art. 5 Dir. 2003/88 reconoce, en general, un descanso semanal de 35 horas frente a nuestras 36, admitiendo además, si se basa en circunstancias objetivas, técnicas o de organización, su reducción a 24, junto a otras excepciones que abren posibilidades acumulativas varias y aun pérdida del derecho al descanso si, por razones objetivas, es imposible su concesión (art. 18).

explican los restantes regulados en el ET –recuperación de la capacidad laboral y protección del trabajador–, pero el legislador parece entender que tales objetivos no se defraudan por traspasar el módulo semanal y aplicar ese tramo referencial superior, aun cuando han de considerarse especialmente, sobre todo en defecto de convenio, las necesarias garantías de seguridad y salud en el trabajo. Las cautelas acrecen cuando prescindir del descanso durante una semana se acompaña, en tal período, de jornadas diarias prolongadas que aumentan la fatiga del trabajador y recomiendan medidas recuperatorias. Las necesidades empresariales deben acompasarse, entonces, a la obligada protección del trabajador mediante ritmos de trabajo que no supongan un sobreesfuerzo capaz de arriesgar bienes jurídicos superiores; sin olvidar, tampoco, otra faceta ineludible del descanso semanal que cuestionarían soluciones de este tipo, como la conciliación de la vida laboral y personal, que podría resentirse gravemente de no disponerse de espacios temporales suficientes y adecuados en el reiterado tramo de 14 días laborales.

Aquí la negociación colectiva cumple un importante rol, pues limita esta posibilidad ordenadora a causas justificadas por la empresa o aun queridas por los trabajadores, aunque, en este caso, han de arbitrarse las cautelas necesarias para que la aceptación del trabajador de la acumulación del descanso semanal no encubra una imposición consentida por el temor a sufrir un perjuicio laboral. Pero la autonomía colectiva no suele actuar con carácter distributivo sobre el descanso semanal, siendo más frecuentes las mejoras del régimen legal que incrementan hasta 2 días consecutivos su duración, excepto en actividades no susceptibles de interrupción. También comienzan a proliferar los contenidos negociables que dejan un amplio margen de discrecionalidad a la empresa en la determinación de los períodos de disfrute, alterando, con causa justificada y, generalmente, comunicación a los representantes de los trabajadores, los días previstos con carácter ordinario, así como la extensión a los fines de semana del período de actividad laboral para ciclos productivos ininterrumpidos. Menos entendibles son otras referencias que implican, de nuevo, una efectiva merma del tiempo de descanso semanal, sustituido por compensación económica; aun condicionado a necesidades técnicas, el recurso a esta medida, salvo perentoriedad o fuerza mayor imprevisible, reflejaría una deficiente organización laboral o una inadecuada gestión del tiempo de trabajo. Con un componente claramente flexibilizador y distributivo, algunos convenios conectan el descanso semanal con el horario flexible en idéntico módulo, de modo que, respetado el mínimo legal, prevén la sustitución de parte del descanso semanal con jornadas también semanales diversas, como trabajar menos de lunes a viernes si se trabaja el sábado por la mañana o viceversa.

Dentro del régimen legal, nueva vía de flexibilidad es, acumulaciones aparte, la propia elección de los días de descanso semanal, pues la referencia legal al descanso dominical, unido a la tarde del sábado o mañana del lunes, sólo opera como regla indicativa. Dentro del calendario laboral, si la empresa tiene ciclo productivo todos los días de la semana, nada obsta trasladar ese período de descanso a días distintos de los señalados, si son consecutivos, disfrutándose de un día entero sumado a la mitad del anterior o posterior.

Opción de la que también hay ejemplos en la negociación colectiva.
En conclusión, el descanso semanal, sin introducir rigideces en la ordenación del tiempo de trabajo, facilita de forma suficiente su distribución y gestión flexible. Pero, analizado conjuntamente con la duración de la jornada de trabajo semanal a la que suele venir referenciado, y no sometida esta última a límites máximos por el juego redistributivo de la negociación colectiva y aun del contrato de trabajo en los términos vistos, pueden verse afectados negativamente los derechos del trabajador. Sustituir el descanso de una semana por su acumulación con el de la siguiente cuando se realizan jornadas diarias superiores a las 9 horas, o jornadas semanales que exceden de las 40, como límites legales ordinarios a falta de pacto en contrario, desvirtúa claramente la finalidad recuperatoria, protectora y de respeto al tiempo extralaboral que presupone el descanso. Cabe reclamar de la autonomía colectiva la fijación de límites a la libre disposición del descanso mínimo de día y medio ininterrumpido para su concentración en períodos superiores a la semana cuando siguen a jornadas superiores a las 40 horas semanales, que debieran servir de referencia para no sumar una doble penosidad laboral, la que deriva de un tiempo de trabajo superior y un descanso inferior por diferido.

Las **fiestas laborales**, retribuidas y no recuperables, no dejan margen a la flexibilidad; su poco elástica ordenación sólo pretende asegurar al trabajador su disfrute por razones de arraigo histórico. Por ello no hay excepciones o modulaciones a esta regulación imperativa, salvo la del art. 47 RD 2001/1983, vigente por DD Única RDJET, para sustituir dicho descanso en otros momentos o compensarlo mediante salario incrementado en un 75% de las horas trabajadas, de existir razones técnicas u organizativas que impidan disfrutar el día de fiesta correspondiente. La negociación colectiva puede mejorar los mínimos estatales, como sucede a menudo, aunque también cabe el posible ejercicio de poderes directivos del empresario en la determinación de este régimen sustitutivo de las fiestas laborales o compensatorio de su carácter laboral, en una materia conocida anualmente a través del calendario laboral, sobre el que los representantes de los trabajadores deben ser consultados y emitir informe previo [DA 3ª.a) RDJET]. Su naturaleza, sujeta a un régimen de excepcionalidad y causalidad, les resta capacidad distributiva o reordenadora del tiempo de trabajo, pese a que el fundamento protector y recuperatorio para el trabajador es aquí menos visible, lo que avalaría mayores modulaciones, de no ser por los aludidos motivos de arraigo y conciliación de la vida laboral y familiar, especialmente caso de tener hijos en edad escolar, cuya atención casi siempre reclama la plena coincidencia de las fiestas escolares y laborales. Con todo, sería de interés que la negociación colectiva ofreciera un uso más flexible, no de las fiestas laborales en sí, sino de su prolongación a días anteriores o sucesivos que, a modo de “puentes”, y con el carácter de días recuperables, pudieran satisfacer demandas de descanso más largo.

Las **vacaciones anuales** son el período de inactividad retribuido por año de trabajo que garantiza la necesaria recuperación del trabajador en tramos más prolongados y equivalentes a un mínimo de 30 días, mejorable por convenio o contrato. De ahí su imposible sustitución por compensación económica, salvo cese en la prestación de la

actividad laboral antes de su disfrute o en contratos temporales de duración inferior al año, dado que las vacaciones sólo se devengan cubierto ese período; y su obligado disfrute dentro de cada año natural, sin posible acumulación con las del año siguiente[7]. Las vacaciones no admiten excepciones por vía de la negociación colectiva, con lo que su efectivo disfrute está más asegurado que en el resto de supuestos, conforme a su finalidad intrínseca y la más fácil modulación del momento de su disfrute, que no debe suponer obstáculo alguno a la gestión empresarial.

El art. 38 ET silencia si el descanso anual ha de disfrutarse de forma ininterrumpida o cabe su fraccionamiento, con límites o sin ellos, frente a la regulación precedente, que impedía fraccionar más allá de dos tramos su duración total –aun cuando los tribunales admitieron fracciones superiores si estaban previstas en convenio–, seguramente en la idea de que una excesiva ruptura de su disfrute continuado desvirtúa su finalidad protectora de la salud del trabajador y recuperadora del esfuerzo laboral previo efectuado a lo largo de todo un año. Nada obsta, pues, la modulación, aparentemente sin topes, de los períodos de disfrute de vacaciones, ni en cuanto al momento en que se accede a los mismos dentro del año natural, ni respecto a sus eventuales fraccionamientos, aun cuando parece obligado interpretar, *ex* arts. 8.2 y 13 Conv. OIT núm. 132, que fraccionar por períodos inferiores a las dos semanas requiere pacto colectivo o individual, excluida la decisión unilateral del empresario. Los convenios colectivos excepcionalmente garantizan el disfrute ininterrumpido del período vacacional, aunque casi siempre reconocen dos semanas mínimas consecutivas, dividiendo los restantes tramos conforme a pautas más específicas cuanto más próximas al nivel empresarial.

Caben, pues, múltiples combinaciones sobre el disfrute del descanso anual, que no niegan, a falta de acuerdo en contrario, la facultad empresarial para su determinación, lo que permite atender a la actividad productiva, con tal de que, en tal caso, se elabore el oportuno calendario de vacaciones y el trabajador conozca las fechas de su disfrute con 2 meses mínimos de antelación (art. 38.3 ET). Todo ello sin perjuicio de la eventual impugnación judicial de la decisión empresarial o convencional si el trabajador muestra desacuerdo, en los términos previstos en los arts. 125 y 126 LPL.

El período o períodos de disfrute de las vacaciones se fijan, en fin, de común acuerdo entre empresario y trabajador, conforme a lo previsto, en su caso, en los convenios colectivos sobre su planificación anual (art. 38.2 ET), siendo lícita la fijación unilateral por la empresa sólo de no alcanzarse acuerdo individual. En consecuencia, las posibilidades de gestión flexible de las vacaciones y, por ende, de la jornada de trabajo anual, son, en principio, ilimitadas, tanto en la determinación del momento de su disfrute cuanto en la propia modalidad, ininterrumpida o fraccionada, de su actualización. Se asegura así, si la empresa tiene actividad continua todo el año y no cierra sus instalaciones en fechas ciertas, adaptar

[7] Regulación más favorable que la contenida en el art. 7 Dir. 2003/88, que reconoce una duración algo inferior, equivalente a un mínimo de 4 semanas, 28 días, por tanto, frente a nuestros 30.

los diferentes períodos vacacionales a las necesidades productivas y aun modificar los inicialmente previstos, de existir razones justificadas o acuerdo individual o colectivo.

El resultado final es una clara simplificación en la regulación legal de las vacaciones, de suerte que la autonomía individual y colectiva disponen de amplio margen de maniobra para atender tanto a necesidades empresariales y productivas, especialmente en unidades con procesos productivos continuos, complejos o estacionales condicionantes de la concesión del descanso en período estival o de coordinación de los períodos de disfrute, como también a intereses de los propios trabajadores, de mayor cabida aquí que en otros aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, dado el carácter de fuente principal para su determinación del contrato de trabajo. Porque la parcial desregulación legal no lo es ahora en favor de la autonomía colectiva sino de la autonomía individual, dado que las vacaciones afectan, más que a un interés colectivo de los trabajadores, a intereses individuales y a exigencias de la empresa susceptibles de defenderse mediante el contrato de trabajo.

Por ello, sin negar al convenio su capacidad de ordenación en este ámbito, dicho instrumento no debiera negar la posibilidad de que, por acuerdo entre empresario y trabajador, se alcancen otros resultados que, sin alterar la esencia y equilibrio de la regulación convencional, faciliten ajustes a las exigencias individuales, si se introducen las necesarias cautelas que impidan auténticas imposiciones unilaterales del empresario disfrazadas de acuerdo, por la debilidad negociadora del trabajador, u otras opciones que desvirtúen la función de las vacaciones. Es discutible aquí que lo colectivo deba primar en todo caso sobre lo individual, estando en juego intereses que sólo el trabajador puede legítimamente hacer valer. Así lo entiende la negociación colectiva, que establece fórmulas de asignación individual de vacaciones en períodos de referencia más o menos determinados, siempre que la actividad empresarial lo permita, lo que justifica excluir, en ocasiones, ciertas fechas coincidentes con el incremento de la actividad productiva.

Es de obligada referencia aquí la conciliación de la vida familiar y laboral de los trabajadores. El disfrute de vacaciones, dentro de los límites fijados por las propias peculiaridades empresariales que quedan a salvo y condicionan aquel disfrute, se convierte en un campo de juego abonado para el desarrollo de medidas garantistas. Pensar en quienes tienen hijos en edad escolar, que requieren una coordinación especial del período vacacional de ambos progenitores –su coincidencia o a veces, incluso, la no coincidencia, para atender a las obligaciones familiares–, parejas cuyas vacaciones se desea disfrutar simultáneamente o circunstancias similares, da muestra fehaciente de intereses que no han de despreciarse ni tienen por qué colisionar con las exigencias empresariales o las de otros trabajadores. Pero también son atendibles otras circunstancias, como cursar estudios o preparar exámenes, como alternativa a los permisos sin sueldo. Así, se evidencia la virtualidad de este descanso y de su determinación para afectar positiva o negativamente a los intereses individuales de los trabajadores, máxime a la luz de las amplias posibilidades ordenadoras que permite nuestra legislación y que no debieran infrautilizarse.

4. Las interrupciones, por razones subjetivas, de la jornada de trabajo debida

Nuestra normativa reconoce, en circunstancias de tipo personal o subjetivo legalmente tasadas, permisos de duración variable y obligada concesión por el empresario que eximen al trabajador de prestar su trabajo debido sin afectación salarial. Contemplados en el art. 37.3, 4 y 4 *bis* ET, pero también en el art. 23.1 ET, la autonomía individual o colectiva puede sumar otras interrupciones o ampliar la duración de las ya previstas. Estos permisos suelen carecer de virtualidad distributiva del tiempo de trabajo, respondiendo, más que a razones de flexibilidad o gestión elástica de la jornada laboral, a la simple garantía del derecho del trabajador a no prestar trabajo cuando se actualizan las concretas situaciones fijadas, prevaleciendo razones de tipo personal sobre el sinalagma contractual que exigiría la prestación laboral en dichos momentos. Así, los supuestos previstos en los arts. 37.3.a) a f) y 23.1.a) ET no son instrumentos aptos para utilizarse con carácter flexibilizador, porque el momento de su disfrute no puede elegirse, quedando condicionado a la concurrencia de las causas descritas, debidamente justificadas y preavisadas al empresario.

Caso diverso es el de los permisos previstos en el art. 37.4 y 4 *bis* ET, relativos a la hora de ausencia, divisible en dos fracciones, por motivos de lactancia de un menor de 9 meses –sustituible, a voluntad del titular del permiso, por media hora de reducción de jornada– o una hora de ausencia en los casos de nacimiento de hijos prematuros o que deban permanecer hospitalizados tras el parto (por igual causa, cabe una reducción de jornada de hasta 2 horas, con disminución proporcional, ahora sí, del salario). En ambas situaciones, en principio, el trabajador dispone de pleno margen de decisión sobre la concreción horaria y la determinación del período de su disfrute dentro de su jornada ordinaria, con el solo requisito de preavisar al empresario, con una antelación mínima de 15 días, la fecha en que se reincorporará a su régimen habitual, resolviéndose las posibles discrepancias que puedan plantearse con el empresario mediante el procedimiento judicial del art. 138 *bis* LPL. Y excepción hecha, también, de la interpretación que se viene haciendo de que la ausencia ha de ser a lo largo de la jornada diaria, en cualquier momento una vez iniciada y antes de su finalización, excluidos, pues, los tramos que supongan entrar más tarde o salir antes, que serían supuestos de reducción de jornada.

