



**XXIX Jornada de Estudio sobre Negociación Colectiva de la CCNCC**  
**(Madrid, 10 de noviembre de 2016)**

1ª Ponencia

# **Tiempo de Trabajo y Jornada. Regulación y tratamiento en la negociación colectiva.**

**Juan Gorelli Hernández,  
Catedrático de Derecho del Trabajo  
y de la Seguridad Social Universidad de Huelva.**

# NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y FLEXIBILIDAD EN LA REGULACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO

Juan Gorelli Hernández  
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Huelva

1. Introducción: tiempo de trabajo y flexibilidad laboral. 2. La flexibilidad del tiempo de trabajo en la regulación legal: el reconocimiento de instrumentos legales que favorecen la capacidad empresarial de adaptar el tiempo de trabajo a sus necesidades productivas. 2.1 Mecanismos de flexibilidad ordinarios. 2.2 Mecanismos de flexibilidad extraordinarios. 3. La flexibilización del tiempo de trabajo a favor de los intereses de los trabajadores. 4. El papel de la negociación colectiva en la flexibilización del tiempo de trabajo. 5. La flexibilidad negociada: la superación de los límites de jornada. 5.1 La anualización de la jornada. 5.2 La superación de los topes de jornada diaria. 6. La regulación en la negociación colectiva de la distribución irregular de la jornada. 7. Pactos en negociación colectiva dirigidos a flexibilizar la regulación del tiempo de trabajo: bolsa de horas y otros pactos. 8. Disponibilidad y mecanismos similares. 9. Flexibilidad del tiempo de trabajo a través de la regulación de las horas extraordinarias. 10. La flexibilidad del tiempo de descanso: el caso de las vacaciones. 11. Descanso semanal y flexibilidad laboral. 12. La regulación convencional de la modificación de condiciones vinculadas al tiempo de trabajo. 13. La flexibilidad en el tiempo de trabajo destinada para el trabajador. 13.1 El horario flexible. 13.2 Reducciones de jornada por motivos familiares.

## 1. Introducción: tiempo de trabajo y flexibilidad laboral

Es mi intención realizar un análisis de la regulación del tiempo de trabajo en la negociación colectiva, pero no se trata de realizar un estudio de cuál es el régimen jurídico que sobre esta cuestión podemos encontrar en el marco de nuestros convenios colectivos: para un análisis de estas características sería necesario una monografía (por cierto, de las que existen varias a disposición de investigadores o de juristas interesados en esta materia); no sería pues esta obra el lugar más adecuado para un planteamiento de estas características, pues faltaría espacio para un estudio de estas características, y dada la calidad de las monografías a las que me he referido, probablemente tampoco sería ocasión para realizar un estudio de este tipo. Es por ello que realizo un planteamiento un tanto diferente, también de carácter general, pero centrado en una perspectiva concreta de la cuestión del tiempo de trabajo: pretendo centrarme en cómo refleja la negociación colectiva actual la flexibilidad de nuestro ordenamiento en materia de tiempo de trabajo. Ciertamente una de las pretensiones de las sucesivas reformas laborales que ha sufrido nuestro ordenamiento desde 1994 (en realidad desde mucho antes, pero remontarnos más allá sería excesivo teniendo en cuenta el carácter tan cambiante de nuestro ordenamiento) ha sido la de aumentar la flexibilidad con carácter general; lo cual se ha proyectado sobre el tiempo de trabajo, pudiendo afirmarse que la flexibilidad es, en la actualidad, un componente estructural de la regulación del tiempo de trabajo<sup>1</sup>. Para realizar este estudio he intentado centrarme en el estudio de la negociación colectiva actualmente vigente, para lo que he analizado los convenios colectivos publicados en el BOE en el período 2015-2016, además de analizar, como es lógico, la regulación legal y reglamentaria sobre tiempo de trabajo, así como las principales líneas jurisprudenciales y doctrinales existentes.

Esta es una cuestión de especial interés, pues la perspectiva tradicional de la regulación del tiempo de trabajo ha girado sobre todo en la limitación del mismo. Es decir, las reglas legales básicas establecían una serie de límites a la jornada de trabajo (cuarenta horas semanales, 9 horas diarias, ochenta horas extraordinarias anuales);

---

<sup>1</sup> MONREAL BRINGSVAERD, E.: *La jornada de trabajo: ley y convenio colectivo*, CES, Madrid 2005, página 19.

configurándose tales reglas como el núcleo esencial del régimen jurídico del tiempo de trabajo<sup>2</sup>.

La anterior es una afirmación totalmente cierta: la regulación ha girado sobre la limitación del tiempo de trabajo, incluso hasta momentos muy recientes el debate ha sido el de la reducción del tiempo de trabajo, pudiendo señalarse al ordenamiento francés como uno en los que la discusión sobre la reducción de la jornada ha estado totalmente presente. No obstante, junto a la limitación de la jornada, en la actualidad la regulación sobre tiempo de trabajo en nuestro país sigue unos derroteros diferentes, pues se pretende facilitar al empresario la mayor flexibilidad posible, de manera que logre adaptar el tiempo de trabajo que desarrollan sus trabajadores a las concretas y cambiantes necesidades productivas. En líneas generales la flexibilidad se presenta como necesidad de los modernos sistemas de producción, de manera que ante las modificaciones que se producen en los mercados, es necesario que la empresa tenga la capacidad para adaptarse a las mismas. Más aún, la regulación del tiempo de trabajo es uno de los aspectos en los que la flexibilidad se considera totalmente necesaria, afirmándose que la regulación del tiempo de trabajo constituye la punta de lanza del cambio hacia una regulación flexible<sup>3</sup>. Tal como ya he tenido ocasión de afirmar anteriormente el tiempo de trabajo es justamente el ámbito de la regulación laboral donde con más claridad se ha manifestado esta necesidad de dotar a las empresas con mayores dosis de flexibilidad<sup>4</sup>. Con esta flexibilidad el empresario no busca que los trabajadores trabajen más, sino que la distribución del tiempo de trabajo sea más eficiente, eliminando períodos en los que no se requiere el desarrollo de actividad productiva, o en los que dicha actividad disminuye, para trasladar el tiempo de trabajo no aprovechado a aquellos momentos en los que las necesidades productivas de la empresa se incrementan<sup>5</sup>. Se trata de una vertiente cualitativa o de distribución del tiempo y no de una cuestión cuantitativa (centrada en la reducción del tiempo de trabajo)<sup>6</sup>.

La evolución normativa ha reformado enormemente el del régimen jurídico del tiempo de trabajo, y lo ha hecho sobre todo desde la perspectiva de intentar introducir mecanismos de flexibilidad laboral. Basta realizar un somero análisis de la regulación legal actualmente vigente para constatar la existencia de diferentes reglas que tienen justamente como objetivo introducir más flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo por parte del empresario; si bien la regulación legal es insuficiente para trasladar esta flexibilidad laboral al ámbito de las relaciones laborales, pues la negociación colectiva juega un papel esencial en la regulación del tiempo de trabajo: bien podemos decir que esta cuestión, junto con el salario, son los dos temas absolutamente fijos que regula cualquier convenio colectivo. En este sentido, es suficiente con señalar como desde el principio el propio legislador otorga a la negociación colectiva un papel esencial, al afirmar (art. 34.1 ET) que “La duración de la jornada de trabajo será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo”.

---

<sup>2</sup> RODRIGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: *Flexibilidad de la jornada laboral. Mecanismos legales, convencionales y contractuales para la modificación de la jornada*, Tirant lo Blanch, Valencia 2009, página 19.

