

CLAVES PRÁCTICAS

FRANCIS LEFEBVRE



Distribución Irregular de la Jornada de Trabajo

Actualizado a 27 de octubre de 2015

Esta monografía de la Colección
CLAVES PRÁCTICAS
es una obra editada por iniciativa y bajo
la coordinación de
Francis Lefebvre

MARÍA JOSÉ LÓPEZ ÁLVAREZ
Profesora Agregada. Universidad Pontificia Comillas de Madrid (ICADE)

© Francis Lefebvre
Lefebvre-El Derecho, S. A.
Monasterios de Suso y Yuso, 34. 28049 Madrid. Teléfono: 91 210 80 00.
Fax: 91 210 80 01
www.efl.es
Precio: 28,08 € (IVA incluido)
ISBN: 978-84-16268-73-3
Depósito legal: M-34618-2015
Impreso en España por Printing'94
Puerto Rico, 3. 28016 Madrid

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

Plan general

Nº marginal

Introducción

Capítulo 1. Concepto y regulación de la distribución irregular	100
1. Gestión flexible del tiempo de trabajo	105
2. Distribución irregular de la jornada: concepto	125
3. Fuentes reguladoras	165
4. Resumen de claves	255
Capítulo 2. Límites legales para la distribución irregular	300
1. Facultad «descausalizada»	310
2. Límites diarios y semanales de trabajo y descanso	325
3. Preaviso al trabajador	400
4. Compensación de los excesos/defectos resultantes	425
5. Resumen de claves	480
Capítulo 3. Fórmulas de distribución irregular en la negociación colectiva ..	500
1. Rasgos característicos	502
2. Previsiones convencionales sobre distribución irregular	520
3. Resumen de claves	630
Capítulo 4. Vías para la implantación y modificación de la distribución irregular	700
1. Distribución irregular vs. Modificación sustancial condiciones de trabajo	705
2. Descuelgue convencional	830
3. Resumen de claves	855
Capítulo 5. Ámbito subjetivo. Colectivos de atención particular	900
1. Trabajadores con responsabilidades familiares	915
2. Contratos atípicos: temporales, a turnos, a tiempo parcial, fijos-discontinuos. ...	1000
3. Trabajadores especialmente sensibles	1045
4. Menores	1070
5. Trabajadores en formación	1080
6. Resumen de claves	1090
Anexos	1500

Tabla Alfabética

Abreviaturas

AN	Audiencia Nacional
art.	artículo
BOB	Boletín Oficial de Bizkaia
BOCM	Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOG	Boletín Oficial de Gipuzkoa
BON	Boletín Oficial de Navarra
BOP	Boletín Oficial Provincial
BOPA	Boletín Oficial del Principado de Asturias
BOPV	Boletín Oficial del País Vasco
BORM	Boletín Oficial de la Región de Murcia
BOTHA	Boletín Oficial de los Territorios Históricos de Araba
CC	Código Civil (RD 24-7-1889)
CCol	Convenio Colectivo
Const	Constitución
DGE	Dirección General de Empleo
DGTr	Dirección General de Trabajo
Dir	Directiva
disp.adic.	disposición adicional
disp.final	disposición final
disp.trans.	disposición transitoria
DOGC	Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya
DOCV	Diario Oficial de la Comunidad Valenciana
DTE	Dirección Territorial de Economía, Industria, Turismo y Empleo
ET/15	Estatuto de los Trabajadores (RDLeg 2/2015; en vigor el 13-11-2015)
ET/95	Estatuto de los Trabajadores (RDLeg 1/1995; derogado el 13-11-2015)
IT	Incapacidad Temporal
JS	Juzgado de lo Social
L	Ley
LISOS	Ley de infracciones y sanciones en el orden social (L 8/1988)
LPRL	Ley de prevención de riesgos laborales (L 31/1995)
LRJS	Ley reguladora de la jurisdicción social (L 36/2011)
MEYSS	Ministerio de Empleo y Seguridad Social
RD	Real Decreto
RDL	Real Decreto-Ley
RDLeg	Real Decreto Legislativo
Resol	Resolución
SP	Servicio Provincial
TCo	Tribunal Constitucional
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia

Capítulo 1. Concepto y regulación de la distribución irregular

1. Gestión flexible del tiempo de trabajo	105	100
2. Distribución irregular de la jornada.....	125	
3. Fuentes reguladoras	165	
4. Resumen de claves	255	

I. Gestión flexible del tiempo de trabajo

La gestión flexible del tiempo de trabajo se ha convertido en una de las **demandas empresariales** más insistentes en la actualidad. Si, en su momento, el empresario centraba su interés en los aspectos cuantitativos de la jornada (conseguir un mayor número de horas de trabajo al mismo precio), hoy día el centro de gravedad se ha desplazado a los aspectos cualitativos, lo relevante ya no es tanto la cantidad de horas que se trabajan como su **adecuada distribución**, esto es, tener la posibilidad de disponer de las mismas para concentrarlas en los períodos de mayor necesidad sin coste adicional, a cambio de prescindir de esas horas en otros momentos de menor actividad.