Esta solución resta al trabajador posibilidades ordenadoras de su jornada laboral; en el caso de la lactancia porque la opción por la reducción se penaliza con la pérdida de media hora, y, en ambos casos, porque se niega la que, probablemente, es opción más favorable a los

fines de atender más eficazmente al objeto de protección. Todo ello sin que se justifique este régimen en una presunta mayor onerosidad o más compleja respuesta organizativa que para el empresario supondría la libre elección por el trabajador del tramo de ausencia dentro de la jornada laboral ya iniciada y a la que deberá reincorporarse o el equivalente en reducción de jornada; precisamente la ausencia puede llegar a ser la fórmula menos eficiente y funcional para el empleador o de más compleja coordinación con las restantes prestaciones laborales. Pero, siendo el régimen legal un mínimo mejorable, nada impide al convenio colectivo o al acuerdo individual concretar el disfrute de los permisos en las franjas horarias que mejor compaginen los intereses implicados; aun cuando, tratándose del convenio, debiera quedar a salvo la posibilidad de que el trabajador tenga margen de elección, sin constreñir su decisión por una norma colectiva que vendría a disponer de un derecho individual reconocido por circunstancias extralaborales o de carácter personal, que aquella debiera respetar y favorecer, y nunca limitar. Ni siquiera en estos dos últimos casos, en que la elección del horario de disfrute del derecho corresponde al trabajador, se abren posibilidades ordenadoras de su tiempo de trabajo que equilibren las habituales técnicas puestas a disposición, en general, de la satisfacción de las exigencias productivas o de las necesidades empresariales. Aquellas primeras fórmulas se ligan a circunstancias muy concretas y con duraciones predeterminadas y breves, salvo que la eventual opción por la reducción de jornada que algunas de esas situaciones incorporan sí pueda desplegar una mayor capacidad distributiva. El interés de estos permisos radica en evidenciar la consideración de aspectos puramente subjetivos del trabajador, ajenos a su actividad laboral, como causas que legitiman variaciones, aunque mínimas, en la jornada pactada. Son expresión, pues, de la intención legal de conciliar vida laboral y familiar, o aspectos de la privacidad del trabajador susceptibles de modular sus condiciones de trabajo, concretamente, el tiempo de su prestación; pero más allá de ese objetivo, apenas dejan espacio a una autogestión del tiempo de trabajo en defensa de intereses de los trabajadores, de sus preferencias o necesidades, aun en caso de darse los presupuestos previstos.

Lo anterior debiera augurar una mayor atención de la negociación colectiva a la previsión de cláusulas que, asegurando la menor limitación posible a la articulación de los recursos legales señalados, ampliara sus capacidades, incorporando a esta condición de trabajo, y con carácter de normalidad, expresiones genuinas de la previsión y regulación de intereses individuales compatibles con el empleo y las peculiaridades empresariales. Siendo múltiples las posibilidades, su reconocimiento es todavía muy pobre, como muestra el análisis de la negociación colectiva. Excepción a la regla general es la interesante manifestación de estas potencialidades en la SAN 29 mar. 04 (AS 823), que declara conforme a las previsiones legales las estipulaciones del convenio colectivo de Aldeasa (2003-2006) sobre acumulación de los permisos por lactancia mediante la concesión del disfrute de un mes retribuido, entendiendo que la norma legal no quiere restringir, sino ampliar, las posibilidades de los padres para el cuidado de sus hijos, máxime si la previsión convencional supera claramente el número de horas concedidas por el art. 37.4 ET. Argumento al que cabe sumar que esta fórmula puede resultar menos distorsionadora de la actividad empresarial y, por ende, más favorable a los intereses del empleador.

5. El horario de trabajo

La distribución de los períodos de trabajo y descanso dentro de la jornada laboral, fijando los momentos de inicio y finalización de la misma, así como, en su caso, de los descansos intermedios, aunque sin referencia legal, es imprescindible para concretar día a día la duración de la jornada y la distribución de los días laborables y no laborables; ello permite al empresario organizar su sistema productivo y al trabajador conocer con certeza su tiempo de trabajo y su obligación de prestación. El horario se fija, en principio, por el empresario, sin perjuicio de lo pactado en convenio colectivo, siendo condición esencial del contrato, cuya variación queda sujeta al régimen de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo (art. 41 ET).

5.1 Horario rígido *versus* horario flexible: la irregularidad horaria como instrumento básico de autogestión del tiempo de trabajo

Existe una amplia tipología de horarios que abarca desde el horario rígido, sin margen alguno de elección del trabajador, hasta las diversas modalidades de horario flexible. Esta genérica e imprecisa denominación encuadra un conjunto de posibilidades ordenadoras del tiempo de prestación diaria de trabajo que incluye desde la simple y pura eliminación de las normas relativas a la puntualidad, que excluyen las consecuencias jurídicas derivadas de su incumplimiento, hasta la más amplia autoorganización del tiempo de trabajo diario por parte del propio trabajador. Entre ambos extremos, la gama de matices intermedios presenta una riqueza que aconseja, bien una pluralización del concepto, susceptible de enmarcar bajo la denominación de horario flexible todo el espectro implícitamente aludido, bien su clarificación, lo que pasa por moldear los perfiles básicos de la categoría conceptual, expulsando de la misma aquellas figuras jurídicas que, siendo afines, no se acomoden a los elementos característicos que le son propios.

La indeterminación del concepto de horario flexible obliga a concretarlo por contraposición al de horario rígido, determinado por la generalizada obligación de los trabajadores de atender a la prestación de su trabajo dentro de módulos temporales predeterminados e invariables. Justamente es este último elemento, o mejor, su ausencia, el que nos aproxima al concepto de flexibilidad horaria, que supone, en definitiva, cierta capacidad de concreción por parte del trabajador de los momentos temporales en que procederá a ejecutar su prestación. Así, es horario flexible aquel en el que el trabajador

es libre para determinar los momentos inicial y final de la prestación diaria de trabajo, siendo obligado, en todo caso, respetar determinados módulos temporales de presencia efectiva rígidamente predeterminados, así como cumplir la jornada de trabajo legal o convencionalmente establecida para períodos de tiempo más amplios. Ello significa que el horario flexible es susceptible de descomponerse en, cuando menos, dos tramos temporales de naturaleza diversa: el llamado tronco común o tiempo rígido, en el que se ha de producir obligatoriamente una prestación simultánea de todos los trabajadores sujetos a tal régimen horario, y el conformado por las gráficamente llamadas "puntas de flexibilidad", períodos más o menos amplios en los que, libremente, el trabajador puede incorporarse o abandonar el trabajo. Respetado el primero, el trabajador puede realizar una prestación diaria de trabajo superior o inferior a la obligatoria, siempre que cubra esta última en períodos de tiempo más prolongados, como la semana, el mes u otros.

Se diferencia de los llamados **horarios flotantes**, cuyo elemento característico es la posibilidad de que el trabajador elija el momento de entrada al trabajo dentro de un margen predeterminado, pero condicionado a la obligación de mantenerse en el mismo el número de horas fijado como jornada diaria; el derecho a incorporarse dentro del módulo de referencia no obsta la obligación de cumplir el horario diario completo, constituyendo más que una gestión flexible del propio tiempo de trabajo una mera flexibilidad de entrada. Los **horarios fijos variables** son otra modalidad horaria que, imprecisamente, se encuadra bajo el concepto de horario flexible, pues el ofrecimiento por parte del empresario de una pluralidad de horarios, de entre los que el trabajador elige libremente, implica que el elegido se convierte en obligatorio, con independencia del período de tiempo para el que se efectúe la opción, eliminando toda posibilidad de autogestión ulterior. Este tipo de horario "a la carta", pese a su eventual variabilidad, presenta más puntos de conexión con el horario rígido que con el horario flexible en su acepción más estricta, pues la libertad de opción del trabajador sobre el horario a realizar se produce en un único instante, aunque, en ese momento originario, las capacidades de adaptación del horario elegido a los intereses individuales del trabajador son superiores a las que ofrece el horario rígido.

En el extremo contrario, la expresión máxima del horario flexible se encuentra en el llamado **horario libre**, en el que el trabajador administra y gestiona su tiempo de trabajo, de suerte que el resultado que de él se espera se obtiene en períodos temporales autoadministrados. El elemento diferencial radica aquí en que el llamado tronco común, característico del horario flexible, es prescindible en el libre. Ello no significa que el trabajador no esté obligado a prestar un tiempo de actividad determinado transcurridos los períodos de referencia de que se trate, sino que, dentro de tales tramos, ningún momento es inicialmente exigible como de trabajo, proporcionándose así las más amplias dosis de autogestión horaria y, con ello, la más asequible conciliación, sin condición distinta del cumplimiento del tiempo de trabajo pactado, entre vida profesional y personal. Pese a todo, tanto el horario flexible como el libre quedan sujetos a las normas imperativas relativas a los descansos interjornada, diario, semanal y anual, límites infran-

queables a la determinación del tiempo de trabajo, sometiendo su distribución cualitativa al respeto de tales reglas indisponibles.

De los diferentes grados de flexibilidad que permiten a los trabajadores los modelos de horario expuestos para la elección de los tiempos de trabajo y no trabajo depende, en buena medida, la consecución del mayor o menor nivel de conciliación de sus intereses personales o extralaborales con la vida profesional; a mayores cotas de flexibilidad horaria en manos de los trabajadores mayor será también la satisfacción de sus necesidades y la adaptación del trabajo a sus circunstancias particulares. Así, la jornada flexible es la muestra más perfecta del trabajador dueño de su propio tiempo, no extrañando que, en la IV ENCT, dicha modalidad, en sus diferentes variantes y cuando merecen realmente ese calificativo, sea la que mejor representa la consecución de un empleo de calidad, aunque sólo el 24,3% de los encuestados dice disfrutarlo.

Pero el horario, pese a su clara vocación flexibilizadora en favor de los trabajadores, no puede analizarse sólo, ni principalmente, desde la perspectiva laboral, tratándose de una condición contractual fuertemente afectada por la propia organización empresarial, en especial, por la mayor o menor prolongación de sus horas productivas dentro del día, semana, mes o año, así como por la propia exigencia de coordinación de las diversas prestaciones laborales; porque los horarios excesivamente individualizados dificultan la gestión del trabajo y exigen una planificación organizacional más compleja. Por ello, todo lo que hace atractivo a los trabajadores el horario flexible lo convierte en igual medida en enojoso o complejo para las empresas, incluso cuando las franjas temporales de actividad productiva dejen amplios márgenes a la diversificación horaria. Dentro de la necesaria adecuación de los diversos horarios a los ritmos de trabajo y de la coordinación de los tiempos de presencia y no presencia de los empleados que aseguren la continuidad productiva, las empresas han de entender que este modelo atiende también a intereses empresariales dignos de consideración.

La generalización de esta figura en actividades y sectores en los que su implantación es factible, junto al señalado mayor nivel de satisfacción de los trabajadores, tiene efectos potencialmente positivos para las empresas: eliminación del nivel de ausencias al trabajo por motivos personales, incidiendo favorablemente sobre el absentismo laboral; incremento de la productividad, consecuencia de esa mayor satisfacción laboral y de la eliminación de tiempos muertos; o reducción del número de horas extraordinarias. Lo anterior pasa por corregir inconvenientes y problemas organizativos, como la inversión en sistemas de control adecuados, y aun por superar sentimientos de discriminación entre los trabajadores cuando no se produce una implantación generalizada. Inconvenientes de carácter organizativo, económico y aun psicológico que, en ocasiones, derivan de las propias insuficiencias o ambigüedades de su implantación convencional, pero que no empecen las indudables ventajas del modelo que, también extramuros de la propia organización productiva, genera beneficios sociales. Así, puede contribuirse a la mejora de las condiciones del tráfico en las grandes ciudades y de acceso y salida de las mismas,

aspectos siempre recordados al tratar esta cuestión, y que podrían determinar a su vez otros efectos indirectos con repercusión económica más general.

Con todo, la posibilidad de implantar este tipo de sistemas de horario flexible se muestra interdependiente de algunos condicionantes previos que dan el verdadero alcance de su operatividad:

a) Está fuertemente afectado por el sector de actividad de que se trate; dispone de espacio suficiente y adecuado en el caso de los servicios y aun de la agricultura que, por su propia naturaleza, disponen de horas productivas semanales muy por encima de la jornada semanal y cuentan con fórmulas ordenadoras capaces de articular sin grandes dificultades los diferentes tiempos de trabajo, siendo menos relevante en el sector industrial.

b) Es más factible su implantación cuanto mayor sea la autonomía de las actividades dentro del ciclo productivo, por no requerir una interdependencia con tareas distintas dentro de la misma empresa o aun con otras de empresas diferentes con las que interactúan; una organización productiva de tipo taylorista se compadece mal con sistemas de flexibilidad horaria.

c) Es de más fácil acomodo cuanto más prolongadas sean las jornadas, hasta el punto de que, como media, trabajan más horas a la semana quienes disponen de trabajo flexible que quienes se someten a sistemas de horario laboral rígido, en una suerte de juego de compensaciones.

d) Encaja mejor en actividades en las que cuenta más la calidad del trabajo que su cantidad, interesando más los objetivos y resultados previstos que el tiempo invertido en su consecución; por ello, los trabajos que incorporan valor añadido al producto o servicio o actividades de tipo intelectual son más proclives a este tipo de fórmulas, mientras que la flexibilidad horaria exige instrumentos de control y coordinación empresarial más costosos en los demás supuestos.

En nuestra práctica convencional no son abundantes –aunque hay ejemplos significativos– los convenios colectivos que introducen fórmulas de verdadera autogestión por los trabajadores de su tiempo de trabajo, siendo muy superiores los recursos de este tipo en favor de las empresas. Suelen limitarse a reconocer cierta flexibilidad y variabilidad de los horarios de entrada y salida, respetando franjas diarias de presencia obligatoria, casi siempre sin modificar la jornada diaria; más raros son los que permiten convertir el régimen ordinario de jornada partida en continuada, o viceversa, sujetándose la opción del trabajador a su compatibilidad con las necesidades del servicio. Tampoco faltan ejemplos que facilitan la elección por el trabajador de jornadas semanales diversas de la común, dando lugar tanto a semanas reducidas –lunes a viernes, sustituyendo el sábado por más horas en esos otros días, o aun lunes a jueves, compensando las horas dejadas de trabajar

el viernes por una mayor jornada diaria– como más prolongadas. De ahí la recomendación (véase en capítulo 11) de que la negociación colectiva profundice en este tipo de contenidos, en especial a nivel empresarial, más cercano a las singularidades de la actividad productiva, allí donde se den las condiciones adecuadas para su implantación sin merma de la productividad, potenciando un recurso flexibilizador en favor de los trabajadores realmente satisfactorio, que de la medida de un empleo de calidad. Sirve, además, como factor reequilibrador de las amplias capacidades de determinación variable del tiempo de trabajo que tienen los empresarios y las muy escasas dispuestas para los trabajadores.

5.2 El trabajo a turnos como fórmula de flexibilidad empresarial

Esta forma de organización del trabajo en equipo, que implica para el trabajador la necesidad de prestar sus servicios en horas diferentes en un período determinado de días o semanas (art. 36.3 ET), tiene como única limitación legal específica que, en empresas con procesos productivos continuos durante las 24 horas del día, ha de rotarse en los turnos y ningún trabajador ha de estar en el de noche más de 2 semanas consecutivas, salvo adscripción voluntaria, pues ello supone sumar a la penosidad de la turnicidad la añadida de la nocturnidad. Regla protectora de los derechos del trabajador, a la que se añade la previsión de que el medio día del descanso semanal mínimo pueda acumularse por períodos de hasta 4 semanas o separarse del día completo para su disfrute otro día de la semana, si así lo requiere la organización del trabajo (art. 19 RDJET). Esta forma de trabajo –la más temprana modalidad de flexibilidad empresarial en la gestión del tiempo del trabajo– quiso congeniarse, desde sus orígenes, con los innegables efectos negativos que, desde la perspectiva de la calidad del empleo, representa para los trabajadores, al romper los ritmos biológicos y sociales habituales. Aquí la colisión no se produce sólo entre los dos elementos que pone en juego la determinación variable de la jornada laboral por el empleador –tiempo de trabajo y de no trabajo–, añadiéndose un tercero, el tiempo biológico, con lo que el sobreesfuerzo y mayor fatiga están prácticamente asegurados.