<sup>3</sup> En este sentido SUPIOT, A.: “Alla ricerca della concordanza dei tempi (le disavventure europee del «tempo di lavoro»)”, *Lavoro e Diritto* n° 1 de 1997, página 15.

<sup>4</sup> MONEREO PEREZ, J.L. y GORELLI HERNANDEZ, J.: Tiempo de trabajo y ciclos vitales. Estudio crítico del modelo normativo, Comares, Granada 2009, página 61.

<sup>5</sup> RODRIGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: “Instrumentos de gestión flexible del tiempo de trabajo en la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales* Tomo I de 2010, página 718.

<sup>6</sup> LOPEZ ALVAREZ, M.J.: Distribución irregular de la jornada de trabajo, Francis Lefebvre, Madrid 2015, página 9; de igual manera, RODRIGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: *Flexibilidad de la jornada laboral (...)*, op. cit., página 17.

Para esta flexibilización del tiempo de trabajo el legislador ha utilizado diferentes mecanismos que se superponen, todo ello sin renunciar al esquema tradicional de fijar límites a la jornada de trabajo: así, podemos señalar como se ha utilizado lo que podemos denominar como “flexibilidad negociada”; es decir, facilitar la superación de los límites legales de la jornada de trabajo, pero siempre y cuando ello se pacte a través de la negociación colectiva (un buen ejemplo sería la posibilidad de pactar mediante convenio colectivo la jornada irregular, o la posibilidad de superar el límite de las nueve horas diarias de trabajo efectivo). Podemos señalar que en materia de tiempo de trabajo se otorga un papel de enorme importancia a la negociación colectiva, pues se permite legalmente que ésta pueda superar los límites máximos legalmente establecidos, de manera que es factible desmontar negocialmente los límites legalmente establecidos de jornada de trabajo; se introduce así una importante dosis de flexibilidad en materia de tiempo de trabajo. Ello supone también revalorizar la negociación colectiva como fuente de la regulación sobre condiciones de trabajo; de hecho desde la perspectiva actual sería impensable una regulación sobre tiempo de trabajo sin contar con la negociación colectiva<sup>7</sup>.

Sin embargo, también puede observarse que en otras ocasiones es la propia regla legal la que facilita de manera directa y sin necesidad de negociación colectiva esa flexibilidad tan deseada (tal como ocurre con la posibilidad de imponer la distribución irregular del 10% de la jornada de trabajo a lo largo del año, si no se pacta la jornada irregular en convenio colectivo o acuerdo de empresa): como vemos, la regulación legal prefiere que la flexibilidad se introduzca a través de la negociación colectiva, pero si esta falla o bloquea esa flexibilidad, a este mecanismo se superpone la regulación legal, que facilita de manera directa esa flexibilidad (todo lo cual, evidentemente, facilita que se alcancen los acuerdos, pues siempre es mejor un mal acuerdo que la imposición de la decisión unilateral del empresario). Todo ello con el mantenimiento de ciertos límites esenciales en la jornada de trabajo.

La flexibilidad en materia de tiempo de trabajo obedece sobre todo a una necesidad, la de facilitar que la empresa pueda adaptarse a los cambios a los que se ve sometida por la evolución de las necesidades productivas. Se produce así una huida del establecimiento de reglas o condiciones de carácter fijo o estandarizadas<sup>8</sup>. No sólo desde el punto de vista de las necesidades que tiene cada empresa, que serán diferentes a las que puedan tener otras; sino, sobre todo, desde la perspectiva de que tales necesidades vayan evolucionando o modificándose. Es la flexibilidad como capacidad de adaptación a las cambiantes circunstancias económicas; lo que implica que no haya uniformidad permanente en el tiempo de trabajo, de manera que el trabajador pueda estar sujeto a cambios en su horario, en su jornada y en la duración de la misma. Es una consecuencia de la necesidad de favorecer la competitividad de las empresas, pues en buena medida ésta depende de la capacidad de la empresa de adaptar su sistema productivo a las necesidades económicas. Desde esta perspectiva las empresas requieren sistemas de producción más flexibles, que permitan que los tiempos de trabajo se adapten lo más rápidamente posible a las vicisitudes productivas de las empresas. Todo ello es también consecuencia de las alteraciones que ha venido sufriendo el sistema productivo hasta hace poco imperante, el fordista, que ha sido sustituido por un modelo mucho más ágil, que pretende producir en cada momento tan sólo aquello que el

---

<sup>7</sup> Con carácter general sobre el papel de la negociación colectiva puede verse a LECCESE, V.: *L'orario di lavoro. Tutela costituzionale della persona, durata della prestazione e rapporto tra le fonti*, Cacucci Editore, Bari 2001, página 390.

<sup>8</sup> MORENO VIDA, M.N.: “Configuración general del tiempo de trabajo: algunas reflexiones críticas”, en AA.VV., dirigidos por S. Perán Quesada, *La ordenación del tiempo de trabajo en el Siglo XXI. Retos, oportunidades y riesgos emergentes*, Comares, Granada 2014, página 40.

mercado está dispuesto a consumir, el toyotismo<sup>9</sup>. Con este sistema de producción lo que se busca es el ajuste estricto de los costes de gestión, reduciendo totalmente los costes innecesarios. Ello repercute sobre el tiempo de trabajo, pues se pretende que el trabajador desarrolle su prestación sólo cuando es necesario, lo cual no siempre tiene que darse en períodos de trabajo estable, sino que tales períodos pueden ser en momentos diferentes y con duraciones distintas. Es decir, desde la perspectiva del tiempo de trabajo, este nuevo sistema productivo supone una distribución flexible del tiempo de trabajo, evitándose los sistemas de gestión rígida del tiempo de trabajo<sup>10</sup>.

La consecuencia de un sistema de estas características es que el empresario adquiere el dominio sobre el tiempo de trabajo, pero dada la flexibilidad a la que se somete al trabajador, también supone que el trabajador pierde en buena medida su capacidad de control de su propio tiempo personal o de ocio, pues este puede ser invadido por las necesidades empresariales. En buena medida esa situación se ha justificado desde dos puntos de vista esenciales. En primer lugar, por entender que esta flexibilización de las condiciones sobre tiempo de trabajo tiene como objetivo una política de creación del empleo; es decir, que la flexibilidad supondrá más trabajo. Sin embargo, nuestro país es un buen ejemplo de que esta flexibilidad no ha supuesto un incremento esencial del empleo (cierto es que la últimas reformas -2012 y 2013- se han producido en una etapa de crisis económica, pero también es cierto que en un período de crecimiento económico, cualquier regulación laboral generará empleo, como bien se demostró con la versión del ET previa a la reforma de 2010, momento en el que nuestro país ha gozado de las mejores cifras de empleo de los últimos decenios). En segundo lugar, también se ha señalado como elemento justificador de la flexibilidad en materia de tiempo de trabajo, que el impulso a los mecanismos de flexibilidad interna supondrá una reducción o control en materia de extinción de los contratos de trabajo; sin embargo, también las sucesivas reformas laborales españolas han mostrado cómo la regulación en materia de extinción no ha caminado precisamente en la senda del control de la capacidad empresarial para despedir<sup>11</sup>. En definitiva, la flexibilidad en materia de tiempo de trabajo se ha planteado como un instrumento para crear empleo o para evitar que el empleo se destruya<sup>12</sup>, si bien no parece que esta medida pueda ser considerada como un éxito, a la luz de los resultados que se han obtenido.