En buena parte, ello se debe a la transformación del sistema productivo. Del *fordismo* tradicional se ha pasado al *toyotismo* o *just in time*, que tiende a reducir los costes de gestión ajustando la actividad productiva a los pedidos y no a las expectativas de demanda. Resulta más complicado, así, para la empresa predecir la carga de trabajo, que necesariamente irá variando, lo que requiere de una estructura organizativa mucho menos rígida.

Por añadidura, la crisis económica ha colaborado igualmente en la extensión de esta nueva concepción del trabajo, ya que los ajustes que el empresario pueda realizar incrementando la disponibilidad del trabajador (flexibilidad interna) evitan otras medidas más traumáticas de **extinción de contratos y reducción de plantilla** (flexibilidad externa). Así lo expresa la Audiencia Nacional (AN 4-7-14, EDJ 108894):

...la novedosa regulación de la jornada flexible trae causa en la propia actividad productiva de la empresa, extremadamente sensible a los avatares de la demanda, que obligaban en la regulación precedente a promover habitualmente medidas de suspensión o reducción de jornada e incluso medidas extintivas, habiéndose procurado, mediante esta regulación, ajustar al máximo la jornada a las necesidades productivas de la empresa evitando, de este modo, la generalización de medidas de flexibilidad interna o externa para ajustar la producción a los requerimientos de la demanda.

Una **mayor flexibilidad** contribuye a una organización más eficiente de los recursos y repercute positivamente en la productividad y competitividad de la empresa con el consiguiente ahorro de costes. Pero no puede obviarse que conlleva, de igual forma, un recorte importante para los derechos del trabajador, en la medida en que aumenta la disponibilidad de éste a favor del empresario, interfiriendo en el tiempo dedicado al **ocio** y a la atención de las **responsabilidades familiares**. Los trabajadores planifican habitualmente su vida privada en los espacios liberados de sus obligaciones profesionales, por lo que la imposibilidad de conocer con cierta antelación los horarios laborales genera incertidumbre y

trastoca significativamente los ritmos vitales de los afectados. Y, en fin, la necesidad de prestar servicios en momentos concebidos inicialmente para el **descanso**, o la **sobrecarga de trabajo** concentrada en determinados períodos puede tener igualmente repercusiones negativas para la salud del trabajador y suponer un riesgo añadido para el ejercicio de la prestación laboral.

PRECISIONES En el **ámbito comunitario**, pues, se viene reclamando que la flexibilidad en la distribución del tiempo de trabajo concedida al empresario se combine con una protección para los derechos del trabajador y una mayor estabilidad en el empleo (*flexiseguridad* en el término acuñado por el legislador comunitario). Esta tendencia desreguladora ya se refleja en las previsiones de la Dir 2003/88/CE, que a través de su conocida cláusula *opting-out* permite a los Estados miembros inaplicar los límites de jornada en ciertas condiciones. Y se ha acentuado en los últimos años a raíz de la jurisprudencia del TJUE 9-9-03, asunto Jaeger C-151/02, EDJ 64017 y TJUE 1-12-05, asunto Dellors C-14/04, EDJ 188232, entre otras, y de las orientaciones a los Estados emanadas de las instituciones comunitarias (por ejemplo, dentro de la **Estrategia para el Crecimiento y el empleo**, la directriz número 21 propone a los Estados y a los interlocutores sociales revisar la regulación del tiempo de trabajo poniéndola al servicio de la flexibilidad y la seguridad).

115 Por su parte, nuestro legislador introduce, a partir de la reforma de L 11/1994, distintas **medidas flexibilizadoras del tiempo de trabajo** en la regulación prevista en el Estatuto de los Trabajadores. Entre ellas, pueden citarse:

1. Establecimiento de una **jornada máxima** en cómputo anual, permitiendo su distribución irregular mediante convenio colectivo o acuerdo entre empresario y representantes de los trabajadores (ET/15 art.34.1.2).
2. Posibilidad, con ciertos límites, de realizar **horas extraordinarias**, que dejarán de computar como tales siempre que se compensen mediante descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización (ET/15 art.35.3).
3. Posible acumulación quincenal del **descanso mínimo semanal**, dejando abierto igualmente su disfrute en momentos no coincidentes con el fin de semana (ET/15 art.37.1).