Por ello, las ventajas que el sistema ofrece a la gestión empresarial debieran compensarse, del lado de los trabajadores, con contrapartidas laborales capaces de superar tales inconvenientes, aunque la negociación colectiva suele conformarse con el mero reconocimiento de complementos salariales de turnicidad, que ni agotan las posibilidades compensatorias ni eliminan el menor grado de bienestar del trabajador. Pudiera pensarse en sustituir la mayor compensación económica por mayor tiempo de descanso, a imagen de las horas extraordinarias y, como en su caso, en una proporción no equivalente, sino superior, o aun diseñar sistemas mixtos que equilibraran la proporción entre retribución y descanso.

No parece que el trabajo a turnos suponga ventajas al trabajador en la gestión de su tiempo de trabajo, destacando su vertiente de flexibilidad empresarial, al permitir

continuar la actividad productiva en tiempo no estándar o completar los tramos de horas que el trabajo que no responde a este sistema deja sin cubrir, ampliando las horas productivas. Se evidencia especialmente en aquellas actividades que permiten disponer de recursos humanos para cubrir actividades que no se interrumpen o que disponen de horarios de apertura y atención al público o usuarios muy por encima de la jornada diaria pactada, como sucede en el sector servicios, y, en particular, en el comercio y hostelería. Además, el trabajo a turnos puede servir de instrumento flexibilizador del tiempo de trabajo de quienes no prestan actividad bajo el régimen de turnicidad, cubriendo jornadas atípicas, y hasta hacer desaparecer con frecuencia el carácter rotativo que constituye la esencia de este sistema, pese a reservarse esa posibilidad cuando existen necesidades productivas que así lo demandan. En estos casos, es esperable que la negociación colectiva precise la determinación de los turnos y las condiciones a que debe someterse su variabilidad y rotación, fijando controles tanto más necesarios por estar en juego bienes jurídicos del más alto nivel.

6. Las horas extraordinarias y su virtualidad como instrumento de distribución flexible del tiempo de trabajo

La distribución flexible del tiempo de trabajo suele resultar de la actuación conjunta de diversas instituciones ordenadoras, la mayoría residenciadas en sede convencional y otras vía contractual, sin perjuicio de las modalizaciones incorporadas en la norma colectiva a la que la autonomía individual está sujeta. Este solapamiento de técnicas distributivas del tiempo de trabajo deja sentir sus efectos de forma singular en la función flexibilizadora de las horas extraordinarias, porque actúa ahora, frente a regulaciones precedentes, sobre una delimitación de la jornada ordinaria ya intrínsecamente flexible y abierta a márgenes para su distribución por la negociación colectiva. Siendo hora extraordinaria la realizada por encima de la jornada máxima diaria legal o pactada y potencialmente irregular a lo largo del año, aquélla carece, en principio, de una determinación apriorística tan asequible como la que era tradicional, atendiendo ahora su concreción a la previa distribución de la jornada máxima anual. Es decir, la verdadera cualidad de hora extraordinaria es consecuencia refleja del régimen convencional que establece la duración y distribución de la jornada ordinaria, único módulo para fijar la frontera entre horas ordinarias y extraordinarias de trabajo, y cualquiera que sea la modalidad que adopten estas últimas.

La anualización de la jornada ordinaria y el carácter disponible de su reparto en ese período hace de las horas extraordinarias compensadas en salario un mecanismo de pura ampliación de la jornada, condicionada al mero acuerdo de las partes y al respeto del máximo anual. En efecto, opera una restricción directa que limita el número de las realizadas al año, una indirecta que actúa a través del respeto a los descansos mínimos y otra relativa a la imposible superación de jornadas semanales, ordinarias o extraordinarias, de más de 48 horas [art. 6.b) Dir. 2003/88, cuyo art. 18 impide su disposición por convenio colectivo, salvadas las excepciones que la legislación de los Estados miembros contemplen por las características de la actividad realizada (art. 17), que deben entenderse realizadas en nuestro derecho interno por RDJET]. En cambio, si son compensadas en descanso, la aparente ampliación mediante horas extraordinarias se convierte, de hecho, en mera redistribución de la jornada, no ya por autonomía colectiva, sino individual, sin perjuicio de modalizaciones colectivas; a salvo estas últimas, la voluntariedad de las horas extraordinarias determina que su exigencia por el empresario deriva de su poder de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, conforme al

art. 41 ET. Sobre estas premisas, que evidencian la funcionalización de este instrumento a la mayor disponibilidad sobre el tiempo de trabajo, ha de abordarse el análisis de las horas extraordinarias, la valoración de su razón de ser y de sus potencialidades.

Aunque este ámbito está abierto a la acción normativa convencional, ésta se actualiza en un paradójico efecto que une a las frecuentes intenciones declaradas de eliminar la realización de horas extraordinarias, como fórmula a la que se liga la creación de empleo –si bien raramente vinculada a cláusulas correlativas de garantía o mejora del mismo–, una no menos intensa regulación que, de hecho, legitima y perpetúa su existencia sin apenas incorporar límites o reducciones sobre las previsiones legales. De ahí que, dentro de los márgenes del convenio, y mediante el acuerdo entre empresario y trabajador, las horas extraordinarias, especialmente si son compensadas en descanso alternativo, por su aludido efecto conversor de la jornada extraordinaria en ordinaria y sus mayores márgenes distributivos, se muestren como un mecanismo particularmente apto para adaptar el tiempo de trabajo a las necesidades empresariales, ofreciendo a las unidades productivas múltiples posibilidades de distribución dinámica del tiempo de trabajo capaces de romper los límites genéricos de la jornada diaria, semanal o anual. En definitiva, cabe utilizar las horas extraordinarias como fórmulas, en general no causalizadas, de ampliación de la jornada en módulos predeterminados, reconociendo al empleador un cupo de horas de libre disposición, en el mejor de los casos dentro de los topes reconocidos por el convenio en cuanto a los períodos de referencia –máximo de horas al día, a la semana o en tramos superiores–. Resultado, todo ello, de una regulación legal que entrega al convenio colectivo y, en su defecto, al contrato individual la fijación del régimen aplicable a este instituto.

El art. 35 ET establece una genérica remisión a aquellos otros instrumentos, fijando una regla subsidiaria de compensación de las horas extraordinarias y un límite, en este caso infranqueable, al número de las retribuidas en salario por trabajador y año, añadiendo alguna referencia de política de empleo y, finalmente, exigencias de formalización y abono, imponiendo también la prohibición de su realización a los menores (art. 6.3 ET) y en horario nocturno, salvo excepciones y con límites cuantitativos y causas justificadas (arts. 36.1 ET y 32 RDJET). Además, la norma estatal diferencia entre horas extraordinarias voluntarias y obligatorias. Las primeras, no causales, son fruto de la voluntad concertada de trabajador y empresario, sin que quepa exigirlas mutuamente salvo pacto en contrato o convenio; la ausencia de causalidad demuestra que su razón de ser no es la atención a necesidades perentorias o exigencias objetivas, pasando a actuar como fórmula adicional de distribución del tiempo de trabajo. Las obligatorias, sometidas a causalidad –prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes–, no admiten la negativa del trabajador a su realización, prevaleciendo sobre su voluntad el interés empresarial, sin perjuicio de su compensación como horas extraordinarias y su no cómputo en el máximo anual ni en la duración máxima de la jornada ordinaria. Su excepcionalidad justifica este régimen peculiar al que, por razones distintas, se asimilan las horas extraordinarias compensadas en descanso alternativo.

La principal singularidad de las horas extraordinarias, donde radica su mayor virtualidad distributiva y flexibilizadora del tiempo de trabajo, está en una de sus modalidades compensatorias. La ley, dejando libertad a la autonomía individual o colectiva en la elección de la fórmula de compensación en salario en la cuantía que se fije, no necesariamente superior a la retribución de la hora ordinaria, o en descanso, establece una preferencia clara por este segundo sistema, presumiéndose *ex lege*, a falta de pacto en contrario, la compensación de la hora extraordinaria en descanso dentro de los 4 meses siguientes a su realización. La opción no es neutra, teniendo consecuencias a las que no son ajenos planteamientos de política de empleo y de gestión flexible del tiempo de trabajo, claramente interconectados, pues si las horas pagadas en metálico están sujetas al tope anual de 80 por trabajador, no computan a tales efectos las compensadas en descanso.

La razón es clara. En tanto las horas pagadas en salario amplían la jornada de trabajo legal o pactada, lo que significa que ese exceso de trabajo podría cubrirse mediante contrataciones de trabajadores, las retribuidas en descansos alternativos dejan el tiempo total de trabajo intacto, siendo reflejo exclusivo de una diversa colocación de la prestación debida que, en general, responderá a exigencias productivas que demandan mayor actividad laboral en determinados momentos, compensables con una inferior en otros de prestación de trabajo menos intensa. Ello reafirma la función meramente distributiva de esta segunda modalidad de horas extraordinarias, que elude la crítica dirigida a su realización como medio que sustituye la contratación de trabajadores; en cambio, si las horas se compensan en descanso, no hay más empleo neto, sino el mismo repartido en módulos diversos. Aquí la hora extraordinaria transforma su cualidad, comportándose como ordinaria –aunque su compensación admita descansos superiores a su estricta equivalencia–, evidenciando su naturaleza distributiva del tiempo de trabajo sin alterar el *quantum*, con la particularidad de que dicha capacidad de gestión flexible no corresponde a la autonomía colectiva sino individual, sometida, desde luego, a la regulación convencional que, en su caso, exista.

De ahí la opción legal preferente de las horas extraordinarias compensadas en descanso. De una parte, permite a las empresas hacer frente, de manera inmediata y sin costes adicionales, a puntas de demanda o imprevistos productivos que no han podido planificarse en la ordenación general del tiempo de trabajo; tampoco crece la masa salarial, pues no variando la duración de la prestación debida no se altera el salario, ni se tiene que hacer frente al mayor coste que podría suponer una nueva contratación para la cobertura de esa necesidad –además de la eventual menor inmediatez de esta respuesta– o la retribución de horas extraordinarias que, además del salario que llevan aparejado, que puede superar al de la hora ordinaria, se ven penalizadas mediante cotizaciones sociales. De otra, las horas extraordinarias compensadas en descanso carecen de efectos en la lucha contra el desempleo, pues no cabe aplicar aquí la máxima de que la hora extraordinaria no trabajada sería sustituible por una hora de trabajo de un nuevo empleado, al no haber incremento del tiempo de trabajo total. La cualidad de las horas

extraordinarias como medida de política de empleo (art. 35.2.3º ET) sólo se despliega respecto de las horas extraordinarias compensadas en salario. Aunque hay quien cuestiona que éstas, de sustituirse por puestos de trabajo a tiempo parcial, tuvieran incidencia relevante en las cifras de desempleo, lo cierto es que, cuando se trata de horas compensadas en descansos, aquel debate decrece en interés.

Este régimen, de indudables ventajas para la gestión elástica del tiempo de trabajo sin incidencia sobre los costes laborales, no conjura algunos problemas que la negociación colectiva debiera abordar con respuestas no sólo flexibles, sino eficaces:

a) Careciendo de límite legal alguno, salvo el respeto a los descansos interjornadas y semanal, una distribución del tiempo de trabajo debido completamente libre mediante la utilización de este instrumento podría degenerar en la exigencia de ritmos de trabajo susceptibles de afectar la seguridad y salud laboral y el adecuado equilibrio entre trabajo y tiempo libre. La negociación colectiva debiera establecer, pues, garantías de que el aumento de la duración de jornadas laborales diarias o semanales se sometiera a ciertos límites cuantitativos, para que la disponibilidad de su colocación por parte de la empresa no afectara a los derechos de los trabajadores.

b) En ausencia de justificación debidamente prevista, aun generosa, en la negociación colectiva, la utilización de esa posibilidad ordenadora debería asegurar, en todo caso, la voluntariedad del trabajador en su realización, pues tiene derecho a conocer de antemano los momentos en que su prestación es debida, sin quedar incondicionadamente expuesto a alteraciones que pueden perjudicarle. Además, una ilimitada capacidad empresarial para sustituir horas de trabajo por encima de la jornada pactada en tramos ciertos, más allá de la aceptación voluntaria del trabajador, que podría en tal caso hacer valer intereses personales, puede traducir una deficiente o inadecuada planificación anual del tiempo de trabajo, recomendando la utilización de otras alternativas flexibilizadoras o distributivas mejor resueltas en sede convencional y con carácter colectivo. Si no, el fundamento de las horas extraordinarias se desvirtúa, resultando una genérica capacidad ampliatoria y distributiva de la jornada por vías marginales de gestión individualizada sustitutiva de una programación general a lo largo del año atenta a las circunstancias productivas. Con todo, suele preverse convencionalmente una “bolsa de horas” a disposición del empresario que vincula al trabajador en tanto prevista en tal instrumento, excluyendo la negativa a su realización.

c) La suma de mecanismos superpuestos de gestión flexible de carácter individual y colectivo no debe dar al traste con los necesarios límites a su utilización, anulándose mutuamente por su juego conjunto y acumulativo. A tal fin, sería adecuado someter a causalidad la realización de horas extraordinarias que computan, por ser canjeadas en descansos, como jornada ordinaria, para eliminar

utilizaciones abusivas o perjudiciales para los trabajadores por parte de las empresas en uso de su total discrecionalidad, máxime cuando las respuestas a las necesidades de estas últimas ya cuentan con suficientes medios alternativos más participados y garantistas de la posición individual.

d) Debiera incrementarse el reconocimiento de una bolsa de horas a disposición ahora del trabajador, para satisfacer sus intereses personales y hacer valer su derecho a una gestión flexible del tiempo de trabajo pactado, que equilibre otras vías distributivas dirigidas a la exclusiva atención de necesidades empresariales y dentro, claro está, de los márgenes que estas últimas permitan y a las que preferentemente responden las fórmulas flexibilizadoras como garantía de un mejor comportamiento del empleo, del aumento de la productividad de las empresas y del incremento de la utilización de los equipamientos productivos. Ello serviría para introducir cierta flexibilidad horaria, cuando ese no es el sistema que opera en la empresa, sin generar inconvenientes en su actividad, mediante cambios puntuales de la jornada diaria, semanal o en períodos de referencia superiores que ni modifican la jornada ordinaria ni alteran la ordenación del tiempo de trabajo prevista. Una nueva vía de satisfacer los intereses de los trabajadores en la gestión de la jornada laboral se aseguraría mediante alguna fórmula de elección de los tiempos de descanso que compensen las horas extraordinarias realizadas, reequilibrando la flexibilidad que obtiene la empresa en su utilización con la satisfacción de intereses extralaborales del trabajador.