## **2. La flexibilidad del tiempo de trabajo en la regulación legal: el reconocimiento de instrumentos legales que favorecen la capacidad empresarial de adaptar el tiempo de trabajo a sus necesidades productivas**

La regulación legal es el primer elemento a analizar para constatar que nuestro ordenamiento contiene mecanismos a través de los cuales el empresario puede acceder al deseado objetivo de flexibilizar el tiempo de trabajo. En este análisis vamos a diferenciar dos ámbitos diferentes. De un lado, los instrumentos o mecanismos ordinarios con los que el empresario cuenta para conseguir dicha adaptación del tiempo de trabajo a sus necesidades productivas; es decir, instrumentos con los que cuenta inicialmente para poder organizar el tiempo de trabajo de manera originaria, cuando se fijan las condiciones de trabajo entre empresario y trabajador. De otro lado, señalaremos también los mecanismos extraordinarios con los que cuenta el empresario, es decir,

---

<sup>9</sup> BALLESTER PASTOR, M.A.: “La flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo: jornada y distribución del tiempo de trabajo”, *Revista de Derecho Social* nº 62 (2013), página 53; MORENO VIDA, M.N.: Op. cit., página 40. De igual modo, RODRIGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: *Flexibilidad de la jornada laboral* (...), op. cit., página 18.

<sup>10</sup> BALLESTER PASTOR, M.A.: Op. cit., página 54.

<sup>11</sup> Sobre esta cuestión vid. BALLESTER PASTOR, M.A.: Op. cit., página 55.

<sup>12</sup> RODRIGUEZ PASTOR, G.E.: “Hacia una organización más flexible del tiempo de trabajo”, *Relaciones Laborales* nº 12 (2014), página 87.

aquellos a los que puede acudir para que, una vez fijadas las condiciones del tiempo de trabajo, el empresario pueda modificar o alterar los acuerdos alcanzados e introducir cambios en la regulación del tiempo de trabajo.

### 2.1 Mecanismos de flexibilidad ordinarios

Tal como acabamos de señalar, nos referimos ahora a los instrumentos de los que dispone el empresario para obtener una regulación flexible del tiempo de trabajo. En líneas generales, podemos señalar que nuestra regulación legal contiene los siguientes elementos de flexibilidad laboral (siendo el mismo orden de los arts. 34 y ss. ET):

- En primer lugar, el legislador ha previsto el límite de las cuarenta horas de jornada semanal, si bien, dicho límite no es estático, pues el propio legislador admite que el cómputo de las cuarenta horas semanales ha de realizarse “de promedio en cómputo anual” (art. 34.1 *in fine* ET); es decir, se admite la posibilidad de que en función de las necesidades productivas, la empresa pueda desarrollar jornadas semanales diferentes, algunas superando las cuarenta horas semanales, pero siempre y cuando el cómputo anual (el promedio anual de jornada), sea de cuarenta horas como máximo. Es decir, se admite que haya jornadas semanales por encima de las cuarenta horas, siempre y cuando haya semanas en las que se trabaje menos de cuarenta horas, de manera que al final, el promedio anual sea, como máximo, de cuarenta horas semanales.

Obsérvese que no se requiere que haya un acuerdo negociado sobre esta cuestión, pero es evidente que la vía natural para conseguir esta distribución de la jornada semanal es la negociación colectiva.

La configuración de los límites legales de jornada como límites de carácter disponibles para la negociación colectiva es un importante elemento de flexibilidad laboral: ya no estamos ante límites máximos inquebrantables, sino que se establecen límites calculados como promedios o como medias de jornada: es evidente que no es igual una regulación que fija de manera estricta el límite de jornada en 40 horas semanales, sin que sea factible su superación, que un límite de 40 horas de promedio en cómputo anual; de modo que es perfectamente posible superar esa duración semanal. Se trata, por tanto, de un mecanismo en el que, manteniendo un límite máximo de jornada, se permite que las empresas puedan, siempre a través de la negociación colectiva, adaptar dicho límite a las necesidades que pueden tener.

- Siguiendo con la posibilidad de una distribución de la jornada semanal que supere las cuarenta horas, el art. 34.2 ET establece la posibilidad de la “distribución irregular” de la jornada a lo largo del año: señala este precepto que mediante convenio colectivo, o en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

Se trata de una posibilidad que procede en nuestro ordenamiento de la reforma de 1994 y que se encuadra en los mecanismos de flexibilidad negociada (por convenio colectivo y, en su defecto, por acuerdo de empresa –el acuerdo tiene carácter subsidiario, pero si nada dice el convenio, el acuerdo tiene plena preeminencia<sup>13</sup>), si bien, en la actualidad, además de mantenerse esta posibilidad, y para asegurar que la negociación colectiva no impide que se imponga la jornada flexible, el legislador admite que ante la falta de acuerdo, la empresa pueda distribuir irregularmente la jornada, si bien fijando como límite máximo que no supere el 10% del total de la jornada anual (si la jornada anual fuese de 1800 horas, ello supone la posibilidad de que directamente la empresa pueda distribuir –incrementar la jornada semanal- hasta un total de 180 horas

---

<sup>13</sup> MARTINEZ YAÑEZ, N.M.: “Las fuentes de la distribución irregular de la jornada tras las sucesivas reformas laborales”, *Relaciones Laborales* n° 5 de 2013, página 41.

prorrataadas a lo largo del año –a cambio de una reducción en idéntico número de horas a lo largo del año-) <sup>14</sup>.

Tanto si la jornada irregular es pactada o procede de la decisión unilateral del empresario, cuenta con una serie de límites añadidos: el respeto a los períodos de descanso mínimo diario y semanal previstos en la ley, la exigencia de un preaviso mínimo de cinco días para conocer los cambios que se generen por dicha distribución irregular. Además de lo anterior, expresamente regulado en el art. 34.2 ET, habría que añadir a ello el necesario respeto a las reglas sobre descansos (en caso de jornada continuada, las vacaciones anuales, los festivos) y sobre todo la no superación de la jornada máxima pactada <sup>15</sup>.

El legislador prevé la compensación de los excesos o defectos de jornada generados por la distribución irregular: esta ha de realizarse según lo establecido en convenio colectivo o, a falta de previsión en el mismo, según el acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores. Ello supone que en los acuerdos sobre jornada irregular ha de establecerse también los sistemas sobre compensación de las diferencias de jornada. Ahora bien, en defecto de pacto (ya sea porque esta cuestión no se regula expresamente en el convenio o no se ha acudido al acuerdo de empresa, o bien por aplicarse la jornada irregular unilateralmente por el empresario –hasta el 10%-), se prevé que la compensación se produzca en el plazo máximo de doce meses desde que se produce; cuestión, esta última, que supone que los saldos de horas pueden, perfectamente, trasladarse de un año a otro, rompiendo así el principio de anualidad en materia de tiempo de trabajo.

- En tercer lugar (art. 34.3 ET), se prevé la posibilidad de superar uno de los límites legales de jornada, el de la jornada diaria, que no puede ser superior a las nueve horas diarias, salvo que por convenio colectivo o acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se establezca otra distribución del tiempo de trabajo diario. Se prevé así otro supuesto de flexibilidad negociada, pues cabe la posibilidad de superar un límite legal a través de la negociación colectiva. En todo caso, se establece como límite la necesidad de respetar el límite de descanso entre jornadas (las doce horas de descanso mínimo entre jornada y jornada de trabajo); además, se garantiza que los menores de dieciocho años no puedan realizar más de ocho horas de diarias de trabajo efectivo.