Las **reformas normativas** posteriores, incluida la L 3/2012, han profundizado en esta línea flexibilizadora en distintas direcciones:

- a) Se amplía el margen de disponibilidad empresarial de algunos de los mecanismos ya existentes; así, en defecto de pacto, se reconoce al **empresario** la facultad para distribuir irregularmente un 10% de la jornada de trabajo a lo largo del año (ET/15 art.34.2).
- b) Se facilita al empresario la adopción de medidas de flexibilidad en **situaciones de crisis** o necesidad vía modificación sustancial de las condiciones de trabajo (ET/15 art.41).
- c) Se permite la modificación de la distribución del tiempo de trabajo establecida en convenio colectivo estatutario tanto en situación de **urgencia** (descuelgue convencional ex ET/15 art.82.3) como en supuestos de **normalidad empresarial** (pseudo-descuelgue o negociación de convenio de empresa concurrente previsto en el ET/15 art.84.2).
- d) En un aspecto cuantitativo, se habilita una **reducción de jornada** con reducción proporcional del salario por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas (ET/15 art.47).

PRECISIONES **1)** En un principio, el RDL 7/2011 estableció dentro del contenido mínimo del convenio colectivo (ET/15 art.85.3) la fijación de un **porcentaje**

mínimo y máximo de la jornada de trabajo que podría distribuirse irregularmente a lo largo del año. Salvo pacto en contrario, dicho porcentaje mínimo sería del 5%, otorgando por esta vía al empresario la facultad para distribuir unilateralmente la jornada de forma irregular sin necesidad de contar ya con la habilitación del convenio.

2) Desde el RDL 10/2010, que posteriormente dio lugar a la L 35/2010, se incluye en el ET/15 art.41 como materia expresamente **susceptible de alteración** la «distribución del tiempo de trabajo».

3) La **reducción de jornada** prevista por el ET/15 art.47 se introdujo a través de la L 35/2010 y requería autorización administrativa hasta la reforma operada por la L 3/2012.

En todos los supuestos mencionados, la apuesta por la flexibilización del tiempo de trabajo se realiza al servicio del interés empresarial, buscando adecuar la carga de trabajo a las **necesidades productivas cambiantes**. Ello no obsta para que, tanto desde la regulación legal como en las diversas fórmulas implementadas a través de la negociación colectiva, se contemplen cautelas para tratar de garantizar los derechos de los trabajadores afectados o, al menos, atenuar los efectos de las medidas flexibilizadoras. Y, puntualmente, se arbitran disposiciones que tienen su causa exclusivamente en la **situación y necesidades de los trabajadores**, como ocurre con:

- el derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada por razones formativas (ET/15 art.23), o
- para facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral (ET/15 art.34.8).

Con carácter general, las distintas modalidades de distribución flexible del tiempo de trabajo no sólo no son incompatibles entre sí, sino que pueden combinarse sin especial dificultad para **ampliar el abanico de opciones** a disposición del empresario de cara a una gestión más ágil y eficiente de los recursos productivos (así, por ejemplo, el empresario puede recurrir a una distribución irregular de la jornada sin perjuicio de la utilización simultánea de horas extraordinarias). Y, de igual forma, algunas de estas fórmulas pueden estar estrechamente conectadas, como ocurre con la distribución irregular de la jornada, que puede conllevar en algunos casos la **acumulación del descanso semanal**.

Otra cuestión es la conveniencia de racionalizar estos mecanismos de flexibilidad, estableciendo una especie de **«cascada de flexibilidad»** (GOÑI SEIN). Ello permitiría fijar una secuencia ordenada de estas iniciativas, atendiendo a la situación y circunstancias de la empresa y valorando el impacto negativo que producen en los trabajadores. Así, ante una disminución temporal y puntual de la producción, parece preferible la opción por una distribución irregular de la jornada frente a otras posibilidades más traumáticas, como una reducción de jornada. No existen referencias legales que pongan de manifiesto la preferencia del legislador en este punto, si bien, como veremos, la jurisprudencia valora en ocasiones esta circunstancia.

Nuestro estudio, sin embargo, se limita fundamentalmente a la distribución irregular de la jornada dentro del marco que ofrece el ET/15 art.34. Y a tal efecto atenderemos tanto a:

a) aquellos supuestos en que dicha distribución se realiza por razones empresariales:

- bien por iniciativa unilateral del empresario o

• en virtud de algún pacto o acuerdo colectivo, en situación de normalidad o de crisis y necesidad;

b) así como las modificaciones que puedan llevarse a cabo por razones vinculadas a las necesidades de conciliación de la vida familiar y laboral del trabajador.