Tampoco están al margen del debate sobre las horas extraordinarias las que, efectivamente realizadas, ni se compensan en descansos ni son retribuidas. Horas extraordinarias opacas u ocultas que, trabajadas más allá de la jornada ordinaria legal o pactada, obligan a los trabajadores, contra su voluntad, por la habitual fórmula de la presión más o menos burda del empleador, hasta el punto de llegar a convertirse en usos de empresa que crean convicción acerca de su obligatoriedad (en la IV ENCT, el 24,3% de los entrevistados dice que es habitual la prolongación de su jornada laboral sin compensación económica). La convocatoria de reuniones fuera del horario normal, la presencia en los centros de trabajo durante horas muy por encima de las obligadas por la presunta mala imagen que parece derivarse del cumplimiento estricto de los horarios previstos, la prestación de más actividad para sustituir a trabajadores ausentes cuyos puestos no se cubren por otras vías o fórmulas similares son prácticas extendidas en nuestro modelo productivo, en especial, en determinados sectores y entre ciertos colectivos de trabajadores. Prácticas que, sobre suponer un abierto incumplimiento legal y una clara merma de los derechos del trabajador, no se justifican en razones de aumento de la productividad, provocando efectos negativos en el nivel y calidad de empleo, y pérdida de ingresos de la Seguridad Social, pues tales horas extraordinarias ni cotizan como tales, ni como jornada ordinaria, al no remunerarse. Los controles internos, por los representantes de los trabajadores, y externos, por la actuación de la Inspección de Trabajo, son imprescindibles para su eliminación, porque, previsiblemente, los

trabajadores ni se niegan a su realización ni reclaman el salario correspondiente a las mismas, por temor a sufrir un perjuicio laboral o perder otras ventajas que aquel régimen puede llevar aparejadas. Intervención más necesaria cuando están en juego intereses públicos y políticas de empleo –lucha contra el desempleo y precarización de condiciones de trabajo– desbordados por este tipo de hábitos, inutilizando cualesquiera medidas flexibilizadoras que intenten asegurar razonables márgenes de maniobra a las empresas para su mejor adaptación a los procesos económicos y productivos.

Como propuesta de modificación se defiende la eliminación de las horas extraordinarias retribuidas en salario, en los términos recogidos anteriormente en el Resumen Ejecutivo, propuesta que abundaría en el deseo expresado por los agentes sociales en el ANC 2005 sobre "limitación de las horas extraordinarias que no son estrictamente necesarias", en el marco de una gestión flexible del tiempo de trabajo. Ello significa modificar el régimen legal de las horas extraordinarias voluntarias y retribuidas, haciendo prevalecer la causa, cuya ausencia debiera excluirlas, sobre el carácter concertado entre empresario y trabajador. Puede resultar políticamente incorrecto, por afectar, en ocasiones, intereses legítimos de los trabajadores que encuentran en su realización una suerte de sobresueldo que completa su salario insuficiente e incrementa su nivel adquisitivo, pero es congruente con las declaraciones públicas que formalmente propugnan su minoración o completa eliminación y aun con el propósito de avanzar hacia la reducción global del tiempo de trabajo. Además, al margen de las que responden a fuerza mayor, si se reconducen todas las abonadas en salario a una indispensable causalidad, como hacen ciertos convenios aun de forma generosamente amplia o ambigua, ni tiene por qué perjudicarse la respuesta de las empresas a exigencias productivas que no han podido ser planificadas y atendidas por otros medios distributivos del tiempo de trabajo, ni tienen por qué producir efectos especialmente onerosos en los trabajadores, dado su tope anual.

Más globalmente, la adopción de esta medida permitiría valorar efectivamente su grado de influencia sobre el empleo, evitando la utilización de una fórmula que, teóricamente, resta posibilidades de colocación a los trabajadores desempleados. Sin olvidar que el mero hecho de la compensación económica de las horas extraordinarias, normalmente superior a la de la hora ordinaria, ya presupone el sobreesfuerzo laboral y su posible afectación a la salud del trabajador o, simplemente, a su vida extralaboral. Añádase, en fin, que si esta medida flexibilizadora se justificaba cuando las empresas no disponían de recursos alternativos para adecuar la duración de la prestación laboral a los ritmos de trabajo o a las exigencias coyunturales de las unidades productivas, permitiendo eludir las presuntas rigideces de la ordenación de la jornada, hoy carece de sentido si está descausalizada, al contarse con recursos colectivos de ampliación de la jornada en sus diferentes módulos y de distribución de tiempos de trabajo y descanso adecuados y dirigidos a esa misma finalidad.

Tal medida, ya apuntada en el art. 35.2 ET, encontraría en los acuerdos interconfederales su más idóneo espacio regulador, para su posterior traslado a la negociación colectiva a

todos los niveles, garantizando su mayor aceptación por empresas y trabajadores y permitiendo arbitrar medidas efectivas que vincularan en esos ámbitos la eliminación de las horas extraordinarias a la generación de puestos de trabajo o a la mejora del empleo existente, conversión de trabajo a tiempo parcial en tiempo completo o conversión de trabajo temporal en indefinido, por ejemplo. Pero no sería desproporcionado que, entre tanto, la ley, sin eliminar radicalmente su realización, exigiera su justificación en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción susceptibles de ser contrastadas, a imagen de otras medidas laborales, y a salvo de mayor especificación del convenio. Aparente rigidez sobradamente compensada con los restantes instrumentos legales de gestión flexible del tiempo de trabajo.

7. Las jornadas de trabajo atípicas

La atipicidad atribuida a la jornada laboral alude a prestación laboral de menor duración que la pactada por razones personales o familiares que afectan al trabajador o concertada inicialmente a tiempo parcial, en este caso, bien por interés del trabajador de poner a disposición del empleador menos tiempo de trabajo, bien por necesidades de la empresa que no requiere una prestación a tiempo completo. Aun siendo más que apreciables las diferencias entre ambos modelos de atipicidad de jornada, y resultando muy superior el carácter de elemento distributivo y flexibilizador del tiempo de trabajo en la última, ambas fórmulas comparten su carácter reductor del tiempo de trabajo, desenvolviéndose la prestación laboral en tramos temporales inferiores en duración a la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable; aunque ese elemento se produce sobrevenidamente en el primer caso, mediante la oportuna modificación contractual justificada en causas preestablecidas, y originariamente en el segundo, por contratarse *ab initio* una jornada parcial.

7.1 La reducción de jornada en favor del trabajador

Existen causas que legitiman una disminución del tiempo de trabajo contratado, en concepto de derecho del trabajador, cuya concesión resulta exigible al empresario. Sobre el contenido contractual prevalecen intereses individuales capaces de modificar, en las circunstancias previstas, las condiciones de trabajo y la duración de la prestación debida. Son, pues, reducciones de jornada singularizadas, diversas de las jornadas especiales limitadas contempladas en el RDJET por las particularidades objetivas de la actividad en cuestión, no de quien lo presta, y que recomiendan tiempos de trabajo menos prolongados y descansos más amplios para compensar la mayor penosidad o peligrosidad que representaría para la salud del trabajador la aplicación de las normas generales previstas legalmente en relación con la jornada.

Al margen de la aludida reducción de jornada por lactancia, el resto de supuestos implica una disminución retributiva proporcional al tiempo de trabajo dejado de prestar. Su fundamento radica en que el interés del trabajador parece entenderse suficientemente satisfecho con la mera posibilidad de adaptación de su jornada, sin trasladar al empresario, más allá de la obligada aplicación de las nuevas condiciones laborales y los

ajustes organizativos que ello determine, el coste añadido que representaría hacerse cargo de retribuir la parte de jornada cedida por razones extralaborales. Esta regulación, ya se dijo, es el más claro exponente legal de la conciliación de intereses laborales y extralaborales –no sólo de carácter familiar, los preferentemente atendidos–, en un equilibrio que pretende compatibilizar la prestación laboral y la atención por el trabajador de otros intereses ajenos al trabajo, pero condicionantes del mismo y merecedores de capacidades reordenadoras. El resultado es una modificación del contrato de trabajo, pero por decisión del trabajador y de carácter temporal, no definitivo, en tanto permanezcan las condiciones definidoras, sin perder aquél el derecho a retornar, con preaviso, a su normalidad horaria.

El primer supuesto –lactancia del hijo biológico o adoptivo menor de 9 meses– se concreta en la disminución en media hora diaria de la jornada aplicable, cuya concreción horaria corresponde al titular del derecho (art. 37.4 ET). La escasa entidad reductora, la propia causa –pese a la literalidad legal, la misma atiende también al cuidado y atención del menor en su sentido más amplio– y la limitación de su ejercicio hasta, como máximo, los 9 meses de aquél confirman su leve capacidad ordenadora del tiempo de trabajo. La ley pudo ser más generosa con este derecho, no sólo ampliando su duración diaria –recuérdese que se penaliza esta modalidad disminuyendo en media hora la duración de la ausencia por idéntica causa–, sino extendiendo el tiempo de disfrute hasta una edad superior del menor. En las actuales condiciones, la regulación puede encubrir una retórica declaración de intenciones conciliadoras de vida familiar y laboral, de contenido más simbólico que real para cumplir el declarado objeto de protección. El régimen descrito no obsta para que, por convenio o contrato, se mejoren las previsiones legales, en versiones ampliatorias de la duración de la reducción o de su extensión en el tiempo más allá del período señalado y, sobre todo, en modalidades de disfrute que aseguren mayor capacidad de autogestión de los trabajadores de su jornada laboral; concentrar en períodos concretos el disfrute del total de las horas reducibles, uniéndolas sin solución de continuidad al descanso por maternidad, u otras combinaciones que eliminen el límite diario o faciliten su acumulación en tramos diversos podrían resultar más útiles y efectivamente conciliadoras de los intereses profesionales y personales del trabajador que el régimen legal. Pero la negociación colectiva, con alguna excepción, no ha desplegado aún toda su potencialidad, contrastando con el reconocimiento de mayores cotas de flexibilidad cuando se atiende a circunstancias relativas a las empresas.

El segundo supuesto atiende a la posible disminución de hasta 2 horas de la jornada de trabajo por motivos de hospitalización tras el parto del hijo nacido prematuramente o por cualquier otra causa (art. 37.4 *bis* ET). Aquí no hay duración preestablecida del período en el que cabe prolongar la reducción del tiempo de trabajo, aunque coincidirá con la hospitalización del neonato, pudiendo dificultar el ejercicio de la obligación de preavisar al empresario con 15 días de antelación a la fecha en que el trabajador se reincorporará a la normalidad horaria que es común a todas estas figuras (art. 37.6 ET), por la más compleja determinación del momento en que desaparecerá la causa justificativa de la

reducción. Pese a su positiva valoración como mecanismo que permite una más asequible acomodación de la prestación laboral a la situación familiar descrita, lo cierto es que, como en el caso anterior, tampoco presupone dosis apreciables de autogestión del trabajador, más allá de la inicial concreción horaria de su disfrute dentro de la jornada diaria y la determinación del *quantum* de la reducción con un máximo de 2 horas; jornada diaria a la que, aunque no expresamente señalado, parece referirse el módulo temporal sobre el que la ley aplica el tiempo de reducción. La causa es tan excepcional como para negar cualquier margen a la utilización de la figura con finalidad flexibilizadora o distributiva del tiempo de trabajo por intereses personales del trabajador.

También para este específico caso hay que estimular a la negociación colectiva a ampliar cuantas posibilidades ordenadoras permitan modelos de disfrute en combinaciones o sobre módulos diversos de la jornada diaria, si ello favorece la conciliación de la vida laboral y familiar. Sobre todo si se advierte que el ejercicio de este derecho individual podría recomendar, para coordinar los intereses de ambos progenitores, más que reducciones diarias, su acumulación en períodos ininterrumpidos por módulos semanales u otros. Ello tampoco debe implicar ahora especiales dificultades organizativas en la empresa, porque, aun pudiendo éstas quedar a salvo, la excepcional naturaleza de la causa justificativa no representaría especial conflicto de intereses, quedando expedita la vía jurisdiccional *ex* art. 138 *bis* LPL para resolver las discrepancias.

También está legalmente amparada la reducción en caso de guarda legal con cuidado directo de menores de 6 años, de minusválidos que no desempeñen actividad retribuida o de familiares hasta el segundo grado de consaguinidad o afinidad que, por edad, accidente o enfermedad, no puedan desenvolverse por sí mismos ni realicen actividad retribuida, con derecho del trabajador a disminuir su jornada entre un tercio y la mitad de su duración (art. 37.5 ET). En el primer caso, la duración del derecho a la reducción está limitada por la edad del menor, mientras que en los restantes la misma es, en principio, incierta, aunque se mantiene en tanto persistan las condiciones descritas y siempre que el trabajador en cuestión no decida antes poner fin a la reducción.

Al margen la excepcionalidad de la causa, parece más elástica que en los supuestos anteriores la capacidad ordenadora de que dispone el trabajador para concretar el disfrute del derecho, por la mayor amplitud de la reducción, siendo predicables, también ahora, los argumentos ya esgrimidos que recomiendan interpretar su más extensa posibilidad de elección, compatible con las necesidades empresariales, de los períodos de disfrute diarios, semanales o superiores adecuados a su situación familiar. Aun no tratándose de una institución absolutamente abierta a la posible prevalencia en la empresa de intereses personales del trabajador capaces de alterar el tiempo de trabajo pactado por su sola voluntad, pues está causalizada y no caben situaciones diversas, salvo mejora convencional o contractual, es indiscutible que, tanto por la causa como por el régimen de reducción previsto, es la expresión legal más favorecedora y menos restringida de conciliación de la vida familiar y laboral de los trabajadores. Esta figura se convierte, así,

en un instrumento útil a los fines de implantar políticas igualitaristas y eliminar dificultades en el empleo de las mujeres, destinatarias naturales de tales medidas, quienes, por su abrumadoramente mayoritaria asunción de responsabilidades familiares, encuentran aquí una buena fórmula de permanecer en el mercado de trabajo sin renunciar a la atención de los hijos y de la familia, cuya difícil conciliación con la prestación laboral a tiempo completo podría tentar al abandono del puesto de trabajo. Se asegura, así, el disfrute de su derecho a trabajar menos tiempo, manteniendo intacta la posibilidad de retornar a las condiciones de trabajo originarias cuando cesa la causa justificativa.

Un nuevo supuesto de reducción de jornada es el que reconoce el derecho a su adaptación para asistir a cursos de formación profesional [art. 23.1.b) ET]. Aparentemente, es una causa dispuesta estrictamente en favor del trabajador y de carácter personal, ahora por razones formativas, imponiendo al empresario pasar por una eventual adaptación de la jornada pactada, que incluiría su reducción, pero también otras fórmulas distributivas diversas para favorecer la cualificación del trabajador. La formación que permite disfrutar de esta facilidad ordenadora del tiempo de trabajo, a diferencia de lo previsto en el art. 23.1.a) ET, está ligada a la actividad laboral, con lo que los efectos más incisivos sobre la relación contractual que determina se explican, justamente, por el presunto mayor aprovechamiento empresarial, que difumina el solo interés extralaboral y privado del trabajador en el desenvolvimiento de esta fórmula distributiva del tiempo de trabajo; aunque no cabe deducir que tal formación deba proporcionarse por la empresa, recomendarse por ella o que el empleador vaya a obtener alguna ventaja, bastando la constatación de ese carácter profesional.

De admitirse esta fórmula reductora de la jornada laboral, la consecuencia será la correspondiente disminución proporcional del salario, lo que aleja esta facilidad formativa –que pretende conciliar la actividad laboral con la mejora de los conocimientos de los trabajadores– de otras concreciones del derecho del trabajador a su formación dentro de la empresa, que imponen mayores obligaciones al empresario para su consecución, tales como el seguimiento de enseñanzas o la realización de prácticas en materia de seguridad y salud en el trabajo, con la consideración, a todos los efectos, de tiempo de trabajo (arts. 19.4 ET y 19.2 LPRL, concretados, para las ETT, en los arts. 12 LETT y 3 RD 216/1999). Estas no son formulas distributivas del tiempo de trabajo, inalterado en su *quantum* aun cuando realmente no se preste actividad –la formación se equipara a trabajo efectivo–, respondiendo la modificación horaria únicamente a la imposibilidad de seguir la formación obligatoria dentro de las franjas que definen la jornada laboral ordinaria. Su eventual carácter flexibilizador carece, pues, de sentido propio en estos casos.

