

**ALGUNAS CUESTIONES DERIVADAS DE LA ACTUAL REGULACIÓN DE
LA DISTRIBUCIÓN IRREGULAR DE LA JORNADA**
COMENTARIO DE LA STS, 4ª, 16.4.2014 (rec. 183/2013)

Alberto Pastor Martínez, Doctor en Derecho
Profesor Agregado interino
Universitat Autònoma de Barcelona

Abstract

El presente estudio analiza el valor que la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2014 ha dado al preaviso que, para los supuestos de distribución irregular, prevé el art. 34.2 del TRLET tras su reforma. Asimismo se analiza el impacto que para la negociación colectiva ha tenido la admisión de la facultad empresarial de distribuir irregularmente hasta un 10% de la jornada ordinaria en los supuestos de falta de acuerdo en convenio o acuerdo.

This paper analyzes the value that the decision of the Spanish Supreme Court of April 16th, 2014 has given to the “advance notice” for the irregular distribution of working time after the reform of section 34.2 of the Worker’s Statute. It also studies the impact of such reform on collective bargaining since it authorizes the employer to distribute irregularly and unilaterally up to 10% of normal working hours.

Title: Some issues about the irregular distribution of working time. Commentary of the decision of the Spanish Supreme Court of April 16th, 2014.

Palabras clave: tiempo de trabajo, distribución irregular de la jornada, preaviso, negociación colectiva.

Keywords: working time, irregular distribution of working time, advance notice, working time control, collective bargaining.

Sumario

1. La individualización de la distribución irregular de la jornada.
2. La exigencia de un preaviso de cinco días como límite a la distribución irregular de la jornada.
3. El papel del convenio y de la autonomía colectiva como instrumentos de ordenación de la distribución irregular de la jornada tras la reforma del 2012.

1. La individualización de la distribución irregular de la jornada

La regulación de la distribución de la jornada constituye, a nuestro juicio, una de las materias en las que de forma más nítida se aprecia la contraposición de intereses empresariales y laborales. Si por parte empresarial el interés en la distribución de la jornada se vincula primordialmente a la satisfacción de sus necesidades organizativas, en términos de adecuación de los recursos productivos a los requerimientos de la demanda al menor coste posible, por la parte social o laboral, la distribución de la jornada incide directamente en la división y gestión de los distintos tiempos vitales (tiempo de trabajo, familiar y personal).

Unas relaciones y sus correlativas contraposiciones que son aún más evidentes en lo que a la distribución irregular de la jornada se refiere. Si bien la ley no define claramente que deba entenderse por distribución irregular de la jornada, a nuestro juicio esta se definiría por constituir una distribución de la jornada superando los límites legales y convencionales en los que se distribuye ordinariamente la jornada¹. De esta forma, la distribución irregular de la jornada que se deriva de la superación de los límites ordinarios de distribución de la jornada (40 horas semanales, 9 horas diarias o, en su caso, los límites establecidos en el convenio de aplicación) deviene un instrumento de flexibilidad interna especialmente adecuado a los intereses empresariales de adaptabilidad pero que, por esa misma irregularidad y falta de previsibilidad, incide de forma especialmente negativa en la gestión de los tiempos dedicados a las tareas de cuidado y las actividades cívicas y de ocio del trabajador. La distribución irregular de la jornada dificulta especialmente la realización del trabajo doméstico-familiar y de cuidado de las personas dependientes, que es imprescindible socialmente y que tiene delimitaciones temporales estrictas. Una desincronización que afecta especialmente a las mujeres por cuanto son éstas las que aún se encargan en mayor medida de las tareas doméstico-familiares.

La regulación legal de la distribución irregular de la jornada permaneció inalterada desde su introducción en la reforma de 1994 hasta la reforma del 2011. El Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, aunque dejó incólume el tenor literal del art. 34 del TRLET,

¹ Pueden verse los distintos conceptos de distribución irregular que se han manejado en MARTINEZ YAÑEZ, NORA MARÍA: *El régimen jurídico de la disponibilidad horaria*, Ed. Aranzadi, Navarra 2011. La autora emplea un concepto más amplio de distribución irregular considerando que es toda distribución en la que se alternan periodos de mayor carga laboral con otros de menor que se compensan entre sí a fin de mantener inalterada la duración de la jornada (pág. 41). El Tribunal Supremo no se ha pronunciado al respecto y la doctrina judicial, aunque no con total claridad, parece inclinarse por un concepto análogo al que ya sostuvimos en *La negociación colectiva tras la reforma laboral de 1994. Perspectivas a la luz de los acuerdos colectivos de 1997* (Dir. SALVADOR DEL REY GUANTER), Ed. CES, Madrid, 1998, pág. 126 y ss.