2. Distribución irregular de la jornada: concepto

- I25** No se define legalmente qué ha de entenderse por distribución irregular de jornada (como indica el TSJ Cantabria 29-10-08, EDJ 229102: *la distribución irregular de la jornada a que alude el Estatuto constituye un concepto jurídico indeterminado cuya precisa delimitación no está exenta de polémica*). En principio, pues, hay que entender que, vendría referida a aquellos supuestos en los que la colocación del tiempo de trabajo en los diferentes módulos de referencia no se realiza de forma estable o uniforme. Como se ha señalado, consistiría en la alternancia de **períodos temporales** con una **mayor carga de trabajo** con otros períodos caracterizados por una carga laboral menor, que se compensan entre sí a fin de mantener inalterada la duración de la jornada pactada (*MARTÍNEZ YÁÑEZ*). Ahora bien, comoquiera que es el módulo semanal el utilizado por el ET/15 art.34 para fijar los límites legales de jornada, algunas decisiones jurisprudenciales entienden que sólo podríamos hablar de distribución irregular cuando tal distribución implique que unas semanas se trabaje un número distinto de horas que otras semanas (TSJ Valladolid 20-3-06, EDJ 42326). De tal forma que, si las **variaciones de jornada** se establecen dentro de los días de una semana y quedan compensadas en ese módulo semanal no podríamos estar hablando de distribución irregular y tales cambios quedarían amparados por el ejercicio regular de las facultades directivas y organizativas del empresario.
- I30** Se ha advertido, desde la **doctrina científica**, de los riesgos de esta interpretación por cuanto las modificaciones continuas de la jornada diaria, aun con menor impacto, pueden tener también un efecto negativo importante en la vida personal y familiar del trabajador. Una vez el vigente ET/15 art.34.2 amplía el margen de distribución irregular permitiendo a la empresa utilizar ésta hasta en un 10% de la *jornada de trabajo* sin mayores precisiones parece, sin embargo, que estas iniciativas podrían ser encuadradas como parte de esta distribución irregular y sometidas al régimen jurídico de la misma. En este sentido, algún convenio colectivo se refiere ya explícitamente a los cambios de **horarios diarios** como una de las alternativas comprendidas en la distribución irregular de la jornada (CCol Carpintería Ribera Pontevedra, Acuerdo 3-7-13 art.18, BOP Pontevedra 3-9-13). En cambio, otros convenios parecen contemplar estas modificaciones de la jornada diaria como una **medida de flexibilidad** al margen de la distribución irregular (CCol Assa Abloy Entrance Systems Spain Sociedad Anónima, Resol 21-10-14 art.30, BOCM 8-12-14). Pero la jurisprudencia insta a valorar, en cualquier caso, la *importancia cualitativa y cuantitativa* de estos **cambios** y los **perjuicios** que ocasiona a los trabajadores afectados (TSJ Cantabria 29-10-08, EDJ 229102); así, se entiende que la modificación continuada del horario diario de inicio de la jornada laboral a conveniencia de la empresa no queda amparado por el mecanismo de distribución irregular de la jornada, sino que obligaría a la empresa a seguir la vía del ET/15 art.41 (TSJ Aragón 23-12-08, EDJ 368730; nº 700 s.).

PRECISIONES Otra cuestión es que se pretenda alterar de forma sobrevenida el **módulo de cómputo** que se ha venido utilizando para la distribución irregular y así el Tribunal Supremo estima que el cómputo semanal de la jornada frente al diario que venía realizando la empresa, constituye una alteración relevante que tiene consecuencias económicas negativas para los trabajadores y debe seguir los cauces del ET/15 art.41, y ello pese a que en el convenio de aplicación se utilizara el **referente semanal** para la determinación de la jornada (TS 17-4-12, EDJ 89429).

Distribución irregular estática y dinámica Suele diferenciarse entre: **135**

1. Distribución irregular **estática, fija o certera**, en la que la flexibilidad está prevista de antemano (así, la fijación en el convenio colectivo de jornadas intensivas en ciertos períodos del año obedeciendo a circunstancias climáticas o productivas).

2. Distribución **dinámica, aleatoria o incierta**, que permite al empresario ampliar o reducir la jornada en cualquier momento en función de las necesidades que surjan, sin que exista una planificación previa.

Aunque es posible encontrar, como luego se verá, ejemplos de ambas modalidades en la negociación colectiva, la habilitación contenida en el ET/15 art.34.2 parece que responde más bien a lo que hemos definido como distribución *dinámica*, ya que, en definitiva, una distribución no regular pero prevista con antelación ya podía establecerse a través de la negociación colectiva sin el amparo expreso del precepto estatutario. Y, en suma, lo que supone un auténtico recorte en los derechos del trabajador y su disponibilidad del tiempo dedicado a su vida personal es precisamente la **nota de imprevisibilidad** que acompaña a la distribución irregular, que impide una planificación adecuada de ese tiempo u obliga a modificar las expectativas sobre el mismo (TSJ Castilla-La Mancha 4-3-03, EDJ 120795; TSJ Galicia 18-6-08, EDJ 104927).