En conclusión, generalmente las propuestas de otorgar mayor flexibilidad a las reducciones por motivos personales resultan de constatar que parecen muy escasas las previsiones ordenadoras o distributivas del tiempo de trabajo reconocidas en la autonomía colectiva, y es de suponer que en los contratos individuales, por voluntad del

trabajador o en favor de sus intereses. Siendo así, es adecuado dar a las expresiones legales que atienden a esas causas la máxima virtualidad flexibilizadora posible por decisión del trabajador, otorgándole diversas opciones entre las que elegir en función de sus particulares circunstancias y necesidades. En la medida en que la ordenación del tiempo de trabajo otorgue mayores márgenes a la autogestión por el trabajador de su jornada laboral, compatible con las exigencias empresariales, menor será la necesidad de agrandar el espacio de fórmulas causalizadas en las razones antevistas, porque la elasticidad temporal podrá aplicarse en cualesquiera momentos y por cualesquiera motivos. Entre tanto, ha de asegurarse, al menos, que las razones familiares o formativas expuestas se garanticen al máximo como elementos modificativos del tiempo de trabajo, otorgando al trabajador la mayor capacidad de opción compatible con las exigencias organizativas de la empresa que faciliten la conciliación de su vida profesional y privada, cuyo logro debe quedar remitido principalmente a su voluntad.

7.2 El trabajo a tiempo parcial

La última y muy específica fórmula de reducción del tiempo de trabajo, no sobrevenida sino concertada *ab initio* por acuerdo entre empresario y trabajador, es el contrato a tiempo parcial (art. 12 ET), cuyo objeto es prestar una actividad de duración inferior a la jornada a tiempo completo de referencia. Es la medida flexibilizadora de la ordenación del tiempo de trabajo por excelencia, susceptible de atender a intereses personales de los trabajadores y, más común, a exigencias de las empresas, presentando caracteres singulares que recomiendan su atención individualizada. Y es que, salvo supuestos de novación contractual que transformen por voluntad de las partes el contrato a tiempo completo en contrato a tiempo parcial, no supone, a diferencia de figuras ya analizadas, modificar la jornada laboral pactada para adaptarla a las circunstancias personales del trabajador y con derecho a retornar a las condiciones originales, sino que tales intereses personales o ya han sido considerados antes de la celebración del contrato, modulando el tiempo de trabajo, o han sido ignorados para satisfacer exclusivamente las necesidades organizativas empresariales.

La figura contractual permite un amplio margen de distribución flexible del tiempo de trabajo, por la amplitud de posibilidades reductoras de la jornada comúnmente aplicable en la empresa y los diversos módulos temporales sobre los que cabe referenciar la prestación debida, apenas sometida a más limitaciones legales que las indispensables para garantizar que no se transforme en un instrumento de injustificada precariedad laboral. Su naturaleza flexible y acomodaticia permite sustituir por completo la articulación de otras medidas distributivas previamente planificadas.

Teóricamente es complejo encuadrar esta figura en las fórmulas de flexibilidad del tiempo de trabajo en favor del empresario o del trabajador. Es un mecanismo adecuado

de satisfacción de intereses de los trabajadores que desean realizar una actividad laboral de menor intensidad para disponer de más tiempo libre que dedicar a otro tipo de tareas. Siempre se ha destacado la funcionalidad de estos contratos para atender a las peculiaridades laborales de los jóvenes que compaginan estudios y trabajo, de los mayores ya cercanos a la jubilación, para favorecer un tránsito menos traumático de la vida activa a la inactiva y, en fin, con todas las enojosas connotaciones sexistas que ello determina, de las mujeres que pueden más fácilmente conciliar vida familiar y laboral, quienes, como principales sustentadoras sociales de las cargas domésticas y familiares, reclaman menor jornada laboral. En todo caso, esta flexibilidad del lado de los trabajadores como explicación de la modalidad contractual pasa por confirmar que el trabajo a tiempo parcial es una medida buscada y querida por ellos, voluntariamente aceptada y no impuesta como única alternativa laboral; especialmente cuando se advierte que el empleo a tiempo parcial suele ir acompañado de peores condiciones de trabajo o de empleo de inferior calidad (temporalidad, salario más bajo, menores posibilidades de formación y promoción profesional o menor integración en la empresa). Trabajo a tiempo parcial es sinónimo de precariedad laboral, acrecentada, además, por estar vinculada a colectivos de trabajadores con especial debilidad en la relación de trabajo y menores posibilidades de defender sus intereses y hacer valer los elementos positivos que el contrato a tiempo parcial pudiera reportar.

En el plano de las políticas antidiscriminatorias, el hecho de que el trabajo a tiempo parcial esté inevitablemente asociado a las mujeres –más del 80%–, junto a la peor calidad de este tipo de empleo, potencia la discriminación por razón de sexo en las relaciones laborales, perpetuando las desigualdades. Y, a la inversa, la discriminación de la mujer en el mundo del trabajo es susceptible de explicar, en iguales condiciones, que el contrato a tiempo parcial disponga de salarios y condiciones laborales de inferior calidad. Es decir, la asociación de mujer y trabajo a tiempo parcial es simultáneamente causa y consecuencia de la precariedad de este contrato y de la discriminación por razón de género en el empleo. Las reglas legales que regulan este contrato no pueden prescindir de la realidad sociológica subyacente, conciliando intereses de flexibilidad laboral y de igualdad capaces de eliminar el prejuicio fundado de que el trabajador a tiempo parcial, que suele serlo temporal, es un trabajador de segunda categoría cuyo empleo resulta de peor calidad. La propia Dir. 97/81/CE señala en su Preámbulo y cláusula 1, como objetivo de su regulación, la supresión de las discriminaciones de que son objeto los trabajadores a tiempo parcial y la mejora de la calidad de su empleo, pretendiendo conciliar el desarrollo de la voluntariedad de este contrato con la organización flexible del tiempo de trabajo a que también sirve, sobre una base aceptable para trabajadores y empresarios.

El trabajo a tiempo parcial es un instrumento de flexibilidad empresarial, generalmente resultado de la opción del empleador, para suplir las eventuales carencias distributivas del tiempo de trabajo no alcanzadas mediante otros recursos. Lo que se confirma si se advierte que este contrato está escasamente limitado por la legislación en su capacidad ordenadora del tiempo de trabajo contratado, tanto cuantitativa como cualitativamente.

Cuantitativamente, porque no existe límite mínimo o máximo a la duración de la jornada laboral, más allá del tope que significa disponer de una jornada inferior a la de un trabajador a tiempo completo comparable, con la sola excepción de la jubilación parcial y, en su caso, el contrato de relevo (art. 12.6 ET). Este elemento introduce flexibilidad, porque permite contratar actividad laboral para cualquier tiempo de trabajo que no alcance el equivalente a tiempo completo, pudiendo incluso sumarse en previsión de necesidades empresariales futuras una bolsa de horas complementarias, para ampliar, sin equipararse al contrato a tiempo completo, el total de horas pactadas.

Cualitativamente, porque cabe una distribución irregular de ese tiempo de trabajo contratado, trabajando menos horas al día, a la semana, al mes o al año que un trabajador a tiempo completo comparable, lo que rompe la normalidad horaria en esos tramos, amplificando las posibilidades ordenadoras del empleador. Éste puede ocupar con el contrato a tiempo parcial franjas horarias de actividad productiva no cubiertas con trabajadores a tiempo completo y suplir las limitaciones distributivas que operen respecto de estos últimos. Pero existen ciertos límites:

a) La distribución horaria debe reflejarse en el contrato [art. 12.4.a) ET], para que se conozca por el trabajador el tiempo obligado de su prestación, careciendo el empresario de plena disponibilidad sobre el total de tiempo contratado. Ello introduce cierta regularidad de la actividad laboral, sólo alterable por la vía de las horas complementarias, exigibles, salvo previsiones explícitas del convenio o del propio pacto individual que las compromete, en cualquier momento distinto, con preaviso de su realización con 7 días de antelación o plazo convencional diverso [art. 12.5.d) ET]; no es infrecuente encontrar en la negociación colectiva preavisos de tan sólo 48 horas.

b) Si la jornada diaria del trabajador a tiempo parcial es inferior a la de los trabajadores a tiempo completo y adopta la modalidad de jornada partida, cabe, salvo disposición convencional en contra, una única interrupción [art. 12.4.b) ET]. Limitación de la más plena libertad de elección de la empresa del horario diario exigible que asegura el equilibrio contractual, evitando imponer al trabajador tramos temporales fragmentados sin límite dentro de un mismo día que harían especialmente penosa u onerosa la prestación, por lo que hay que recomendar a la negociación colectiva que sólo en circunstancias realmente justificadas sean posibles excepciones a esta regla.

c) El respeto a los límites genéricos que se derivan para toda prestación en materia de jornada y descansos, conforme a los arts. 34 y ss. ET.

d) Las horas complementarias, verdadero exponente flexibilizador de un contrato ya flexible en su configuración legal para permitir jornadas de trabajo variables, posibles en el contrato indefinido, hasta el 15% de las horas ordinarias de trabajo contratadas, o del 60% si está previsto en convenio.

Respecto de estas últimas, la ley elude mantener una interesante previsión dirigida a la consolidación de las horas complementarias en horas ordinarias, ampliando de forma progresiva, y salvo renuncia del trabajador, el tiempo de trabajo a tiempo parcial contratado[8]. Este sistema, no especialmente gravoso para el empresario, se entendió desincentivador de la conclusión de tal pacto, en perjuicio de las claras ventajas que reporta para los trabajadores que ya lo han suscrito, máxime si queda asegurado su consentimiento. Esta regla se compadece fielmente y es coherente con otros ineludibles aspectos del trabajo a tiempo parcial. De un lado, la señalada insatisfacción de la mayoría de los trabajadores contratados por esta modalidad, que preferirían estarlo a tiempo completo y que, por esta vía, podrían ampliar la duración de su jornada, aun en porcentajes del total del tiempo de trabajo ordinario poco significativos, y obtener una mayor retribución. De otro, las intenciones declaradas de promover la transferencia de los trabajadores a tiempo parcial a un trabajo a tiempo completo o de incremento de su tiempo de trabajo si se presenta esta posibilidad [cláusula 5.3.b) Dir. 97/81 y art. 12.4.e) ET].

Lo expuesto avala la propuesta, formulada en el Resumen Ejecutivo, de recuperar este sistema de consolidación de las horas complementarias, por cierto, factible ya, pese al silencio legal, si la negociación colectiva lo ampara. Y aun haciéndolo de modo más generoso hasta permitir, con la necesaria garantía de las circunstancias empresariales, la ampliación de la jornada ordinaria hasta el total de las horas pactadas y efectivamente realizadas. Porque, si se evidencia que las horas complementarias vienen siendo exigidas en períodos suficientemente prolongados, se prueba que la jornada deja de ser complementaria para convertirse en ordinaria. Tal modelo reequilibraría en este contrato los intereses empresariales a que preferentemente sirve –porque el empleador siempre puede exigir horas adicionales si están contratadas– con los de los trabajadores, cuando estos últimos están dispuestos a trabajar más tiempo, pero no pueden exigirlo del empresario.

En favor de los trabajadores, y a efectos de facilitar su gestión del tiempo de trabajo, no puede ignorarse que el contrato a tiempo parcial supone una buena medida para satisfacer intereses de conciliación del tiempo de trabajo y no trabajo. La norma europea y la interna promueven tanto la conversión del trabajo a tiempo parcial en trabajo a tiempo

[8] La redacción dada por RD-L 15/1998 permitía consolidar una porción de las horas complementarias pactadas, modificando la jornada ordinaria a tiempo parcial contratada originalmente, a la que se sumaba el tiempo consolidado, convertido en exigible para ambas partes, de existir consentimiento del trabajador en ampliar el tiempo de trabajo hasta el máximo o sólo parte de las horas consolidables en los 3 meses anteriores a la consolidación. Dicha modificación de jornada se producía en 2 tramos: 1º) en los 2 primeros años posteriores al pacto de horas complementarias, permitía consolidar y sumar a la jornada ordinaria hasta el 30% de la media anual de las horas complementarias realizadas en ese período; 2º) para los 2 años siguientes, se podía consolidar hasta el 50% de esa misma media anual. Una cierta normalidad de su realización justificaba su eventual conversión en jornada ordinaria. En estas circunstancias, la consolidación de esa parte de jornada no alteraba el pacto de horas complementarias, que se mantenía en sus propios términos.

completo, lo que puede cubrir el deseo de muchos trabajadores de ampliar, hasta la jornada normal, sus momentos de actividad laboral, como la situación inversa, asegurando, en ambos casos, el carácter voluntario para el trabajador y la imposibilidad de sufrir perjuicio laboral por su negativa a tal conversión. Para ello, el empresario ha de informar a los trabajadores sobre la existencia de puestos de trabajo vacantes de una u otra condición al objeto de poder formular solicitudes de transformación contractual, remitiéndose al convenio colectivo el establecimiento de los procedimientos oportunos.

En lo que aquí interesa, no tratándose de reconocer al trabajador distribuciones cualitativas de su tiempo de trabajo, sino meros ajustes cuantitativos del mismo en las condiciones que permita la organización productiva, se amplían las posibilidades reductoras de la jornada laboral más allá de las causas tasadas en el art. 37 ET. Así, se aumenta la flexibilidad en favor del trabajador, porque, sin tener que acreditar más motivo que su mera voluntad de disminuir la jornada, puede decidir dejar de trabajar a tiempo completo para hacerlo a tiempo parcial. Este instrumento, debidamente planteado en la negociación colectiva y, sobre todo, en caso de asegurarse la opción de retornar a la jornada originaria mediante la preferencia a cubrir los puestos de trabajo vacantes de esta naturaleza, abre un interesante abanico de posibilidades a la modulación del tiempo de trabajo por razones personales. Idealmente, podría normalizar una gestión personal del tiempo que se dedica a la actividad laboral, hasta alcanzar diversos grados de exigencia de la prestación adecuados a los diferentes momentos por los que atraviesa el ciclo vital del trabajador. Con ello, sin perjudicar la organización empresarial, salvaguardada por la garantía de que haya vacantes, el sistema, de generalizarse –y descontada su dificultad intrínseca en las empresas de menor tamaño que, por su dimensión, limitan la diversificación de puestos–, facilitaría trabajar menos en determinadas etapas para atender prioritariamente a otros intereses, retornando a una mayor dedicación profesional cuando esos intereses lo permitan. Sucesión de ciclos de mayor y menor intensidad de trabajo que permitiría conciliar más eficazmente vida laboral y extralaboral.