al reformar el art. 85.3 incluyó un apartado i) en el que se establecía, como contenido mínimo de los convenios, la necesidad de que en estos se estipulase «un porcentaje máximo y mínimo de la jornada de trabajo que podrá distribuirse de manera irregular a lo largo del año», añadiéndose inmediatamente, que «salvo pacto en contrario, este porcentaje será de un cinco por ciento». Se marcaba, de esta forma, una tendencia, que la reforma del 2012 potenció al incrementar el porcentaje a un 10%: atribuir al empresario, en defecto de previsión en convenio o acuerdo, la facultad unilateral de distribuir irregularmente un porcentaje de la jornada.

La admisión de la facultad unilateral empresarial de distribuir irregularmente la jornada supone un cambio en la ordenación de los poderes de determinación de la jornada, que altera significativamente el *status quo* de la negociación y el papel y funciones del convenio colectivo en esta materia. La función constitutiva o genética desarrollada por el convenio o, en su defecto, el acuerdo de empresa se soslaya o, cuando menos, se matiza por la admisión de aquella facultad. Si hasta las reformas del 2011-2012 el convenio o el acuerdo eran instrumentos indispensables para permitir la distribución irregular, con la nueva regulación del art. 34.2 del TRLET el punto de partida en la negociación deviene el 10% reconocido *ex lege* al empresario. Un cambio que no sólo altera el *status quo* de las partes en los procesos negociadores sino la propia función a desarrollar por el convenio colectivo en la regulación de la distribución irregular de la jornada².

2. La exigencia de un preaviso de cinco días como límite a la distribución irregular de la jornada

En el proceso de cambios operados en el art. 34.2 del TRLET, fue el Real Decreto-ley 3/2012 el que introdujo la exigencia de un preaviso de 5 días para que el trabajador conociese el día y la hora de la prestación resultante de la distribución irregular. Ni el previo Real Decreto-ley 3/2012 ni el anterior Real Decreto-ley 7/2011 hicieron alguna

² Conviene no olvidar que la alteración del rol del convenio colectivo como instrumento de ordenación de la distribución irregular de la jornada también se produce en relación a las unidades en que puede ser negociada y las relaciones de articulación entre las distintas ordenaciones que puedan realizarse desde diversas unidades. Así, conforme al nuevo art. 84.2 del TRLET una de las materias en las que se reconoce prioridad al convenio de empresa frente al sectorial es respecto a la regulación del horario y la distribución del tiempo de trabajo. De esta forma, la distribución de la jornada que se pacte en un convenio estatutario a nivel de empresa se impone a la establecida en el convenio sectorial con independencia de cualquier juicio de valor sobre su mayor o menor favorabilidad. Adicionalmente, en la nueva regulación del art. 82.3 del TRLET una de las materias en las que resulta posible, si concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, la inaplicación del convenio colectivo sectorial es la «a) Jornada de trabajo, b) Horario y distribución del tiempo de trabajo».

referencia a una práctica que, sin embargo, era relativamente frecuente en la negociación colectiva. El **Tribunal Supremo, en la sentencia de 16 de abril de 2014, rec. 183/2013**, tiene que resolver si resulta válida la cláusula de un convenio colectivo empresarial que establece un preaviso de 24 horas para la distribución irregular de la jornada o si por el contrario resulta nula por conculcar el preaviso de 5 días establecido en el art. 34.2 del TRLET.

Interesa destacar que nos hallamos ante la primera sentencia del Tribunal Supremo dictada al amparo de la nueva redacción del art. 34.2 del TRLET y en ella efectúa una primera aproximación al nuevo reparto de tutelas entre ley, autonomía colectiva y poder de dirección empresarial que se deriva de ese nuevo redactado.

El Tribunal Supremo, confirmando la sentencia de instancia (STSJ de Aragón, núm. 281/2013, de 7 de junio) considera ilícita la cláusula del convenio en base a los siguientes razonamientos:

- a) El art. 34.2 del TRLET contiene una disposición de derecho necesario relativo en cuanto contempla que «el trabajador deberá conocer con un preaviso mínimo de cinco días el día y la hora de la prestación resultante» de la distribución irregular a lo largo del año del 10% de la jornada de trabajo.
- b) Considera que la relación entre este tipo de normas y las cláusulas convencionales se rige por el principio de norma mínima, lo que determina, conforme indicó ya en la STS de 25 de enero de 2011, recurso de casación núm. 216/2009, que en el “proceso de depuración de la norma convencional” se tengan que eliminar “uno por uno, todos los aspectos que no respeten los mínimos establecidos en la norma legal de derecho necesario relativo que ha establecido dichos mínimos” sin que, a diferencia de lo que ocurre cuando se aplica el principio de norma más favorable (art. 3.3 del ET), quepa la comparación global y la compensación de los derechos o ventajas entre la norma legal con la norma convencional.