Modalidades de distribución irregular En la negociación colectiva han proliferado, con todo, diferentes modalidades de flexibilidad de la jornada de trabajo que presentan diferencias significativas entre ellas y que resultan de difícil encaje, en ocasiones, en la conceptualización que hemos realizado de distribución irregular. Así ocurre, por ejemplo, con las llamadas **«bolsas de horas»** que aparecen en un buen número de convenios colectivos, en virtud de las cuales se pone a disposición del empresario un cierto número de horas para su distribución discrecional a lo largo del período de referencia fijado. **140**

La **licitud** de estas prácticas ha sido refrendada por la jurisprudencia (TSJ Valladolid 2-5-00, EDJ 26422) y si esa bolsa de horas se desgaja de la jornada anual o mensual establecida en el convenio no parece que, pese a su singularidad, pueda plantear problemas. Ahora bien, si la bolsa de horas se le reconoce al empresario *adicionalmente* a la jornada anual/mensual o semanal «básica» prevista en el convenio estaríamos, aquí sí, ante una **alteración de la jornada convencional** y ello ha suscitado mayores dudas en cuanto a su admisibilidad, entendiéndose en ocasiones que más que una distribución irregular, estaríamos en estos casos ante **«horas adicionales»**, semejantes a las horas complementarias (ET/15 art.12.5) que se regulan en el contrato a tiempo parcial (*DEL REY GUANTER*).

En este sentido, se ha planteado también si estos sistemas podrían vulnerar lo previsto por el ET/15 art.34.1, ya que provocan una relativa indefinición de la jornada, que podrá incrementarse o reducirse a lo largo del año en función de las

necesidades empresariales. No obstante, si aún no estando totalmente determinada, la jornada es *determinable* a través de **criterios objetivos y transparentes** establecidos por los negociadores, ello es perfectamente lícito y no constituye un abuso de Derecho, sino que habría de verse como una posibilidad de alteración de la jornada convencional, introduciendo de forma anticipada el mecanismo previsto en el ET/15 art.82.3 (AN 4-7-14, EDJ 108894; ver nº 500 s.).

145 Distinción frente a otras figuras. Especial referencia a las horas extraordinarias La distribución irregular de la jornada supone que, en algunos períodos, la jornada habitual de trabajo se verá incrementada mientras que en otros, correlativamente, se reduce.

1. En aquellos supuestos en los que el empresario impone una reducción de la actividad a cuenta de **sobrecargas futuras** de trabajo, el mecanismo de distribución irregular permite neutralizar la aplicación del ET/15 art.30, que contiene una garantía salarial para los casos de falta de ocupación efectiva por causas imputables a la empresa o pertenecientes a la esfera de riesgo empresarial (TSJ País Vasco 7-11-01, Rec 2281/01). De esta forma, la empresa puede exigir con posterioridad la recuperación de todo o parte del tiempo de trabajo perdido, si bien habrá de mantener en todo caso la retribución correspondiente. Se consigue, así, un **ahorro** importante, al no tener que pagar, además de los salarios de inactividad, la retribución, generalmente como horas extraordinarias, del trabajo adicional que se requeriría en períodos posteriores. Sin contar con que, como se ha señalado (*MATORRAS DÍAZ-CANEJA*), el recurso a la distribución irregular puede evitar a la empresa, en estos casos, otras **alternativas más gravosas** como:

- la reducción de plantilla (ET/15 art.51), o
- una suspensión temporal de los contratos de trabajo (ET/15 art.47).

En la negociación colectiva se precisa, en ocasiones, las circunstancias concretas que habilitarían al empresario para reducir la jornada de trabajo (averías, tareas de mantenimiento, cancelación imprevista de pedidos, falta de suministros...) y atendiendo a ello la jurisprudencia suele determinar la aplicación o no del ET/15 art.30 según estas incidencias hayan sido calificadas expresamente por el convenio como causas de carácter recuperable dentro de un marco de distribución irregular de jornada (TSJ País Vasco 3-6-08, EDJ 230167).

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que, guardando silencio el convenio sobre esta cuestión, las facultades que actualmente reconoce al empresario el ET/15 art.34.2 para la distribución irregular pueden permitirle soslayar con mayor facilidad en estos supuestos la aplicación del ET/15 art.30, dado que no están condicionadas por un **principio de causalidad**.