La negociación colectiva, como fuente ordenadora principal, debe prestar mayor atención a estas cuestiones y agotar la total potencialidad de dichas fórmulas, hasta normalizar la irregularidad del tiempo de trabajo por ciclos vitales, cuando responde a intereses bien conocidos y expresados generalmente por los trabajadores sin disturbar el funcionamiento empresarial. Lo que, generalmente, se ve defraudado en la práctica, al ignorarse posibilidades ordenadoras o limitarse a reiterar las previsiones legales sin avanzar en su contenido. Queda, pues, recorrido a la autonomía colectiva para corregir la mala imagen que de este contrato se tiene entre los trabajadores, para quienes, no sin razón, se trata de la modalidad que compagina la mayor flexibilidad empresarial con la mayor precariedad e insatisfacción laboral. A tal fin se requiere no sólo extender las fórmulas que permiten atender a intereses individuales de los trabajadores, sino limitar las que podrían llegar a ser exageradas dosis de flexibilidad empresarial y absoluta capacidad de reparto variable e irregular de la jornada exigible. Hacer del contrato a tiempo parcial una modalidad al solo servicio de una jornada reducida y con

modalizaciones distributivas múltiples y más asequibles a disposición del empresario que en el trabajo a tiempo completo es ignorar la virtualidad de esta forma de empleo para satisfacer demandas sociales de mayor alcance y para servir a políticas de empleo generales. Recuérdese que al trabajo a tiempo parcial le acompaña siempre el debate sobre el reparto del empleo que, al margen de consideraciones puramente económicas o de costes laborales, atribuye a esa fórmula capacidad de fomento y creación de empleo.

8. Las modificaciones sustanciales relativas al tiempo de trabajo: un último recurso flexibilizador a disposición de las empresas

Si el empresario no satisface sus necesidades de distribución del tiempo de trabajo a través de los instrumentos legales o convencionales de que dispone, aún puede acudir a la modificación contractual unilateral individual o colectiva adecuando esa condición de trabajo a sus exigencias organizativas. Sujeto, eso sí, a las limitaciones derivadas del hecho de que, las que afectan a jornada, horario de trabajo y sistema de trabajo a turnos –prácticamente todo el espectro del tiempo de trabajo– son sustanciales, requiriendo la causa y procedimiento previstos en el art. 41 ET; pero cambios mínimos, accesorios o puramente accidentales producidos sobre dichas condiciones no constituyen modificación sustancial, formando parte del *ius variandi* empresarial, para su adopción unilateral y no causal.

Las empresas tienen aquí una fórmula adicional –y, previsiblemente, subsidiaria de las restantes, por sus mayores condicionamientos materiales y formales y por el coste que puede representar, en su caso, indemnizar a los trabajadores que rechazan la medida– para modificar, cuantitativa o cualitativamente, el tiempo de trabajo pactado, cerrando el catálogo de mecanismos de ordenación flexible del tiempo de trabajo. Pero actúa en caso de no poder utilizar otros medios para su determinación flexible, bien porque el convenio aplicable no ha utilizado su capacidad ordenadora, obviando las alternativas ofrecidas al mismo por la ley, bien porque lo ha hecho en condiciones que no cubren aquellas causas legitimadoras de la modificación, o bien, en fin, porque la necesidad está muy focalizada, no requiriendo medidas de ordenación general sino específicas. De existir convenio, cabe esperar que incluya los instrumentos de determinación y distribución elástica que satisfagan las exigencias productivas y organizativas, que habrán podido conocerse y preverse *a priori*, lo que no evita que concurran más tarde circunstancias económicas o técnicas más difíciles de planificar y justificativas de una alteración contractual.

Repárese que el convenio colectivo limita las posibilidades novatorias del empresario, porque las modificaciones referidas pueden adoptarse unilateralmente por aquél sólo si las condiciones afectadas no se regulan en convenio estatutario. Caso contrario, las posibilidades modificativas, además de ceñirse al horario y al régimen de trabajo a turnos, excluida la jornada, requieren un procedimiento especial y de naturaleza también

convencional, la consecución de un acuerdo modificativo entre empresario y representantes de los trabajadores (art. 41.2.3º ET), porque sólo a un convenio cabe autorizar la modificación de otro precedente, aunque, en tal caso, alcanzado por sujetos colectivos distintos; otra opción legitimaría, aun concurriendo la causalidad exigida, la posibilidad del empresario de desvincularse individualmente de la regulación convencional, alterando el sistema de fuentes de la relación laboral.

Esta incisiva medida sobre el valor inderogable del convenio durante su vigencia, sobre someterse a cautelas suficientes –causalidad y acuerdo de empresa sustitutivo de la unilateralidad o individualización de la decisión–, reconoce, implícitamente, la escasa idoneidad de los convenios supraempresariales, en los que parece pensar este sistema, para ordenar los horarios y el régimen de trabajo a turnos, más adecuadamente regulados a nivel empresarial, por su mayor proximidad a las necesidades organizativas y peculiaridades de las unidades productivas y, por tanto, su mejor adaptabilidad a las mismas frente a aquellas otras unidades de negociación que pueden obstaculizar su más eficaz gestión. Se trata también de favorecer la acomodación a las cambiantes circunstancias, al tratarse de contenidos más difícilmente previsibles en el momento de la negociación, evitando que cualquier alteración posterior exija la modificación del convenio mismo, con acuerdo de los sujetos que lo negociaron, que entorpecería el objetivo de flexibilidad empresarial en la ordenación del tiempo de trabajo.

Ello explica la exclusión del sistema de la jornada. Si la novación del horario y del régimen de trabajo a turnos supone afectar a la determinación cualitativa o a aspectos meramente distributivos del tiempo de trabajo, sin afectar al *quantum* –modificar las horas de entrada y salida o el de disfrute de los descansos y pausas, cambiar la jornada continuada por partida o viceversa, alterar el horario de flexible a rígido o al revés o, en fin, alterar el modo de organizar los turnos–, la jornada implica elementos cuantitativos, de reducción o ampliación del tiempo de actividad exigible. Además, la determinación cuantitativa de la jornada es un elemento consustancial a la negociación colectiva, pactado para imponerse a los contratos y a las empresas, sin mostrarse aquí la falta de aptitud de ciertas unidades negociales para incidir sobre la marcha de las empresas y, sobre todo, su modificación afecta al salario, a diferencia de las anteriores condiciones para cuya variación cabe el acuerdo de empresa. En este sentido, adviértase que, pese a algunas confusiones iniciales, modificar el régimen de jornada continuada a partida o viceversa supone afectar al horario, no a la jornada, pues sólo se altera la distribución del tiempo de trabajo, no su *quantum*.

Así, al margen del especial régimen de modificación de condiciones de trabajo pactadas en convenio estatutario, cuando la jornada, horario o régimen de trabajo a turnos recomiende alguna variación por las causas previstas en el art. 41.1 ET, el empresario puede proceder a su modificación con procedimientos diversos según el origen individual o colectivo de la condición. Criterio de distinción cualitativo, no cuantitativo, que en materia de horario decae en favor del segundo si los trabajadores no superan los umbrales

previstos en el art. 41.2.4º ET, adoptándose la modificación como si fuera individual. Excepción que supone un nuevo componente flexibilizador de las medidas ordenadoras y de distribución variable del tiempo de trabajo, facilitando la adopción de modificaciones horarias a través de un procedimiento más ágil, que evita el período de consultas con los representantes.

La singular implicación que sobre la posición contractual del trabajador puede tener el ejercicio de este poder empresarial, así como la potencialmente grave afectación a sus intereses familiares y personales, que permite la extinción contractual indemnizada, avala la excepcionalidad con que debe actualizarse esta medida. Es el tiempo de trabajo lo que se pretende modificar por esta vía y, dado que puede determinar incompatibilidades sobrevenidas entre vida laboral y extralaboral ni originarias ni previsibles por actuación de los cauces distributivos pactados, el sistema puede sacrificar facetas personales del trabajador antes conciliadas con el trabajo o de su relación laboral irreconciliable con aquéllas. De ahí la necesidad de que la autonomía colectiva prevea mecanismos menos onerosos y mejor programados alternativos a esta figura, hasta hacer de la modificación sustancial de condiciones relativas al tiempo de trabajo una *ultima ratio* empresarial para alcanzar ajustes a necesidades perentorias y justificadas a las que no ha podido responderse por otras vías. La modificación sustancial del tiempo de trabajo, dada la amplitud de ajustes que caben por vía de convenio y aun de autonomía individual para obtener respuestas flexibles a las necesidades empresariales, es un recurso extraordinario y excepcional, que ni puede ni debe emplearse como fórmula de gestión ordinaria, cuantitativa o cualitativa, de la jornada laboral, evitando, así, hacer pasar a los trabajadores por novaciones que les colocan en una situación contractual más onerosa, que se sumaría acumulativamente a las ya amplias posibilidades del empresario para ordenar el tiempo de trabajo.

En cuanto a si cabe admitir o no el juego vía art. 41 ET para modificar un trabajo a tiempo completo en trabajo a tiempo parcial y viceversa, recuérdese que dicha conversión dispone de reglas singulares y expresas en el art. 12.4.e) ET, que reconoce a tales fines el carácter voluntario para el trabajador y excluye tanto la imposición unilateral del empresario como la posibilidad de que el trabajador sea despedido o sufra sanción o efecto perjudicial alguno por el rechazo a la medida. Pero ello no impide, como señala el precepto, que el empresario acuda, a resultas de esa negativa, al despido individual o colectivo basado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción si concurren tales circunstancias, lo que, en el fondo, admite la extinción contractual cuando aquel ajuste no aceptado por el trabajador determina dificultades empresariales contrastadas. Así, sobre todo si es advertido el trabajador de las posibles consecuencias ulteriores de su negativa, es imaginable que pueda sentirse compelido a aceptar, aun contra su voluntad, semejante conversión para salvaguardar la relación laboral.

Lo único modificable en materia de jornada por directa aplicación del art. 41 ET serán ampliaciones de jornada de trabajadores a tiempo parcial que no dejen de serlo, porque

no alcanzan la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable, o reducciones de la misma, con los oportunos efectos salariales. También cabrán ampliaciones de jornada de los trabajadores, con o sin aumento proporcional del salario, siempre que no se excedan los mínimos legales de tiempo de trabajo y salario, y siempre, claro, que esa materia se regule por convenio, que excluye absolutamente la modificación sustancial. De existir convenio, y por las propias reglas del contrato de trabajo a tiempo parcial, no son muy significativas las posibilidades modificativas que puedan adoptarse unilateralmente por el empleador para afectar cuantitativamente el tiempo de trabajo exigido, aumentando en caso de no haber norma convencional. Pero si de horario o régimen de trabajo a turnos se trata, las capacidades distributivas abiertas al empleador que acredita causa son muy superiores, unilateralmente o acordando con los representantes una nueva ordenación modificativa del convenio vigente.

9. El debate sobre la reducción del tiempo de trabajo y su incidencia sobre el empleo

La ordenación del tiempo de trabajo también se vincula a su virtualidad creadora de empleo o de reparto del existente, puesto que la generalizada reducción de dicho tiempo permitiría cubrir el liberado mediante nuevas contrataciones. Esa interrelación entre reparto de trabajo y reducción generalizada de la jornada laboral ha hecho de las 35 horas semanales un lema social con el que significar que la redistribución del trabajo disponible, como bien escaso, entre la población que puede y quiere trabajar debe tener incidencia sobre el desempleo. Cuestión recurrente en el debate social, en el que se enfrentan dos posiciones contrapuestas:

a) La tesis de que el aumento de la productividad no pasa por la disminución del tiempo de trabajo, sino por el alargamiento de la jornada laboral, como consecuencia del mayor coste social que, en nuestro tejido empresarial y en las actuales condiciones económicas, representaría la adopción de medidas reductoras que provocarían, inevitablemente, pérdida de competitividad por el encarecimiento del factor trabajo.

b) La de que la empresa dispone ya de suficientes posibilidades de determinación cualitativa de la jornada y descansos laborales para reaccionar frente a esa presunta pérdida de competitividad, pudiéndose establecer fórmulas organizativas capaces de incrementar el rendimiento de los trabajadores en un menor tiempo de trabajo.

Sea como fuere, la redistribución del tiempo de trabajo y su reducción y reparto no pueden abordarse desligadas de la organización empresarial, pues la implantación de esa opción debe asegurar un incremento de la productividad compensatorio de los mayores gastos de empleo que, comúnmente, se acepta que produce una actuación de este tenor.

El debate sobre la reducción del tiempo de trabajo, sus ventajas e inconvenientes, forma parte de la agenda de las políticas públicas de empleo. En éstas, se sabe, la lucha contra el desempleo constituye una prioridad absoluta que demanda soluciones en las que se enmarca la reducción del tiempo de trabajo en su vertiente instrumental, como medida de fomento del empleo, a la que subyace una perspectiva de reivindicación laboral histórica sobre la progresiva mejora de las condiciones de vida y trabajo. Aquí, la reducción no posee únicamente un enfoque ofensivo –trabajar menos horas para

disfrutar de más tiempo libre–, sino que, en su expresión de reparto del trabajo, actúa fundamentalmente con carácter defensivo, como fórmula de garantía del empleo, que asocia casi siempre reducción de jornada y disminución salarial, para eludir su afectación a las cargas laborales y a la productividad de las empresas. En esta disminución proporcional de la remuneración de los asalariados se advierte, precisamente, una de las más importantes y polémicas consecuencias de la reducción del tiempo de trabajo; la experiencia francesa muestra que un alto porcentaje de los acuerdos colectivos firmados para la implantación de esta medida mantenían inicialmente el nivel salarial, aunque luego fuera compensada con técnicas de moderación salarial y aun congelación para años sucesivos. Garantizar la competitividad de las empresas y el poder adquisitivo de los trabajadores, especialmente los de salarios más bajos, es el reto a afrontar por el modelo de reducción del horario laboral.

No es ajena a nuestro sistema la idea de reducción del tiempo de trabajo en su vertiente defensiva o de fomento del empleo, porque el contrato de relevo sirve a los fines de repartir entre dos trabajadores la actividad que antes prestaba uno solo. El art. 12.6 ET y el RD 1131/2002 reconocen como contrato a tiempo parcial el celebrado por el trabajador que concierta con su empresa una reducción de entre un 25% y un 85% de su jornada y salario, si reúne las condiciones necesarias para acceder a la jubilación, salvo la edad, inferior como máximo en 5 años a la exigida, o aun cuando ya tenga dicha edad cumplida pero desee seguir trabajando. En esas circunstancias se compatibiliza el percibo del salario, reducido proporcionalmente a la jornada cedida, y el de la pensión de jubilación parcial, hasta que el jubilado parcial cumple, en su caso, la edad establecida para causar derecho a la pensión de jubilación completa, extinguiéndose entonces la relación laboral. Hasta aquí, la figura no es sino una reducción por intereses individuales del trabajador de su tiempo de trabajo, en línea con lo ya expuesto sobre la facilitación de un tránsito menos traumático y progresivo de vida activa a inactiva, emergiendo su componente de reparto en la figura contractual que acompaña este tipo de situaciones. En efecto, para poder formalizar este contrato, la empresa deberá celebrar simultáneamente un contrato de trabajo de relevo con un desempleado o un trabajador temporal ya contratado, que sustituirá la jornada de trabajo cedida por el primero, y con la sola excepción de que el jubilado parcial haya cumplido los 65 años pero desee seguir trabajando. Clara fórmula de fomento del empleo o reparto del mismo, pues el contrato de relevo, que puede pactarse a jornada completa o parcial, habrá de tener siempre un tiempo de trabajo igual, como mínimo, a la reducción de jornada del trabajador sustituido, pudiendo simultanearse o no dichas jornadas; y cabe tanto en su modalidad de contrato temporal, con duración equivalente al tiempo que reste al jubilado parcialmente para acceder a la jubilación total, como de duración indefinida. Si el relevista cesara por cualquier causa antes del término pactado, el empresario deberá sustituirlo en 15 días por otro desempleado o ampliar la duración de la jornada del jubilado parcialmente hasta reponerla a tiempo completo; si no, deberá abonar a la Seguridad Social el importe de la prestación de jubilación parcial devengado, lo que acrecienta su esencia de fórmula de reparto del empleo.