- En cuarto lugar el art. 34.7 ET prevé expresamente la posibilidad de que reglamentariamente se establezcan ampliaciones o limitaciones en la ordenación y duración de la jornada de trabajo y de los descansos; se trata de las denominadas jornadas especiales de trabajo, que en la actualidad están reguladas a través del RD 1561/1995, de 21 de septiembre. Con ello se reconoce la existencia de diferentes actividades productivas en las que no es factible la aplicación de los límites de jornada ordinarios regulados legalmente, permitiéndose unos límites de carácter diferente. Como vamos a ver ello supone la posibilidad de que haya actividades en las que es factible un incremento de la jornada de trabajo (nos interesa más este supuesto que el contrario), pero también se prevé otro instrumento de especial interés como es la posibilidad de acumulación de los períodos de descanso.

- Otra fuente de flexibilidad en la regulación del tiempo de trabajo se contiene en la regulación de las horas extraordinarias. En principio este es, ya de por sí, un instrumento que está destinado a facilitar al empresario un mayor margen de actuación en la distribución del tiempo de trabajo según sus necesidades productivas, si bien con

---

<sup>14</sup> Cabe, en todo caso, la posibilidad de una relación de complementariedad entre las diferentes fuentes, de manera que el convenio de sector se remita a acuerdos a nivel de empresa, así, RODRIGUEZ PASTOR, G.E.: Op. cit., página 93.

<sup>15</sup> En este sentido RODRIGUEZ PASTOR, G.E.: Op. cit., página 94.

la limitación de un número máximo de horas extraordinarias anuales (80 horas al año – límite que se vincula con la política de empleo, pues un uso excesivo de este mecanismo evitaría la creación de nuevos empleos-), así como la exigencia de la voluntariedad de las mismas; en todo caso, se trata de uno de los mecanismos más tradicionales de flexibilidad en el tiempo de trabajo<sup>16</sup>. Ha de tenerse en cuenta que el hecho de que la regulación permita la existencia de jornadas irregulares y que sea posible la superación de los límites de jornada semanal (en este caso a través de la utilización de este límite como promedio anual) y diaria, puede incidir en la realización de horas extraordinarias, pues la existencia de estas vías de flexibilidad incide en que las empresas no tengan que requerir de las horas extraordinarias al poder acomodar la jornada semanal a sus concretas necesidades, y sin tener que sufrir incrementos salariales. En todo caso, la regulación de las horas extraordinarias contiene elementos de enorme flexibilidad. De entrada el legislador de 1994 procedió a eliminar uno de los principales obstáculos con los que se encontraban los empresarios a la hora de utilizar las horas extraordinarias, me refiero a la norma mínima por la que se establecía el valor de la hora extraordinaria cifrándola en un incremento del 75% sobre el valor de la hora ordinaria de trabajo<sup>17</sup>.

La retribución de las horas extraordinarias es hoy uno de los principales mecanismos que facilitan su utilización, pues el sistema por el que se penaliza para el empresario la realización de horas extraordinarias con un sustancial incremento en la retribución de las mismas (lo cual hacía tremendamente apetecible para los trabajadores la realización de estas horas extraordinarias) se ha sustituido por un mecanismo alternativo a tenor del cual por convenio colectivo o, en su defecto, por contrato individual ha de optarse entre abonar tales horas en la cuantía que se fije, con un mínimo equivalente al salario de la hora ordinaria de trabajo, o bien compensar tales horas con tiempos equivalentes de descanso retribuido. Es decir, se opta entre retribuir en dinero o retribuir con períodos de descanso. Si nos fijamos en la segunda de las opciones de esta alternativa, lo que realmente se está planteando no es sino un sistema de redistribución del tiempo de trabajo: el empresario tiene a su disposición la posibilidad de incrementar la jornada de trabajo, disminuyéndola en otros períodos posteriores, de manera que la jornada pueda adaptarse a sus concretas necesidades productivas. En realidad este sistema de retribución de las horas extraordinarias no supone un incremento de la jornada de trabajo, sino el mantenimiento de la misma, pues ante el incremento del tiempo de trabajo se responde con una posterior reducción en la misma cuantía (o incluso puede llegarse a una disminución del tiempo de trabajo, si es que por convenio colectivo se pacta que los períodos de descanso sean superiores a las horas extraordinarias realizadas). Es evidente que la utilización de este sistema de retribución puede ser tremendamente interesante para el empresario, al suponer un importante mecanismo para poder hacer frente al incremento de necesidades productivas sin necesidad de incrementar los costes salariales.

En todo caso cabe señalar el importante papel que tiene la negociación colectiva en esta opción, pues ha de ser el convenio colectivo, tal como señala el propio art. 35 ET, el instrumento para tomar la decisión entre la retribución en dinero o en descanso. En caso de falta de regulación colectiva, podrá determinarse la forma de retribución a través del contrato individual de trabajo.

También como elemento de flexibilidad en la retribución de las horas extraordinarias y, en íntima relación además con cuál sea el instrumento normativo a

---

<sup>16</sup> RODRIGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: Flexibilidad de la jornada (...), op. cit., página 32.

<sup>17</sup> Si bien ha de reconocerse que en esta tarea su actuación ya vino precedida por resoluciones judiciales que allanaron el camino y que cuestionaban la consideración de que se trataba de una norma mínima que necesariamente debía ser respetada por la negociación colectiva. Sobre esta cuestión vid. MONEREO PEREZ, J.L. y GORELLI HERNANDEZ, J.: Op. cit., página 138.



través del cuál ha de determinarse dicha forma retribución, ha de señalarse que el art. 35.1 ET establece que en ausencia de pacto en convenio o contrato individual sobre esta cuestión, las horas extraordinarias “deberán ser compensadas mediante descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización”. Es decir, que a falta de acuerdo expreso el legislador se inclina por el mecanismo retributivo que otorga una mayor flexibilidad al empresario.

Pero, además de lo anterior, la flexibilidad establecida por el legislador se incrementa nuevamente mediante este sistema de retribución de las horas extraordinarias, ya que también incide sobre la limitación consistente en la realización de un número máximo de horas extraordinarias al año: el art. 35.2 ET establece como límite a la realización de estas horas el número de 80 al año<sup>18</sup> (excluyendo del cómputo a las llamadas horas de salvamento reguladas en el art. 35.3 ET). Pues bien, a la hora de aplicar dicho límite establece el segundo párrafo del art. 35.2 ET que “no se computarán las horas extraordinarias que hayan sido compensadas mediante descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización”; es decir, que a la hora de aplicar este límite no se tienen en cuenta aquellas horas que han sido compensadas con descanso (si bien con el límite que la compensación ha de haberse realizado como máximo en los cuatro meses siguientes a su realización, imponiendo así al empresario un mecanismo para que dicha compensación se realice de la manera más inmediata posible). Por lo tanto, si se opta por esta vía de retribución, el empresario va a disponer de un instrumento de redistribución del tiempo de trabajo que no está realmente limitado cuantitativamente, pudiendo incrementar la jornada cuando sea conveniente, a cambio de reducirla en un momento posterior (siempre y cuando lo haga en los cuatro meses siguientes). Con ello se incrementa nuevamente la capacidad de adaptación del empresario a sus necesidades productivas, debiendo establecerse en su caso las limitaciones a través de la negociación colectiva. En todo caso, también ha de destacarse la lógica de esta norma, pues si estamos ante un mecanismo en que la hora extraordinaria se retribuye con descanso, realmente el trabajador no está trabajando más, sino que se ve afectado por una redistribución de su tiempo de trabajo; de ahí que no sea necesario incluir su cómputo en el máximo de las 80 horas anuales, pues al no trabajar más, ello no repercute negativamente en la posibilidad de creación de empleo.