De esta forma, para el Tribunal Supremo la exigencia de preaviso constituye una tutela legal indisponible relativamente para la autonomía colectiva que sólo podrá mejorarla y nunca reducirla (supuestos de autos) o, menos aún, hacerla desaparecer. Aunque ciertamente la sentencia no se refiere expresamente a esta cuestión, entendemos que la tutela y el carácter de *ius cogens* del preaviso se debe extender, lógicamente y con mayor razón, a aquellas hipótesis en las que la irregularidad deriva, ante la ausencia de acuerdo en convenio o acuerdo, del ejercicio unilateral del poder de dirección empresarial. Configurando, de este modo, **el preaviso de cinco días en un requisito mínimo que se impone a cualquier forma de distribución irregular de la jornada.**

Una conceptualización del preaviso como norma mínima imperativa que determina, en contra del argumento empresarial, que sea **irrelevante que la eventual reducción del preaviso (como ocurría en el supuesto analizado de 5 días a 24 horas) pueda ser fruto de una compensación acordada en convenio** consistente en la reducción del porcentaje de distribución irregular (el convenio había establecido un 5%). La interpretación del preaviso como norma mínima imperativa, no sólo para la autonomía individual sino también para la colectiva, supone descartar que la irregularidad convencional se articule en los límites establecidos en el propio convenio. Una línea interpretativa que podía haberse intentado justificar en dos argumentos de diverso tipo. Uno, de orden gramatical, al considerar que cuando el segundo párrafo del art. 34.2 del TRLET dice “[d]icha distribución” se refiere exclusivamente al supuesto de la irregularidad unilateral por ser esta la hipótesis a la que se acaba refiriendo el párrafo antecedente. Y un segundo argumento, de orden sistémico, consistente en reconocer que en aquellos supuestos en los que la irregularidad deriva de un acuerdo establecido en convenio o acuerdo de empresa puede resultar más funcional e incluso, más respetuoso, con el propio derecho a la negociación colectiva permitir que sean las partes las que determinen los mecanismos de tutela.

Por el contrario, de manera razonable, el Tribunal considera, en base también a una interpretación literal y sistémica, que la referencia al plazo de preaviso en un párrafo distinto al que permite a la negociación colectiva regular la distribución irregular y junto a la garantía del descanso diario y semanal constituyen argumentos que determinan su imperatividad también para la distribución irregular *ex convenio*.

Una interpretación a la que creemos que también podría coadyuvar, aunque el Tribunal no haga ninguna referencia a esta cuestión, la valoración de los bienes jurídicos tutelados por la institución. En este sentido, el preaviso constituye un mecanismo especialmente idóneo para la tutela de determinados intereses y derechos de los trabajadores, algunos con una clara dimensión constitucional, como pueden ser la conciliación de la vida personal y familiar con la vida laboral. La exigencia de un preaviso de cinco días dota de previsibilidad al trabajador sobre una distribución de la jornada que, a diferencia de la que puede derivar de la utilización de las horas extraordinarias y su compensación con tiempo de descanso, es siempre imperativa para el trabajador. Ciertamente, su exigencia supone una limitación en la capacidad de adaptabilidad de la jornada y la satisfacción de las necesidades empresariales pero debe tenerse en consideración que ello sólo se producirá en supuestos perentorios imprevistos y la existencia de vías alternativas que garantizan en mayor medida la voluntariedad como pueden ser las horas extraordinarias.