Pese a las especialidades de la figura para intentar incentivar este tipo de medidas reductoras y de reparto del empleo, sin perjudicar a quien se jubila parcialmente[9] , es una modalidad casi simbólica, sin apenas repercusión en nuestro sistema. Ello impide valorar eficazmente su virtualidad para repartir el empleo entre quienes están cercanos por edad a abandonar el mercado de trabajo y quienes quieren acceder o consolidarse en él. Se ha pretendido explicar por la complejidad del régimen jurídico que supone la combinación de ambas figuras contractuales, pero sin ocultar algunos otros aspectos más relevantes: no se han conseguido vencer las reticencias de los próximos a la jubilación a acogerse a esta modalidad en la que ven una amenaza al mantenimiento de su poder adquisitivo y al cálculo de la pensión total futura y la escasa proyección que ha tenido en la negociación colectiva, a la que el propio art. 12.6 ET encomienda el establecimiento de medidas que impulsen su celebración.

En consecuencia, el balance de esta fórmula para repartir el empleo es decepcionante, pese a que los agentes sociales insistan en su utilización para el mantenimiento del empleo y el rejuvenecimiento de las plantillas, como reitera el ANC 05. Pese a tales declaraciones de intenciones, siguen siendo excepcionales los compromisos convencionales en relación con la jubilación parcial y la celebración de contratos de relevo, lo que se corresponde con la casi total ausencia de medidas de garantía o estabilidad del empleo en los convenios.

Pero el reparto del empleo y la reducción de la jornada de trabajo no se agotan en la modalidad expuesta, y esta reivindicación –contenida en los últimos años al hilo de las exigencias de una economía globalizada que muestra jornadas de trabajo muy superiores a las europeas y con costes laborales muy inferiores a nivel mundial– se ve, además, afectada porque, como reflejan las encuestas oficiales, las jornadas reales realizadas por los trabajadores son, no ya inferiores a la legal por mejora convencional del *quantum* de tiempo de trabajo debido, sino a menudo superiores a una y otra y, desde luego, sin compensación económica de ese exceso de horas trabajadas, como se dijo. Así, la paulatina reducción de jornada, frenada en los últimos años, que muestran los convenios colectivos, en apariencia compensatoria de la mayor flexibilidad que sobre su distribución se ha atribuido al empresario, puede falsearse en la práctica mediante este tipo de vías de escape que, frente al discurso habitual, está provocando tiempos de trabajo por encima de los topes pactados. Lo anterior coincide, además, con una menor preocupación de los trabajadores por el incremento del tiempo de trabajo, resultado de su inquietud creciente por otros factores, como la inestabilidad en el empleo o la precariedad laboral. Tales circunstancias han dado entrada al concepto de “flexiseguridad”, conciliador de la flexibilidad de los mercados laborales y de la organización del trabajo con la seguridad en

[9] No se aplican a la pensión de jubilación coeficientes reductores por edad y se incrementan las cotizaciones del jubilado parcial para el cálculo de la base reguladora de la jubilación ordinaria, equiparándolas a las que se hubieran dado de haberse trabajado a tiempo completo, con igual efecto sobre otras prestaciones que puedan causarse durante la situación de jubilación parcial.

el empleo y la protección de los trabajadores, del que se hacen eco los propios agentes sociales en el ANC 05, con múltiples referencias a tal exigencia conciliatoria. Dicho elemento provoca, entre otros efectos, que la reducción del tiempo de trabajo no sea sino una moneda de cambio de la más amplia flexibilidad laboral, perdiendo su exclusivo carácter de medida de bienestar laboral y social.

En este contexto, el objetivo de las 35 horas semanales de trabajo queda despojado de su cualidad de pura mejora de las condiciones laborales, para destacar su condición de valor de solidaridad y defensa del empleo, lo que modifica netamente su inicial concepción como reducción del tiempo de trabajo sin afectación salarial alguna y obliga a considerar si el reparto de la carga de trabajo total entre más trabajadores es compatible con la productividad del capital, manteniendo como mínimo los niveles previos a su implantación. Para ello, la reducción del tiempo de trabajo ha de combinarse eficazmente con otras medidas de reorganización de la actividad laboral, asentadas sobre un mayor grado de flexibilidad capaz de obtener un mayor uso y rendimiento de los medios de producción. Cuanto mayor sea la correspondencia entre reducción del tiempo de trabajo y reducción salarial, menores serán los costes laborales e inferior, pues, la teórica afectación a la competitividad de las empresas, aunque si esas nuevas fórmulas organizativas permitieran aumentar la productividad, esta última habría de modular el impacto inicial sobre los costes laborales.

Sería incluso deseable una suerte de corresponsabilidad pública y privada en la adopción de esta estrategia, especialmente si manifiesta su virtualidad creadora de empleo, trasladando parte de los presupuestos ahora destinados a políticas activas de empleo o protección por desempleo que queden liberados como consecuencia de la mejora general de los niveles de ocupación, a compensar los eventuales costes laborales o de producción que arrostre la medida, en forma de incentivos fiscales a las empresas, a imagen de lo planteado en el modelo francés. Este es un mecanismo clásico, por lo demás, en las políticas públicas de empleo, que suelen materializarse en subvenciones sobre las cargas sociales ligadas a la creación de puestos de trabajo. Para ello es indispensable la estrecha colaboración entre la acción legislativa y la negociación colectiva, donde a la primera puede corresponder, más que la imposición unilateral y voluntarista que parece haber fracasado en otros sistemas, el papel de impulso y de coordinación del amplio catálogo de elementos en torno al reparto del empleo que debe concurrir con esta iniciativa, sin perjuicio del imprescindible acompañamiento de mecanismos convencionales que adopten compromisos de empleo y gestionen la aplicación de las fórmulas reductoras y la oportuna previsión de las compensaciones, salariales o de otro tenor, de la flexibilidad organizativa.

Una reflexión final sobre la reducción de la jornada de trabajo en relación ahora con la formación. Para tener un impacto significativo en la creación de empleo, tendría que suponer una medida drástica en cuanto al número de horas de trabajo reducibles, recomendando introducir en ella elementos que, sin modificar los módulos tradicionales

en nuestro ordenamiento, pudieran incorporarse a dicho debate, como es el caso cualificado de la formación. Si, como parece, se acepta generalizadamente la idea de que, tanto desde el punto de vista de la productividad, como desde el de la seguridad y salud de los trabajadores, se detecta un claro déficit en formación, su subsanación podría incorporar al concepto de tiempo de trabajo el dedicado a formación, ya profesional en sentido amplio, ya en materia de prevención de riesgos laborales, como, por lo demás, prevé nuestra legislación y, en ocasiones, concretan los convenios colectivos. La idea es integrar efectivamente ese tiempo de formación en la determinación de la jornada de trabajo, estableciendo instrumentos para su cuantificación dentro del módulo anual o en otro período de referencia. A imagen del cupo de horas extraordinarias, podría establecerse una bolsa de horas para la formación, mediante la fijación de un número total o porcentual de ellas en un determinado período en relación con la jornada, lo que supondría, primero, atender a la necesidad económica y social de que los trabajadores mejoren o mantengan actualizadas sus habilidades y cualificación profesionales, cada vez más complejas y plurales y, además, concretar conceptos jurídicos indeterminados ya previstos en nuestra actual regulación, pero que, finalmente, determinan una difuminación de los contornos de ciertas obligaciones claramente exigibles a partir de nuestra actual normativa, y un ejemplo paradigmático es la obligación de ofrecer una formación “adecuada” en materia de prevención de riesgos laborales. De aceptarse la propuesta, debiera replantearse también la etérea regulación del art. 23 ET, y su no menos difusa concreción vía negociación colectiva.

10. Tiempo de trabajo e igualdad de oportunidades en el empleo entre mujeres y hombres

El tiempo de trabajo incide profundamente sobre el empleo de las mujeres, tanto para favorecerlo –la flexibilidad da respuesta a intereses personales de las trabajadoras, especialmente de tipo familiar– como para contenerlo, si aquella flexibilidad busca sólo adaptarse a las exigencias de las empresas, irregularizando jornadas de trabajo más difícilmente conciliables para las trabajadoras por sus responsabilidades familiares. Generalmente, la regulación del tiempo de trabajo es concausa de la menor participación de las mujeres en el empleo o de su frecuente participación en términos de segregación profesional y ocupacional, y aun de flagrante discriminación. La razón es, por simplificar, que la incorporación de la mujer al mercado de trabajo no se ha producido de forma acompasada o armónica con una mayor participación de los hombres en las tareas de atención de los hijos y la familia. Normalmente tales horas están cubiertas en exclusiva por las mujeres, y como no se han distribuido entre ambos sexos, una vez que las mujeres se dedican a actividades profesionales, la ausencia de reparto equitativo frena sus posibilidades de acceder en términos de igualdad al mercado de trabajo. Al recaer tales cargas sobre las mujeres, que aun activas, deben compaginar ambas vidas, profesional y familiar, el trabajo se convierte en un factor de discriminación por razón de género.

Hablar de intereses personales a conciliar con el trabajo cuando se trata de trabajadoras implica remitir, casi sin excepción, a la dedicación a la familia, en una ecuación de muy inferior automatismo en el caso de los hombres y que, a diferencia de estos últimos, puede llevar a la renuncia de aquéllas a su faceta laboral o a la renuncia a tener hijos para satisfacer sus legítimas expectativas profesionales. En tales casos, el empleo es un obstáculo insalvable para las mujeres a efectos de compatibilizar ambas facetas, cuando el tiempo de trabajo no permite compaginar las necesidades propias de cada una de ellas o es un empleo que, por sus presuntas mayores exigencias flexibilizadoras en cuanto a la dedicación exigible, puede convertirse en precario y marginal para las empleadas y menos atractivo para el empleador, quien lo percibe como menos productivo y elástico a sus fines.

La respuesta legal a estas circunstancias se ha movido tradicionalmente en dos frentes:

a) La previsión de reglas especiales en materia de descansos, permisos, reducciones de jornada o excedencias cuyo disfrute se asocia al hecho de la maternidad y que,

aun establecidas en términos de igualdad para ambos progenitores, se utilizan abrumadoramente por las madres. Se trata de medidas temporales que, generalmente, comprenden períodos no prolongados desde el nacimiento o adopción de los hijos, aptas para conciliar vida laboral y personal en los momentos iniciales, tras los cuales se sobreentiende que deben reequilibrarse esas cargas, retornando a las condiciones de trabajo originales.

b) Como las cargas no desaparecen, pudiendo incluso incrementarse pasados los primeros momentos, el segundo instrumento ha sido la contratación a tiempo parcial, modalidad feminizada desde su implantación, en grado superior al resto de Europa, por su presunta virtualidad conciliadora de la vida laboral y familiar de quienes mayoritariamente asumen las responsabilidades propias de la familia. Pero es dudoso que esta solución colme las expectativas de las mujeres, vista su insatisfacción y preferencia por trabajar a tiempo completo, y, sobre todo, la menor calidad del empleo cubierto a través de esta modalidad, así como el hecho de que las mujeres, tras acceder a niveles educativos y de formación cada vez más cualificados, se conformen luego con trabajos muy por debajo de sus aptitudes profesionales.

Estos instrumentos resultan tan imprescindibles como insuficientes, y demandan soluciones integrales capaces de incorporar en el debate sobre la gestión del tiempo de trabajo, con entidad propia, la perspectiva de género, única fórmula para garantizar la igualdad de oportunidades en el empleo entre hombres y mujeres. Hay que atender a políticas de igualdad de sexo en la ordenación del tiempo de trabajo, pues otra solución olvida que la realidad actual no garantiza la igualdad material, sino la meramente formal. No es nueva tal demanda, recurrentemente expresada en las políticas propuestas desde la UE y contenida en sus propias fuentes ordenadoras, que obliga a considerar el principio de igualdad entre hombres y mujeres de manera sistemática en el conjunto de políticas y acciones comunitarias, a partir de su forma activa y visible. Se trata del concepto de "transversalidad" (*mainstreaming*) como estrategia marco, interpretada como atención sistemática a las diferencias entre las condiciones, situaciones y necesidades de mujeres y hombres en el conjunto de las políticas y acciones emprendidas.

Estrategia transversal que ha traspasado nuestro sistema interno, como prueba el hecho de que en los debates sobre la reforma laboral entre administración laboral, sindicatos y asociaciones empresariales, participe en la mesa de negociación, por vez primera, una representación de la Secretaría General de Políticas de Igualdad. Transversalidad que también deja huella clara en la LOPIVG que, en un ámbito tan aparentemente distante de nuestro objeto, incluye el derecho de las trabajadoras a la reordenación de su tiempo de trabajo mediante la adaptación del horario o a la utilización de horarios flexibles y a la reducción de su jornada, con disminución salarial proporcional (art. 21). Asimismo, el ANC 05 contiene en su capítulo VI declaraciones que pretenden hacer de la negociación colectiva una medida principal en la corrección de las desigualdades, incluyendo expresa,

aunque escueta y poco incisivamente, una mención en este punto al "tratamiento de la jornada laboral, vacaciones (…) que permita conciliar las necesidades productivas y las de índole personal o familiar", asegurando una evaluación de la aplicación del convenio desde la perspectiva de género.

Sobre esta situación hay que incidir activamente, evitando que la ruptura de la regularidad de la jornada de trabajo se convierta en elemento de degradación de la vida laboral y extralaboral de las mujeres activas con responsabilidades familiares, más indefensas por su menor margen de adaptación a las exigencias laborales como consecuencia de la mayor rigidez de los horarios familiares. No parece que la legislación laboral pueda avanzar mucho más, porque, existiendo mecanismos suficientes de acomodación de los tiempos de trabajo y descanso no sólo a exigencias productivas sino también de los trabajadores, la realidad se sigue mostrando terca, y la norma estatal difícilmente sirve para modificar los presupuestos sociales sobre los que se asientan las desigualdades. Tampoco es descartable que medidas legales, presuntamente favorecedoras de la más óptima conciliación de los intereses laborales y familiares de las mujeres, supongan beneficios para éstas, pudiendo estar introduciendo, de hecho, más segregación.

El contrato a tiempo parcial es buen exponente de lo afirmado, pues sitúa a la mujer en una posición de peor calidad laboral, resultado no de la naturaleza del contrato, sino de su feminización y de la utilización que del mismo se hace. Incentivar su conclusión en niveles profesionales de mayor cualificación y retribución, así como normalizar su celebración entre los hombres, mediante medidas de estímulo económico, tales como bonificaciones en cuotas a la Seguridad Social, puede reponer un equilibrio hoy inexistente, facilitando indirectamente la equiparación de condiciones laborales entre trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo, consecuencia del incremento de la contratación de varones en dichas condiciones. Consideraciones parecidas cabe hacer de otro tipo de medidas legales que, aparentemente favorecedoras de la conciliación de vida laboral y familiar para las mujeres, puede tener un efecto "bumerán" contra el colectivo presuntamente beneficiado. Así, ampliar los descansos y permisos por maternidad, extender la duración de las excedencias por motivos familiares o fórmulas similares, al tener por destinatarias casi exclusivas a las mujeres, perpetúa un reparto de roles sociales que sigue impidiendo salidas del círculo vicioso descrito. No hay que olvidar las consecuencias negativas añadidas cuando de la excedencia se trata, por las mayores dificultades que el disfrute de períodos prolongados de inactividad laboral, aun reservado el puesto de trabajo, pueda representar para la óptima incorporación a determinadas empresas con renovación de equipos, técnicas de producción, formas de empleo o exigencias formativas, entre otras, que, de hecho, desplazan definitivamente a la mujer de su puesto. La extensión de las facilidades conciliadoras de tiempo de trabajo y no trabajo, en tanto disfrutadas casi en exclusiva por mujeres, seguirán siendo una realidad disuasoria de la mayor contratación femenina, limitativa, en opinión de las empresas, de las más amplias posibilidades flexibilizadoras del tiempo de trabajo aplicables a los hombres.