En todo caso, hemos de recordar que para que las horas extraordinarias puedan ser utilizadas por el empresario como mecanismo de ampliación de la jornada, es necesario contar con la aceptación voluntaria de las mismas por parte del trabajador. Es evidente que la sustitución de un sistema de retribución en dinero (y con un mínimo de incremento del 75% sobre el valor de la hora ordinaria) por un sistema como el que hemos descrito desincentiva al trabajador para la realización de las horas extraordinarias; sin embargo, tradicionalmente el ordenamiento ha previsto la posibilidad de pactar su obligatoriedad a través de convenio colectivo o por contrato individual de trabajo. De nuevo destaca el importante papel que juega en la flexibilización del tiempo de trabajo la negociación colectiva, pues puede hacerse obligatorio para el trabajador la realización de las horas extraordinarias. A ello ha de sumarse el hecho de que la jurisprudencia haya señalado la obligatoriedad para el trabajador de realizar ciertas horas extraordinarias como en casos de cambios de turno o cuando se plantean ciertas necesidades inaplazables de la empresa, además de los supuestos de las denominadas horas de salvamento reguladas en el art. 35.3 ET<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> O el número proporcionalmente inferior que corresponda si la jornada del trabajador es inferior a la jornada general en la empresa.

<sup>19</sup> Sobre los supuestos de obligatoriedad de las horas extraordinarias, vid. MONEREO PEREZ, J.L. y GORELLI HERNANDEZ, J.: Op. cit, páginas 144 y 145.

- Otra importante vía de flexibilización del tiempo de trabajo es el impulso al trabajo a tiempo parcial, mecanismo que puede permitir que los intereses de trabajadores que sólo requieren un trabajo de tales características, con necesidades productivas en las que el tiempo de trabajo no se requiere a jornada completa. Por otra parte, también es un mecanismo que puede ser utilizado desde la perspectiva del reparto del empleo o incluso de la creación de empleo<sup>20</sup>. Sin embargo, cabe señalar cómo los trabajadores no suelen ser partidarios del desarrollo del trabajo a tiempo parcial, pues perciben cuáles son las desventajas del trabajo a tiempo parcial, sobre todo la disminución de la cuantía del salario y las limitaciones en la formación y promoción profesional. No es, por tanto, de extrañar que el trabajo a tiempo parcial se considere como un tipo contractual que garantiza un trabajo de baja calidad, un supuesto de subempleo que surge cuando los trabajadores sufren involuntariamente jornadas de trabajo reducidas<sup>21</sup>; lo cual sumado a la dificultad que el trabajo a tiempo parcial supone para el acceso a prestaciones de Seguridad Social, hace poco atractivo para los trabajadores este tipo de relación laboral<sup>22</sup>. De otro lado la regulación de las horas complementarias también ha generado importantes crítica desde la perspectiva laboral. En todo caso, es indudable el efecto de las horas complementarias sobre la flexibilidad laboral, al ser un mecanismo que permite el incremento de la jornada del trabajador a tiempo parcial a discreción del empresario, facilitando una importante capacidad de adaptación a las necesidades productivas.

No obstante, pese al interés de este tema, no vamos a dedicarnos al análisis de esta cuestión, pues dentro del ámbito de estas jornadas hay otra ponencia dedicada justamente al análisis del trabajo a tiempo parcial.

- Otro ámbito en el que se detectan importantes dosis de flexibilidad es el relativo a los descansos: el análisis del tiempo de trabajo no sólo implica conocer cuál es el período de tiempo que el trabajador está efectivamente sometido a las facultades empresariales y desarrollando su prestación de trabajo, sino que esta institución incluye también el régimen jurídico de los descansos establecidos con carácter obligatorio por el legislador, pues esta cuestión actúa como la otra cara de la moneda de la regulación de la jornada de trabajo. La flexibilidad también se introduce a través de la ruptura de otra de las reglas esenciales: la que establece el descanso semanal. Esta flexibilidad se plantea de diferentes formas. De entrada, destaca en primer lugar cómo el art. 37.1 ET, al regular el descanso mínimo semanal, que este será de un período de día y medio ininterrumpido; sin embargo, ese descanso que se califica como “semanal”, puede ser “acumulable por períodos de hasta catorce días”; es decir, se plantea la posibilidad de acumulación de los períodos de descanso semanal en períodos de dos semanas, de modo que dicho descanso no se disfrute cada semana, sino hasta cada dos semanas de trabajo (lógicamente ampliado a tres días como mínimo). Incluso la regulación sobre jornadas especiales de trabajo permite períodos de acumulación más amplios (de hecho, la regulación de algunas de estas llamadas jornadas especiales de trabajo consiste fundamentalmente en modelizar el descanso semanal, generalizando la posibilidad de la acumulación de dicho descanso semanal por períodos de tiempo más amplio).

Se trata de eliminar o, al menos, de reducir los efectos que tiene sobre la capacidad organizativa del empresario de organizar los períodos de trabajo y descanso,

---

<sup>20</sup> Vid. BAZ RODRIGUEZ, J.: “El marco jurídico comunitario del trabajo a tiempo parcial. Reflexiones en el contexto de la «flexiseguridad»”, en AA.VV., coordinados por Jesús Baz Rodríguez, *Trabajo a tiempo parcial y flexiseguridad. Estudios en el marco del debate europeo «modernizar el derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI»*, Comares, Granada 2008, página 9.

<sup>21</sup> Vid. LEE, S.: “Working-hours gaps: trends and issues”, en AA.VV., *Working Time and Workers’ Preferences in Industrialized Countries: Finding the balance*, Routledge, Londres 2004, páginas 29 y ss.

<sup>22</sup> Sobre esta cuestión, vid. OJEDA AVILES, A.: *Trabajo a tiempo parcial*, en AA.VV., coordinados por Antonio Ojeda, *Modalidades de contrato de trabajo*, Tecnos, Madrid 2003, página 94.

la existencia del tradicional límite del descanso semanal. Con ello las empresas consiguen períodos de trabajo más amplios sin interrupciones para el descanso, lo cual puede ser necesario a los efectos de ciertos procesos productivos. Cabe señalar que esta posibilidad no está expresamente concedida a la negociación colectiva, sino que el legislador no aclara cómo ha de ponerse en funcionamiento; si bien, es evidente que la negociación colectiva es el instrumento más adecuado para llevar a la práctica esta acumulación del descanso semanal, no en vano el art. 35.1 ET establece que la jornada será la pactada en convenio o contrato de trabajo. Cabe señalar que el RD 1561/1995, de 21 de septiembre hace uso de la acumulación del descanso semanal en diferentes actividades, estando habilitado legalmente para ello a tenor de la literalidad del art. 37.1 ET en su segundo párrafo.