Sentada la imperatividad del preaviso de cinco días, la sentencia no resuelve, por no ser objeto del recurso, algunas otras cuestiones que se plantean en relación al mismo: ¿el preaviso tiene que ser por escrito?; ¿los cinco días son naturales o laborables?; ¿se entiende satisfecho con la programación de la irregularidad en el convenio? A nuestro juicio, a la espera de sentencias que se puedan pronunciar al respecto y en una respuesta preliminar, creemos: 1) que aunque la forma escrita es la que dota de mayores garantías al preaviso –y ello tanto en lo que se refiere al cumplimiento de sus fines, facilitar al trabajador un concreto conocimiento de la nueva distribución de la jornada, como respecto a la acreditación de su realización– creemos que la no exigencia de una forma determinada por parte del art. 34.2 del TRLET consentiría su realización tanto en forma escrita como verbal; 2) es también la falta de previsión específica alguna en la norma nos conduce a considerar que la referencia a los cinco días debe considerarse realizada a días naturales por aplicación analógica del art. 5.2 del Código Civil según el cual «en el computo civil de los plazos no se excluyen los días inhábiles»; 3) no resulta del todo infrecuente que, en aquellas actividades en las que resulta posible la previsión de los momentos de mayor o menor actividad, los convenios colectivos o el calendario anual determinen los periodos de realización de la distribución irregular. A nuestro juicio, esa previsión o programación de la irregularidad serviría como preaviso siempre y cuando cumpliera la finalidad informativa que prescribe el art. 34.2 del TRLET y que no es otra que posibilitar que el trabajador conozca «el día y la hora de la prestación de trabajo resultante de aquélla». Si dicha información resultase del propio convenio o calendario cabría considerar preavisado al trabajador, no, por el contrario, cuando dichos instrumentos únicamente hicieran una referencia a los periodos del año en que se desarrollará la distribución irregular.

3. El papel del convenio y de la autonomía colectiva como instrumentos de ordenación de la distribución irregular de la jornada tras la reforma del 2012

Como hemos señalado, la actual regulación de la distribución irregular de la jornada, desde su reforma en el 2011 y aún más claramente con la del 2012, ha restado protagonismo a la autonomía colectiva. Hasta el 2011 el convenio colectivo o, en su defecto, el acuerdo de empresa tenían, en todo caso, una función constitutiva. Si no existía acuerdo en la negociación colectiva no podía existir distribución irregular. La actual normativa en defecto de ese acuerdo garantiza que, en todo caso, la empresa pueda distribuir de manera irregular a lo largo del año el diez por ciento de la jornada ordinaria de trabajo.

La distribución irregular unilateral del 10% garantizada por ley supone que la negociación de la distribución del tiempo de trabajo parta ahora, a diferencia de la anterior situación, de ese mínimo pero sin que ello pueda entenderse como una facultad

omnímoda e incondicionada del empresario. Tal y como se establece en la **STSJ de Castilla y León, Burgos, núm. 347/2013 de 17 julio** “se mantiene la necesidad de negociación entre las partes implicadas, y sólo en su defecto, revierte en la posibilidad de fijar unilateralmente el empleador la distribución irregular de la jornada”. De esta forma, siempre será necesario, so pena de que la medida sea calificada de ilegal, acreditar un previo intento de negociación colectiva para que quepa la decisión unilateral.

Obviamente el cambio en la dinámica negociadora de la distribución del tiempo de trabajo no impide que el convenio pueda establecer un porcentaje inferior de reducción de jornada y efectuar una regulación de las condiciones en que aquella deba desarrollarse. Siempre y cuando la negociación respete los límites indisponibles marcados por el art. 34.2 del TRLET (preaviso, períodos mínimos de descanso diario y semanal legales) podrá desarrollar esa función reguladora. No podemos, sin embargo, desconocer que la pérdida de la capacidad constitutiva resta valor al papel del convenio. Ahora esté será únicamente indispensable en aquellas hipótesis en las que el empresario quiera incrementar la ya de por sí amplia cantidad de horas susceptibles de ser distribuidas irregularmente de forma unilateral.

La duda, aún no resuelta por los Tribunales, es si el pacto en convenio o en acuerdo de empresa continúa siendo indispensable para la superación de las 9 horas diarias de jornada de trabajo ordinaria que se establece en el apartado tercero del art. 34 del TRLET. En otros términos ¿ante la ausencia de pacto colectivo puede el empresario acordar una distribución irregular de la jornada que implique superar las 9 horas diarias o, por el contrario, es necesario dicho acuerdo colectivo? A favor de la admisión de la facultad empresarial jugaría el hecho de que el art. 34.2 del TRLET establece como únicos límites expresos, sin ninguna otra referencia, el descanso diario y semanal y el preaviso. En contra, el hecho de que la superación de ese límite continua requiriendo en el art. 34.3 del TRLET, sin previsión expresa de excepción alguna, el acuerdo en convenio o, en su defecto, con los representantes de los trabajadores. El respeto al espacio reservado a la autonomía colectiva en dicho precepto y su interpretación literal nos conducen a considerar que es esta la opción que más se ajusta a la ley.

Una interpretación que por otra parte no impediría de manera absoluta la superación de esas 9 horas diarias, sino que únicamente reconduciría su regulación a una autonomía colectiva que, de este modo, encontraría en este espacio un ámbito en el que desarrollar un posible intercambio equilibrado de contraprestaciones.