Es, pues, un terreno delicado, en el que deben ensayarse medidas alternativas que encuentran su ámbito de actuación adecuado en la negociación colectiva, a modo de campo de entrenamiento para su posterior impulso legal. Pero su papel se reduce generalmente, en el mejor de los casos, a repetir o mejorar mínimamente las previsiones legales, ampliando la duración de los períodos de inactividad laboral por causas familiares o previendo supuestos parcialmente distintos. Lo que significa renunciar a modificar de forma eficaz las desiguales condiciones de partida que impiden la igualdad de oportunidades en el empleo.

Por ello, a título de propuesta se recomiendan regulaciones de enfoque distinto, como mejorar, sólo cuando son disfrutadas por los hombres, las facilidades reordenadoras del tiempo de trabajo relativas al cuidado de hijos y atención de las restantes cargas familiares, ampliando duraciones de descansos o reducciones de jornada, o incentivando económicamente su disfrute, mediante menores disminuciones salariales por su utilización o a través de ciertas fórmulas de mejora de prestaciones de la Seguridad Social. Propuesta que técnicamente no debiera presentar reparos, porque la aparente discriminación negativa de la mujer que deriva de lo anterior se contrarresta con la acción positiva hacia el hombre capaz de salvar su menor participación en las responsabilidades familiares; típico efecto de las acciones positivas como instrumento de lucha contra las desigualdades. Debe entenderse la medida, pues, como discriminación positiva del hombre en la vida familiar, aunque determine un aparente perjuicio del colectivo femenino, al igual que las acciones positivas en materia de empleo dirigidas a este último representan un teórico efecto negativo sobre los hombres. La aparente contradicción que ello encierra con el objeto protegido y el sujeto más débil en el empleo se compensa con creces con la virtualidad de este sistema para equiparar roles sociales, para incentivar la mayor asunción por los hombres de responsabilidades familiares hasta su igualación con las mujeres. Conseguido tal resultado, el efecto podría ser múltiple: desaparición de la justificación de la medida diferenciadora, equiparación de las exigencias flexibilizadoras de ambos sexos en relación con el tiempo de trabajo y consideración igualitaria de mujeres y hombres dentro de las empresas, sin que la contratación de las primeras tenga que vencer disuasión inicial alguna por su presunta menor disposición a variar sus tiempos de trabajo o la necesidad de conciliar éstos con la vida familiar, que afectarían indistintamente a mujeres y hombres.

En todo caso, deben mantenerse las medidas reordenadoras del tiempo de trabajo que, ya diseñadas, son expresión legal imprescindible del equilibrio entre vida laboral y vida familiar, reconocidas de forma indiferenciada a hombres y mujeres. Aún más, puesto que los más relevantes intereses personales con que el trabajo entra en confrontación se relacionan precisamente con el cumplimiento de deberes de atención a los hijos y a la familia, generalmente conocidos y que responden a pautas sociales fácilmente previsibles, se debiera estar en condiciones de responder, desde el mundo del trabajo, y desde las técnicas flexibilizadoras existentes en materia de ordenación del tiempo de actividad laboral exigible, a las necesidades que aquéllos plantean. Distribución irregular

de la jornada a lo largo del año, horarios flexibles de entrada y salida, posibilidad de transformar jornadas a tiempo completo en jornadas a tiempo parcial y viceversa en ciclos vitales concretos, disfrute de los descansos en períodos que permitan coincidir con vacaciones escolares o períodos no lectivos de los hijos o medidas similares están en el centro del debate para dar mejor satisfacción a las demandas laborales. Ello no sólo asegura una mejor conciliación de los respectivos intereses y posibilidades empresariales y de los trabajadores, sino que, inevitablemente, en lo que estos últimos conectan con las responsabilidades familiares, se abre una vía de corrección de desigualdades por razón de género que la ordenación del tiempo de trabajo está en condiciones privilegiadas de afrontar.

11. Conclusiones y recomendaciones

La tradicional homogeneidad de la regulación y gestión del tiempo de trabajo ha de sustituirse por una ordenación flexible y variable, acorde a condicionantes económicos y necesidades empresariales suficientemente conocidos y previstos, y a requerimientos de los propios trabajadores, casi siempre subordinados a los primeros, pero que reclaman reemplazar la separación rígida e inalterable entre tiempo de trabajo y no trabajo por una gestión más personalizada. Conciliar ambos intereses ha de ser el objetivo de esta reordenación, buscando alternativas que permitan compatibilizar las estrategias empresariales de flexibilidad del tiempo de trabajo para satisfacer las necesidades productivas con la calidad de vida y trabajo de los empleados y con una administración más personalizada de la jornada pactada.

Para las empresas, las últimas reformas laborales han profundizado en la previsión de mecanismos de adaptación del tiempo de trabajo y descansos, permitiendo una notable capacidad de gestión flexible, mediante fórmulas como la anualización de la jornada de trabajo, su distribución irregular en diferentes tramos temporales, la conversión de jornadas extraordinarias en ordinarias eliminando topes diarios o semanales, la satisfacción de necesidades irregulares mediante formas atípicas de empleo, incluida la ampliación de las posibilidades de trabajo a tiempo parcial, entre otras. Pero la implantación de este modelo desestandarizado no ha de hacer recaer todo el coste del ajuste sobre los trabajadores, evitando que entren en colisión los tiempos de trabajo con la realización de actividades no laborales, asegurando un carácter más personalizado que reconozca en esta materia una dimensión individual novedosa y una nueva dimensión colectiva, mediante la garantía de una relación entre tiempos laborales y personales más amplia y acorde con su nueva valoración social.

La distribución flexible del tiempo de trabajo resulta de la actuación conjunta de diversas instituciones ordenadoras, la mayoría de ellas residenciadas en sede convencional y otras remitidas a la autonomía individual. Pero esa abundancia de recursos puede superar los límites previstos institución a institución, por el juego acumulativo y sobredimensionado de todas las posibles medidas, lo que debiera resolverse otorgando preferencia a los mecanismos colectivos de gestión flexible del tiempo de trabajo, por el menor poder negociador del trabajador, aun dejando margen a sus intereses individuales compatibles con las exigencias empresariales y colectivas. La flexibilidad que introduce el nuevo modelo requiere, en mayor medida que un modelo de estandarización horaria, reglas colectivas –que deben asegurar los convenios– y garantías individuales de los traba-

jadores, en las que deben colaborar norma estatal y autonomía colectiva. Las reglas colectivas no niegan la diversificación; la legitiman mediante la adaptación a las necesidades de las unidades productivas. Pero tampoco deben constreñir las opciones individuales compatibles con ellas. Además, son progresivamente insuficientes las estrategias defensivas y más imprescindibles las de carácter ofensivo, capaces de conciliar competitividad y bienestar en el trabajo, haciendo factible la consecución de niveles adecuados de empleo.

Ese difícil equilibrio está parcialmente defraudado, venciéndose a favor de una flexibilidad empresarial no siempre apoyada en elementos objetivos y, por ello, potencial e injustificadamente lesiva de derechos o intereses de los trabajadores. La existencia de tan amplias posibilidades ordenadoras y distributivas del tiempo de trabajo como las que permite la ley y desarrolla, si no incrementa, la negociación colectiva no debe excusar a las empresas de la planificación de su actividad productiva o la programación de sus necesidades regulares e irregulares de tiempo de trabajo, dando una respuesta global unitaria, irrenunciable, aunque idéntico resultado pueda alcanzarse en cada circunstancia puntual, aun normal u ordinaria, mediante medidas flexibilizadoras *ad hoc*. La generosidad legal y convencional en el reconocimiento de fórmulas flexibles de determinación variable de la jornada laboral y los descansos, sobre perjudicar a los trabajadores, más fácilmente expuestos a tener que prestar actividad en momentos diversos de los contratados y a adaptar su vida extralaboral a las variaciones temporales de su vida profesional, exige, pues, aquella actuación sistemática e integral, condicionando las medidas más incisivas a la imprevisibilidad o carácter extraordinario de la situación que haya de atenderse, pues la normalidad productiva ya cuenta con la adecuada capacidad de diversificación. Las horas extraordinarias compensadas en descanso, las complementarias en el trabajo a tiempo parcial o la distribución no sólo irregular sino libre, por no estar normalizada a intervalos reconocibles, son ejemplos de lo anterior.

Por ello, si la norma legal inevitablemente cede a la autonomía colectiva y aun al contrato posibilidades reordenadoras sometidas a límites que por sí solos no aseguran una racionalidad plena del tiempo de trabajo, es esperable que aquellos otros instrumentos frenen resultados que parecen desproporcionados y rompen el equilibrio contractual. Tal solución no tiene por qué alterar la más amplia acomodación del tiempo de trabajo a las exigencias empresariales, pero reclama una previsión de las circunstancias justificativas y de los recursos utilizables planificada y ordenada de forma integral.

La flexibilidad del tiempo de trabajo no tiene por qué resultar incompatible con la calidad objetiva y subjetiva del empleo, especialmente si se permite al trabajador, no sólo a las empresas, disponer y organizar con mayores márgenes su tiempo de trabajo y no trabajo. Mayor autonomía que incrementa los niveles de bienestar laboral y la mejora de las condiciones de vida y trabajo, pero que puede traducirse en términos de productividad. Sin embargo, faltan medidas convencionales que, más allá de las modestas, pero impres-

cindibles previsiones legales en aras de la conciliación de la vida familiar y laboral, apliquen técnicas de flexibilidad horaria y disfrute de descansos en favor de los trabajadores en circunstancias familiares o de otro tipo diversas de las previstas por ley. Muchos trabajadores podrían encontrar en un sistema flexible de ordenación de su jornada y descansos una óptima alternativa a la reducción de jornada en las situaciones previstas, eludiendo la disminución salarial que se sacrifica como único modo de compatibilizar vida laboral y extralaboral, o aun soluciones más drásticas, consiguiendo aquella opción idéntico resultado conciliatorio con menores cargas para el trabajador. Y es que tanto la ley como el convenio suelen responder a las necesidades de distribución del tiempo de trabajo con disminuciones cuantitativas del mismo, siendo pensables otras fórmulas que, sin alterar el *quantum*, consigan el mismo efecto conciliatorio, si satisface el interés del trabajador.

En todo caso, hay que incrementar la actividad de vigilancia y control sobre el tiempo de trabajo efectivo realizado en las empresas a través de los instrumentos inspectores con los que cuenta la Administración laboral y de las instancias representativas en las empresas, ampliamente desarrolladas a través de negociación colectiva.

En razón de las anteriores conclusiones, se formulan, además de las contenidas en el Resumen Ejecutivo de este Documento de Trabajo, las siguientes recomendaciones genéricas a la negociación colectiva:

- Estimular la introducción de fórmulas de autogestión por los trabajadores del disfrute de horarios flexibles, descansos, interrupciones y reducciones de jornada por razones personales, compatibles con las necesidades productivas, tanto ampliatorias de los supuestos legalmente previstos, como distributivas de su disfrute en tramos diversos.

- Potenciar el establecimiento de límites adecuados que eviten la realización de horas extraordinarias compensadas en descanso que supongan cargas excesivas o ritmos de trabajo desproporcionados en determinados períodos. Debe garantizarse la voluntariedad del trabajador en su realización, evitando la utilización empresarial como una genérica y descausalizada capacidad ampliatoria o distributiva del tiempo de trabajo. También ha de promoverse el reconocimiento de bolsas de horas a disposición del trabajador, no sólo de la empresa, que asegure su gestión flexible para satisfacer intereses personales compatibles con los empresariales, permitiendo la elección individual de tiempos de descanso compensatorios de horas extraordinarias.

- Evitar la utilización superpuesta e injustificada de medidas flexibilizadoras que no respondan a una ordenación integral y colectiva del tiempo de trabajo, haciendo prevalecer las medidas colectivas y preprogramadas vía convenio sobre las individuales y *ad hoc* amparadas en el poder directivo empresarial.

- Incorporar medidas de reducción del tiempo de trabajo o de gestión variable del mismo, ligadas a compromisos de creación o mantenimiento del empleo, concretando

las previsiones legales relativas a la conversión de trabajo a tiempo parcial en trabajo a tiempo completo y viceversa, e incentivando las jubilaciones parciales ligadas a la formalización de contratos de relevo.

- Introducir previsiones relativas al trabajo a tiempo parcial que neutralicen una injustificada disponibilidad empresarial plena de la exigencia de la jornada pactada, evitando, salvo causa objetiva, la obligación de trabajar en tramos fragmentados que añadan onerosidad innecesaria a la prestación.

Normativa citada

Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (BOE, 28), por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Ley 39/1999, de 5 de noviembre (BOE, 6 y 12), de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las Personas Trabajadoras.

Ley 14/1994, de 1 de junio (BOE, 2), de Empresas de Trabajo Temporal.

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre (BOE, 29), de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril (BOE, 11 abril y 26 mayo), por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.

Ley 31/1995, de 8 de noviembre (BOE, 10), de Prevención de Riesgos Laborales.

Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre (BOE, 26), por el se regulan las jornadas especiales de trabajo.

RD 39/1997, de 17 de enero (BOE, 31), por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención.

Bibliografía

AA VV (2000), El Estatuto de los Trabajadores. Veinte años después. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 100, vol. I.

AA VV (2003), Nuevos tiempos de actividad y empleo. Madrid, MTAS.

AA VV (2003), La negociación colectiva en las medianas y grandes empresas: el proceso de adaptación al cambio estructural. Madrid, MTAS.

AA VV (2004), La negociación colectiva en España: Una visión cualitativa. Valencia, Tirant lo blanch.

Alarcón, M.R. (1988), La ordenación del tiempo de trabajo. Madrid, Tecnos.

Ballester, M.A. (2000), La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral. Valencia, Tirant lo blanch.

Fita, F. (1999), Límites legales a la jornada de trabajo. Valencia, Tirant lo blanch.

Gómez Muñoz, J.M. (1999), Las jornadas especiales de trabajo. Pamplona, Aranzadi.

López Ahumada, J.E. (2004), Descansos laborales y tiempo de trabajo. Régimen jurídico de los descansos diario y semanal y de los días festivos. Madrid, CES.

Lyon Caen, A. (1999), Reducción del tiempo de trabajo en Francia: efectos sobre la remuneración (o las sombras necesarias de la Ley de 13 de junio de 1998), *Relaciones Laborales*, n°. 12, pp. 71-84.

Monreal, E. J. (2000), Régimen jurídico de las horas extraordinarias. Madrid, Edersa.

Sánchez Trigueros, C. (1999), Los permisos retribuidos del trabajador. Pamplona, Aranzadi.

Tudela, G. (2002), Comentario a los arts. 125, 126, 138 y 138 bis LPL, en AA VV, Ley de Procedimiento Laboral. Comentarios, jurisprudencia, concordancias, doctrina. Madrid, Colex.

Tudela, G. y Valdeolivas, Y. (2002), Ley de Prevención de Riesgos Laborales y normativa de desarrollo. Comentarios, jurisprudencia, concordancias, doctrina. Madrid, Colex.

Valdeolivas, Y. (1996), La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo. Madrid: CES.

Valdés, F. (1999), La flexibilidad del tiempo de trabajo: un viejo, inacabado y cambiante debate, *Relaciones Laborales*, n° 2, pp. 1-8

Valdés, F. (2000), Las horas complementarias en el contrato a tiempo parcial, en AA VV, Los contratos de trabajo a tiempo parcial. Valladolid, Lex Nova, pp. 135-158.