De otro lado, también en materia de descanso semanal ha de señalarse como nuestro ordenamiento, ya desde hace mucho, se ha desligado en esta materia del descanso dominical, al establecer que el descanso semanal debe incluir el domingo, pero sólo “como regla general”, admitiendo, por tanto, que se pueden establecer otros días diferentes de descanso semanal. La regulación permite así la posibilidad del disfrute del período de descanso semanal en días diferentes al fin de semana y al domingo, aún cuando sigue existiendo de manera expresa la preferencia por el descanso dominical (art. 37.1 ET). Con esta norma queda claro que a efectos del descanso semanal, todos los días de la semana son absolutamente iguales, pudiendo descansar el trabajador en cualquiera de ellos, por lo que se permite que el empresario pueda racionalizar los períodos de trabajo sin estar obligatoriamente vinculado a la necesidad de tener que paralizar la actividad productiva en determinados momentos a lo largo de la semana. Pensemos simplemente que esta regla permite que las empresas puedan mantener la actividad productiva de manera permanente a lo largo de la semana, sin tener que proceder a la paralización de la misma. En todo caso, cierto es que el descanso dominical, basado en creencias religiosas, está tremendamente asentado en la mayoría de la población, de manera que no han sido extrañas las reacciones ante la supresión de la coincidencia entre fiesta religiosa y descanso semanal<sup>23</sup>.

- Para terminar con el análisis de los instrumentos legales que se han dispuesto para facilitar una mayor flexibilidad en la gestión empresarial del tiempo de trabajo, hemos de señalar lo previsto por el art. 38 ET en materia de derecho a las vacaciones. De nuevo se otorga un importante papel al convenio colectivo, pues, de entrada, el período de vacaciones será el estipulado por convenio colectivo, pudiendo fijarse en el mismo los criterios sobre planificación de las mismas a la hora de la distribución de las mismas entre los diferentes trabajadores. En realidad, esta regulación es más interesante por lo que no dice que por aquello que afirma expresamente, pues en la práctica ello supone dejar un amplio margen de actuación a la negociación colectiva: así, las vacaciones son retribuidas, pero no se establece cuál ha de ser la retribución de vacaciones, lo que ha permitido en algunos casos que los convenios establezcan una retribución de vacaciones por debajo del salario ordinario de los trabajadores pactado en el mismo convenio colectivo, lo cual ha sido avalado por la jurisprudencia española, pero se trata de un criterio interpretativo totalmente cuestionable a la luz de la jurisprudencia comunitaria como veremos más adelante. Por otra parte, la falta de regulación permite perfectamente que el convenio colectivo establezca la posibilidad del fraccionamiento de las vacaciones en diferentes períodos (en base a lo previsto por el Convenio 132 OIT), o la introducción entre los criterios de determinación de las fechas de vacaciones de elementos que limiten que los trabajadores tomen sus vacaciones en

---

<sup>23</sup> Vid. LEE, S., McCANN, D. y MESSENGER, J.C.: *El tiempo de trabajo en el mundo. Tendencias en horas de trabajo, leyes y políticas en una perspectiva global comparativa*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid 2008, página 184.

períodos que son contrarios a los intereses productivos de la empresa; de otro lado, tampoco es extraño encontrar en la negociación colectiva que se permita al empresario que una vez fijadas las fechas de disfrute de las vacaciones y comenzado su disfrute, pueda interrumpir el disfrute de las mismas por necesidades productivas, si bien esta posibilidad, a mi juicio, es bastante discutible .

## 2.2 Mecanismos de flexibilidad extraordinarios

Analizamos ahora la capacidad que tiene el empresario para modificar o alterar la jornada que haya pactado con los trabajadores o sus representantes, centrándonos, como no, en aquellos que implican a la negociación colectiva, pues es, en última instancia, esta institución el objetivo de estas Jornadas. Se trata en realidad no de normas legales inscritas en la sede estatutaria del tiempo de trabajo, sino de un conjunto normativo ajeno al tiempo de trabajo, pero que puede incidir drásticamente sobre esta cuestión, para así facilitar al empresario la capacidad para adaptarse a sus necesidades productivas. Como comentario general podemos señalar que existe una notoria frondosidad en la regulación actual de este tipo de mecanismos, lo que hace que en ocasiones se planteen importantes problemas de delimitación en el ámbito de los diferentes mecanismos que pueden, en buena manera coincidir en su finalidad: la capacidad de reducción de jornada a través del art. 41 y del art. 47.2 ET; o la coincidencia de objetivos que se produce entre la prioridad aplicativa del convenio de empresa y la inaplicación del convenio colectivo. De igual manera modificación sustancial ex art. 41 ET e inaplicación del convenio ex art. 82.3 ET tienen el mismo objetivo, la alteración de condiciones de trabajo existentes.

- En primer lugar, hemos de señalar la posibilidad de la reducción temporal del tiempo de trabajo en el marco de un ERE. Hasta ahora hemos analizado la cuestión fundamentalmente desde la óptica de facilitar al empresario la posibilidad de incrementar la jornada de trabajo cuando se producen necesidades productivas; pero también podemos encontrar en nuestro ordenamiento la perspectiva contraria: instrumentos dirigidos a facilitar la reducción de la jornada. Me refiero fundamentalmente a la posibilidad que contempla el art. 47.2 ET, a tenor del cual cabe la posibilidad de reducir temporalmente la jornada de trabajo ante la existencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, aplicando el procedimiento del art. 47.1 ET. Se trata, por tanto, de un mecanismo que requiere de justa causa (la cual puede controlarse judicialmente) y que se caracteriza por ser meramente temporal<sup>24</sup> (si tuviese carácter permanente entraríamos de lleno en una novación de un contrato que requeriría la aplicación de lo previsto en el art. 12.1e), es decir, la conversión a contrato a tiempo parcial de las relaciones laborales afectadas); entendiéndose en estos casos por reducción de la jornada la disminución entre un 10 y un 70% de la jornada de trabajo computada sobre la base de una jornada diaria, semanal, mensual o anual<sup>25</sup>. La exigencia de estos porcentajes es de enorme relevancia, pues si se tratase de una reducción de jornada inferior al 10% estaríamos realmente en el ámbito de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, siendo aplicable el régimen jurídico del art. 41 ET<sup>26</sup>; y si se supera el 70% estaríamos realmente ante una verdadera

---

<sup>24</sup> FERRADANS CARAMES, C.: “La reducción de la jornada de trabajo como mecanismo de reestructuración empresarial frente a las crisis de empleo”, *Temas Laborales* nº 107 (2016), página 244.

<sup>25</sup> Debe tenerse en cuenta que estos porcentajes se refieren a la jornada de cada trabajador individualmente afectado, no se trata de unos porcentajes globales referidos a la jornada total de los trabajadores. En este sentido PEREZ ANAYA, R.M.: “La reducción de la jornada laboral por motivos de crisis”, *Actualidad Laboral* nº 11 de 2013, página 1395.

<sup>26</sup> PEREZ ANAYA, R.M.: *Op. cit.*, página 1391.

suspensión temporal del contrato de trabajo, debiendo reconducirse la cuestión al art. 47.1 ET<sup>27</sup>.

Se trata de un instrumento a utilizar en situaciones de crisis empresarial (de ahí la exigencia de una justa causa) y que requiere de período de negociación con la representación de los trabajadores (de nuevo interviene necesariamente la negociación colectiva), si bien tras el período de consultas (es decir, incluso si no hay acuerdo) unilateralmente el empresario podrá decidir la aplicación de la medida. Dicha medida de reducción de la jornada se presenta realmente como una alternativa ante una decisión de mayor trascendencia y efectos sobre la relación laboral como es la extinción colectiva de los contratos de trabajo. Durante la reducción de la jornada se producirá, como es lógico, la paralela reducción del salario (en idéntico porcentaje a la reducción), si bien los trabajadores podrán disfrutar, en su caso, de las prestaciones por desempleo parcial<sup>28</sup>.