150 2. Por otra parte, puede apreciarse un cierto paralelismo entre las **horas adicionales** que se realizan en períodos de mayor actividad en el marco de la distribución irregular de jornada y las horas extraordinarias compensables, que el empresario utiliza habitualmente como instrumento de gestión flexible del tiempo de trabajo. Existen, sin embargo, algunas diferencias significativas. Así:

a) Las horas extraordinarias son, en principio, de realización voluntaria; mientras que las horas adicionales forman parte de la jornada ordinaria del trabajador y son de obligado cumplimiento para éste.

En la práctica, esta **voluntariedad** puede quedar difuminada si el convenio colectivo así lo prevé o si el trabajador se ha comprometido previamente en el

contrato individual. Como también es frecuente que, en determinadas circunstancias, el trabajador pueda verse compelido a aceptar la realización de horas extras en contra de su verdadera voluntad.

PRECISIONES Las horas extraordinarias por causa de fuerza mayor, aquellas que se requieren para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes, son de obligada realización para el trabajador. No es infrecuente, en este sentido que a través de la negociación colectiva se amplíe el concepto de **hora extra por fuerza mayor**, desvirtuando esta categoría y convirtiéndolas así en preceptivas.

b) Las horas adicionales que se llevan a cabo en un sistema de distribución irregular de jornada serán compensadas con un **período de descanso** equivalente coincidiendo con momentos de menor intensidad en la actividad empresarial. En el caso de las horas extras cabe de igual forma un descanso compensatorio pero sigue siendo frecuente que a través de la negociación colectiva se establezcan otras fórmulas de **compensación monetaria**.

Y tanto si se prevé la compensación en descanso o vía retributiva, es habitual que se prevean recargos, que constituyen un incentivo para el trabajador, y que no suelen contemplarse en el caso de la distribución irregular.

c) El número de horas extraordinarias no podrá ser superior a 80 al año para un contrato de trabajo a tiempo completo (ET/15 art.35.2) o al **límite** que, en su caso, haya previsto el convenio colectivo. Mientras que las horas adicionales en un sistema de distribución irregular tendrán que ser oportunamente compensadas para no superar la jornada total pactada. Ha de advertirse, no obstante, que las **horas extras compensadas** con descanso en los cuatro meses siguientes a su realización dejan de computar para este límite, lo que las convierte, más que en un mecanismo de prolongación de jornada, en un instrumento de distribución irregular del tiempo de trabajo a disposición del empresario muy similar al que estudiamos.

Por otra parte, si finalmente las **horas adicionales** superaran los descansos compensatorios en un sistema de distribución irregular y se rebasara la jornada anual pactada, el exceso debería computarse como horas extras y compensarlas como tales; en defecto de pacto, sin embargo, el ET/15 art.34.2 establece que las diferencias podrán **compensarse en un plazo** de doce meses desde su realización, lo que incrementa si cabe más la flexibilidad empresarial y hace más improbable, o al menos dificultoso, la apreciación de estos excesos.

d) Las horas extraordinarias pueden ser ofertadas por el empresario en cualquier momento, sin necesidad de preaviso; el ET/15 art.34.2 exige, en cambio, que el trabajador conozca con un preaviso mínimo de cinco días el día y la hora en la que se concretará la distribución irregular.

e) En aquellos casos en que conviven ambos sistemas, horas extras y distribución irregular de la jornada, probablemente habrá que esperar al **final de año** para poder establecer con seguridad los **excesos** que se han producido y, en definitiva, las horas extras que deben reconocerse (TSJ Las Palmas 14-11-13, EDJ 256020; TSJ Cataluña 6-5-03, EDJ 41472). Ello, por supuesto, sin perjuicio de que el empresario pueda optar por señalar como hora extra cualquier prolongación de la jornada ordinaria en el mismo momento de su realización, pasando a compensarla como tal.

3. La distribución irregular, especialmente cuando se articula a través de bolsas de horas, presenta algunas semejanzas con las horas complementarias que pueden estipularse en el **contrato a tiempo parcial**. Se trata, no obstante, de

figuras distintas, que no son incompatibles pero tienen un régimen jurídico diverso, como se expondrá más adelante (nº 900 s.).

- 160** En resumen, atendiendo a lo expuesto, el recurso a la distribución irregular es una **alternativa atractiva** en la medida en que permite al empresario gestionar el tiempo de trabajo de forma flexible, con indudables **ventajas** frente a otras posibilidades:
- En momentos de sobrecarga de trabajo, la distribución irregular evita el recurso a otras medidas como la contratación temporal o las horas extraordinarias, que tienen un régimen legal más restrictivo. Ello supone, además, un ahorro económico, tanto en lo referente a las **cotizaciones** a la Seguridad Social como en **retribuciones**, dado que las horas flexibles forman parte de la jornada ordinaria y no tienen normalmente previsto un recargo o, si lo tienen, suele ser más barato que el aplicable a las horas extras.
 - Por el contrario en **períodos valle** de descenso de la demanda, el empresario puede ajustar el ritmo de producción, evitando costes de almacenamiento de materias primas y productos elaborados y sin que, en todo caso, resulte aplicable el ET/15 art.30, lo que le permitirá recuperar las horas que se dejen de trabajar durante estos períodos. E igualmente, la flexibilidad de jornada en estas situaciones puede impedir la adopción de otras medidas más traumáticas como la suspensión o extinción de contratos.

3. Fuentes reguladoras

(ET/15 art.34.2)

- 165** El ET/15 art.34.2 fija distintas posibilidades para la regulación de la distribución irregular de la jornada:
- Se podrá establecer por **convenio colectivo** (nº 170 s.).
 - En defecto de convenio, por **acuerdo colectivo** entre la empresa y los representantes de los trabajadores (nº 180 s.).
 - Tras la L 3/2012, se abre la vía para que, **en defecto de pacto** colectivo, la empresa pueda proceder a la distribución irregular a lo largo del año del 10% de la jornada pactada (nº 195 s.).
- 170** **Convenio colectivo como fuente preferente para la regulación de la distribución irregular** Con carácter preferente, se otorga al convenio colectivo la facultad para establecer y reglamentar las condiciones en que haya de llevarse a cabo la distribución irregular de la jornada. El convenio parece un instrumento particularmente adecuado para la regulación de esta materia por su mayor cercanía al sector o empresa concreto, lo que le permite realizar previsiones más ajustadas a las **necesidades reales** de aquellos a quienes se dirige. Ello reviste especial importancia en esta cuestión, ya que en la medida en que se conozcan los flujos de actividad de la empresa y sus demandas de mano de obra se facilita la fijación de los límites y los requisitos para el funcionamiento de la distribución irregular. De esta forma, el convenio se convierte en el principal **garante de los derechos de los trabajadores** implicados, limitando la disponibilidad empresarial y asegurando que los recortes que sufren los trabajadores están debidamente justificados y son objeto de una compensación adecuada. En este sentido, parece oportuno llamar la atención sobre el cambio sustancial que ha experimentado el **papel del convenio** en este punto tras la reforma introducida por el RDL 7/2011. Hasta ese momento, la autonomía colectiva

habilitaba para la distribución irregular, esto es, abría la puerta para su aplicación en el ámbito convencional ya que, en caso contrario, el empresario tenía vedada su utilización. Tras la **reforma de 2011**, consolidada y ampliada por la L 3/2012, el empresario tiene a su disposición, en defecto de pacto colectivo, un 10% de la jornada pactada para proceder a su distribución irregular, por lo que el convenio colectivo se erige ahora como el principal instrumento para limitar y encauzar la potestad empresarial que, de otro modo, podrá ejercitarse sin más restricciones que las generales que, al efecto, recoge el ET/15 art.34.2.

Como **consecuencia de estos cambios**, la negociación colectiva, que siempre había mostrado interés por esta materia, ha introducido de un tiempo a esta parte previsiones aún más detalladas que tratan de acotar con mayor exactitud las condiciones y requerimientos para su aplicación, apostando por fórmulas que revisten, en ocasiones, una cierta complejidad (ver nº 500 s.).

Algunas precisiones pueden realizarse en relación con esta **atribución** reconocida **al convenio**: **175**

a) Es opinión mayoritaria en la doctrina que la referencia legal al convenio colectivo debe entenderse hecha al **convenio estatutario**. Pese a ello, una vez se admite que la distribución irregular pueda establecerse a través de un acuerdo de empresa o incluso por disposición unilateral del empresario, no creemos que pueda objetarse su previsión a través de un convenio extraestatutario. Otra cuestión es que la prioridad legal quede circunscrita al convenio estatutario y en tal sentido habrá de respetarse.

b) La distribución irregular puede fijarse en **convenio sectorial o de empresa**. El legislador no establece pautas para la coordinación entre los diferentes niveles negociadores, por lo que habrá de acudir a las reglas generales de concurrencia de convenios del ET/15 art.84 para la resolución de los conflictos. A este respecto, se reconoce **prioridad aplicativa** al convenio de empresa sobre el convenio sectorial de ámbito superior, entre otras materias, en lo relativo al «horario y la distribución del tiempo de trabajo» (ET/15 art.84.2.c). Como consecuencia de ello:

– El convenio de empresa posterior podrá, en cualquier momento, *descolgarse* de lo dispuesto en el convenio sectorial, estableciendo una regulación más favorable, más restrictiva o simplemente distinta de la prevista en el mismo.