- También podemos señalar otra institución que permite la adaptación de la jornada de trabajo por la vía de su alteración; de hecho podemos señalar diferentes instrumentos para conseguir esta finalidad. En primer lugar, la modificación sustancial de condiciones de trabajo regulada en el art. 41 ET. Cabe señalar cómo entre el listado de condiciones que pueden tener la consideración de sustanciales (la modificación de condiciones no sustanciales pueden realizarse por la voluntad empresarial y sin aplicar este régimen jurídico) se señala que tendrán la consideración de modificaciones sustanciales que afecten a la jornada de trabajo, al horario y distribución del tiempo de trabajo y al régimen de trabajo a turnos. En definitiva, el tiempo de trabajo es una de las materias en las que puede resultar de aplicación lo dispuesto por el art. 41 ET. En realidad este precepto establece dos regímenes jurídicos diferentes en función de si estamos ante modificaciones sustanciales de carácter individual o colectivo (en la actualidad la diferencia se centra exclusivamente en el número de trabajadores afectados por la modificación y a tenor de la escala reglada por el propio art. 41.2 ET; si bien en ambos casos se trata de una posibilidad condicionada a la existencia de causa suficiente; es decir, debe existir una justificación suficiente para permitir la modificación sustancial que afecte al tiempo de trabajo<sup>29</sup>). Si se trata de una modificación individual, rige la voluntad individual del empresario, mientras que en las modificaciones colectivas se establece un procedimiento en el que se requiere el desarrollo de un período de consultas que puede conducir a un acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, aunque si no existe acuerdo el empresario podrá, unilateralmente, tomar una decisión sobre la modificación.

Cabe señalar que de manera expresa nuestro ordenamiento establece que no es factible la conversión de contrato a tiempo completo en contrato a tiempo parcial a través del art. 41 ET<sup>30</sup> (otra cuestión es que el trabajador con un contrato a tiempo parcial pueda verse afectado por una reducción de la jornada vía art. 41 ET<sup>31</sup>), no

---

<sup>27</sup> En este sentido MERCADER UGUINA, J.R, y NIETO ROJAS, P.: “La reducción de jornada por razones económicas, técnicas, organizativas o productivas”, en AAVV., *La Reforma Laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, Comares. Granada, 2011, pág. 308. También PEREZ ANAYA, R.M.: Op. cit., página 1395.

<sup>28</sup> Sobre los efectos que tiene sobre el contrato este mecanismo vid. FERRADANS CARAMES, C.: Op. cit., páginas 258; también PEREZ ANAYA, R.M.: Op. cit., páginas 1408 y 1409.

<sup>29</sup> En este sentido PEREZ ANAYA, R.M.: Op. cit., páginas 1391 y 1392.

<sup>30</sup> Sobre la cuestión vid. RODRIGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: “Instrumentos de gestión flexible (...)”, op. cit., página 722; también FERNANDEZ VILLAZON, L.A.: “La reducción de la jornada de trabajo como medida de flexibilidad interna: articulación de los diversos instrumentos legales”, *Relaciones Laborales* nº 19-20 (2012), página 27; FERRADANS CARAMES, C.: Op. cit., página 238.

<sup>31</sup> En este sentido FABREGAT MONFORT, G.: “Posibilidades jurídicas de reducción de jornada: modificación sustancial, contrato a tiempo parcial y reducción de jornada *ex art. 47 ET*”, *Trabajo y Derecho* nº 17 (2016), página 33.

obstante puede detectarse alguna jurisprudencia favorable a estimar la reducción de jornada a través del art. 41 ET<sup>32</sup>.

Otro ámbito en el que existen problemas de delimitación es entre la modificación sustancial y la reducción temporal de jornada a través del art. 47 ET. Estamos ante mecanismos que pueden perseguir un mismo objetivo (la reducción de jornada, en el caso del art. 47.2 ET está diseñado para ello, y una de las modificaciones sustanciales podría ser ésta), si bien hay diferencias en el régimen jurídico<sup>33</sup>: las causas que se exigen en uno y otro caso no son iguales, aun cuando estén relacionadas, el procedimiento tampoco es idéntico. Pero sobre todo la diferencia reside en que la reducción de jornada del art. 47 ET es temporal y la modificación sustancial no tiene que serlo<sup>34</sup>. La doctrina ha estimado que lo más adecuado es entender que el art. 47 resulta de aplicación cuando se trata de supuestos que implican una reducción del salario (pues, al ser temporal, el trabajador está protegido por la prestación por desempleo); mientras que las modificaciones sustanciales pueden dar lugar a una reducción del tiempo de trabajo inferior al 10%, que dada su poca entidad, no implicarán reducción del salario<sup>35</sup>.

Desde mi punto de vista, el diseño legal debería obedecer al siguiente planteamiento<sup>36</sup>: el art. 47 ET está pensado para generar una alteración cuantitativa del tiempo de trabajo (cuanto se trabaja), concretamente su reducción; por el contrario, tanto el art. 41 como el art. 82.3 ET plantean una alteración cualitativa del tiempo de trabajo (cuando se trabaja o cómo se distribuye el tiempo pactado), distinguiéndose uno de otro en función de dónde esté regulada la condición (si es en contrato individual o pacto colectivo no estatutario acudimos al art. 41 ET, si es un convenio colectivo estatutario acudimos al art. 82.3 ET). Sin embargo, este planteamiento se complica por el hecho de que tanto el art. 41 como el art. 82.3 ET incluyen entre las condiciones a modificar o inaplicar, tanto la jornada de trabajo como el horario y la distribución del tiempo de trabajo; es decir, cuestiones tanto cuantitativas como cualitativas<sup>37</sup>. Ello complica extraordinariamente la situación cuando se pretende diferenciar donde llega una institución y donde otra. Desde mi punto de vista, y sin ánimo de ser exhaustivo, creo que el art. 47 ET se dedica a las reducciones temporales, los arts. 41 y 82.3 ET pueden plantear una redistribución del tiempo de trabajo, cada uno en su ámbito de regulación (contrato o pacto colectivo, o bien convenio colectivo estatutario); si bien, además, el art. 41 ET puede plantear reducciones de jornada, pero sin afectar a salario, pues ello supondría una conversión del contrato que es de jornada completa a contrato a tiempo parcial, y para ello se requiere la voluntad del trabajador afectado<sup>38</sup>. El art. 82.3 ET si podría proceder a una reducción de este tipo, pues el propio convenio puede definir la jornada comparable, sin que haya conversión a contrato a tiempo parcial.

- Las modificaciones sustanciales reguladas en el art. 41 afectan a condiciones reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por éstos en virtud de decisión unilateral del empresario de efectos colectivos (art. 41.2 ET); pero si se trata de condiciones establecidas en convenios

---

<sup>32</sup> Vid. RODRIGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: Flexibilidad de la jornada (...), op. cit., páginas 48 y ss.

<sup>33</sup> En este sentido LOPEZ CUMBRE, L.: "Aspectos críticos de la regulación del tiempo de trabajo en España", en AA.VV., dirigidos por S. Perán Quesada, *La ordenación del tiempo de trabajo en el SXXI. Retos, oportunidades y riesgos emergentes*, Comares, Granada 2014, página 106.