– No tiene ninguna virtualidad la eventual prohibición o limitación del **descuelgue** por parte del convenio sectorial (ET/15 art.84.2 *in fine*).

– El descuelgue es **acausal**, esto es, no precisa de la concurrencia de una causa específica ni se circunscribe, por tanto, a situaciones de necesidad o dificultad económica.

– No existe tampoco **limitación temporal**, de forma que, una vez negociado el convenio de empresa, la vigencia de éste no va vinculada a la del convenio sectorial.

– El convenio de empresa puede establecer una distribución irregular de la jornada que se aparte de la prevista en el convenio sectorial pero no podrá modificar la **duración** de la misma, ya que la habilitación para el descuelgue no alcanza a la jornada de trabajo.

– Otros aspectos relacionados con la distribución irregular, como posibles **complementos económicos**, pueden resultar más problemáticos a efectos de descuelgue. Así, entre las materias que la ley contempla como susceptibles de regularse en el convenio de empresa se encuentra «la cuantía del salario base y los complementos salariales». Parece, pues, que podría **incrementarse o**

reducirse la cuantía de un complemento ya previsto en el convenio sectorial, pero más dudoso resultaría su supresión o, por el contrario, su introducción *ex novo* en el convenio de empresa, dado que ello supondría una alteración de la **estructura salarial** que quedaría fuera del alcance del descuelgue.

180 Acuerdos de empresa como fuente de regulación subsidiaria Con carácter subsidiario a la regulación que pueda contener el convenio colectivo, el ET/15 art.34.2 permite que los acuerdos colectivos entre la empresa y los representantes de los trabajadores puedan igualmente establecer previsiones sobre la distribución irregular de la jornada. Se da entrada, así, a una vía menos formalizada pero más próxima al centro de trabajo que puede gestionar con mayor eficacia esta materia, pero sin renunciar a la intervención de la **autonomía colectiva**, que habrá de velar por los intereses de los trabajadores y garantizar un equilibrio entre las partes. De esta forma:

1. El acuerdo de empresa queda supeditado, en todo caso, a lo dispuesto en el convenio y ha de respetar los límites fijados por éste, no pudiendo contradecirlo ni regular en contrario, salvo **previsión expresa** del propio convenio. No es éste último un supuesto frecuente pero pueden encontrarse algunos ejemplos en la negociación colectiva, así:

– el CCOL Aceralia Construcción Obras S.L., Resol DGT 28-2-07 art.14.2, BOE 14-3-07, permite que la empresa, por acuerdo con el comité, pueda establecer en situaciones particulares una distribución del tiempo de trabajo distinta de la recogida en el convenio; y en parecidos términos

– el CCOL Sector Comercio Textil Comunidad de Madrid, Resol 20-12-13 art.9, BOCM 27-1-14 que lo justifica en las peculiaridades de cada empresa.

Es cierto que, como ya se ha señalado, tras la L 3/2012 se concede **prioridad aplicativa** al convenio de empresa en lo que se refiere a la distribución del tiempo de trabajo (ET/15 art.84.2), lo que restaría virtualidad a este tipo de cláusulas. No obstante, ha de tenerse en cuenta que la negociación de un convenio de empresa obliga a contar con una legitimación que, en lo que se refiere al **banco social**, puede no ser fácil de cumplir. Por ello, la estipulación de una válvula de escape en el convenio sectorial a favor del acuerdo de empresa puede facilitar la adaptación de las fórmulas de distribución irregular en la empresa o centro de trabajo a través de una vía más flexible, pero asegurando la participación de los representantes de los trabajadores y cerrando, en suma, el paso a la **fijación unilateral** por el empresario.

PRECISIONES El acuerdo de empresa podrá regular aspectos no contemplados por el convenio o interpretar las previsiones de éste, siempre y cuando ello no implique una modificación del mismo (TS 11-7-06, EDJ 277494).

185 2. En ausencia de previsión convencional, el acuerdo de empresa tiene en principio libertad para establecer **reglas de funcionamiento** de la distribución irregular. Considerando sin embargo que, en defecto de pacto colectivo, la ley concede al empresario la posibilidad de distribuir irregularmente hasta un 10% de la jornada, parece razonable pensar que éste no va a mostrar particular interés por alentar este tipo de acuerdos, salvo que precise incrementar el margen de jornada susceptible de distribución irregular por encima del límite legal, o bien desee concretar y negociar las condiciones de la distribución irregular para, entre otras cosas, favorecer su aceptación por los trabajadores.

Y de cualquier forma, la **regla de subsidiariedad** prevista legalmente implica que la aprobación posterior de un convenio colectivo que aborde esta cuestión