<sup>34</sup> FERNANDEZ VILLAZON, L.A.: Op. cit., página 29.

<sup>35</sup> FERNANDEZ VILLAZON, L.A.: Op. cit., página 32. También FABREGAT MONFORT, G.: Op. cit., página 36.

<sup>36</sup> Vid. BALLESTER PASTOR, M.A.: Op. cit., página 58.

<sup>37</sup> FERNANDEZ VILLAZON, L.A.: Op. cit., página 23.

<sup>38</sup> FERNANDEZ VILLAZON, L.A.: Op. cit., página 27.

colectivos de carácter estatutario, no cabe aplicar el régimen jurídico de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo (en la que tiene un papel esencial la voluntad unilateral del empresario), sino que la alteración de tales condiciones deberá realizarse de conformidad a lo dispuesto en el art. 82.3 ET; es decir, a través del descuelgue de condiciones de trabajo, que implica la inaplicación de las condiciones pactadas en el convenio y su sustitución por una regulación diferente<sup>39</sup>.

Esta posibilidad supone que pese a la existencia de una determinada regulación sobre condiciones de trabajo establecida en convenio de sector o incluso de empresa (auto descuelgue), pueda sustituirse dicha regulación por otra diferente, más adaptada a las necesidades del empresario; lo cual cuestiona la eficacia normativa del convenio estatutario. Dado que estamos ante una regulación extraordinaria, es lógico que existan diferentes límites a esta posibilidad: de entrada límites causales, pues se exige la existencia de justa causa económica, técnica, organizativa o productiva. De otro lado, procedimentales, debiendo destacarse que el procedimiento es prácticamente el mismo que el de las modificaciones sustanciales de carácter colectivo; de hecho el art. 82.3 ET se remite a lo dispuesto por el art. 41.4 ET, por lo que requiere de un periodo de consultas. No obstante, dado que estamos alterando un convenio, que está protegido por el derecho a la negociación colectiva (art. 37 de la Constitución), se va a exigir, en principio, que haya un acuerdo entre los representantes de trabajadores y empresarios (que el convenio, fuente negocial, sea modificado o alterado por otro instrumento derivado de la negociación colectiva). Sin embargo, las reformas de 2012 trajo como una de las principales novedades en esa materia la posibilidad de la alteración de un convenio colectivo sin acuerdo entre las partes: si tras el período de consultas no se alcanza un acuerdo, es posible que el empresario pueda someter la cuestión a la “comisión del convenio”, que dispondrá un plazo de siete días para pronunciarse. Caso de no alcanzarse un acuerdo en la comisión paritaria, el empresario aún podrá acudir a los mecanismos de solución de discrepancias establecidos en los acuerdos interprofesionales, en el convenio estatal o autonómico, previstos por el art. 83 ET, pudiendo consistir estos procedimientos incluso en mecanismos de arbitraje vinculante. Si todos los instrumentos anteriores fallasen y el acuerdo no se consiguiera, el legislador ha establecido la intervención de la CCNCC o bien el organismo autonómico correspondiente (a solicitud de una de las partes –pese a la literalidad de la norma, es evidente que el legislador se refiere al empresario), que podrán adoptar una decisión en su propio seno o bien las partes podrán designar un árbitro, teniendo la decisión que se adopte la eficacia de un acuerdo adoptado en período de consulta; en definitiva, a través de la CCNCC o el órgano autonómico correspondiente se resolverá la cuestión de manera definitiva a través de un arbitraje. Se somete así a la parte laboral a un verdadero proceso de “acoso negocial”, en el que todo el sistema está diseñado para alcanzar un resultado final: el acuerdo; siendo evidente lo que la amenaza final de un arbitraje va a suponer en la parte que se resiste a llegar a un acuerdo, pues tendrá toda la presión para adoptar un acuerdo y evitar que un tercero tome la decisión. Merecería la pena pensar qué sucedería si en la negociación ordinaria de un convenio colectivo pudiera aplicarse un sistema parecido al que estamos describiendo; o incluso si se plantease la posibilidad de establecer este mismo sistema para la modificación de convenios cuando la parte laboral considerase que la situación económica de la empresa es lo suficientemente adecuada para sustentar una modificación de condiciones.

En todo caso, ha de advertirse que la posibilidad de un descuelgue de condiciones de trabajo tiene una importante limitación material, pues no toda condición pactada en un convenio es susceptible de sufrir el descuelgue: tan sólo es factible el

---

<sup>39</sup> Vid. BALLESTER PASTRO, M.A.: Op. cit., página 82.

descuelgue en las materias expresamente señaladas por el art. 82.3 ET. Pues bien entre ellas se mencionan expresamente tanto a la jornada de trabajo, como al horario y distribución del tiempo de trabajo como al régimen de trabajo a turnos. En definitiva, el tiempo de trabajo es una de las materias en las que es factible el descuelgue de condiciones de trabajo. En este punto hay una identidad entre las materias que se consideran propias de la modificación sustancial y las que es posible el descuelgue, pues en ambos casos el tiempo de trabajo forma parte de los supuestos de hecho en que ambas instituciones pueden actuar. Ello evidencia la relevancia del tiempo de trabajo dentro del marco de la regulación de condiciones en los convenios colectivos. La diferencia entre un instrumento u otro va a residir en cómo se haya regulado el tiempo de trabajo, si se hace a través de convenio colectivo estatutario, el empresario ha de acudir al art. 82.3 ET (también estimo que esta es la vía para resolver la cuestión en aquellos casos en los que la regulación del tiempo de trabajo se haya adoptado por acuerdo de empresa, dada la eficacia normativa que ha de reconocerse a estos instrumentos de negociación colectiva<sup>40</sup>, además de que ello evitaría el fenómeno del “barrenado de convenios”); no así cuando se trata de contrato, decisión unilateral del empresario de efectos colectivos o convenio extraestatutario, en que puede acudir al art. 41 ET.

De otro lado, dado que existe en nuestro ordenamiento otra institución jurídica que parece, en parte, coincidente con lo previsto en el art. 82.3 ET, me refiero a la reducción de la jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas (art. 47.2 ET), lo que supondría una duplicidad de instrumentos con idéntico objetivo. Es por ello que no es extraño encontrar entre la doctrina laboral opiniones favorables a entender que el descuelgue o inaplicación queda reservado para los casos en los que se plantea por el empresario una ampliación de la jornada; mientras que los supuestos de reducción estarían reservados a lo previsto por el art. 47.2 ET<sup>41</sup>.

- Junto con las modificaciones sustanciales y el descuelgue de condiciones, el empresario aún dispone de otra posibilidad para proceder a la alteración de las reglas sobre tiempo de trabajo, me refiero a las normas sobre concurrencia entre convenios colectivos. Me refiero, como no, a lo dispuesto por el art. 84.2 ET: la prioridad aplicativa del convenio de empresa. Como sabemos, en materia de concurrencia entre convenios, la regla general que fija nuestro ordenamiento desde la aprobación del ET en 1980 es la llamada prohibición de concurrencia regulada por el art. 84.1 ET, que en líneas generales no es sino un principio básico de prioridad temporal o *prior in tempore*: cuando hay una verdadera situación de concurrencia entre convenios (lo cual no siempre es fácil) resulta de aplicación lo dispuesto por el primero de los convenios, pues este no podrá verse afectado por lo dispuesto durante su vigencia (hasta la denuncia) por un convenio colectivo posterior en el tiempo. Sin embargo, el ordenamiento ha admitido diferentes excepciones; así, tradicionalmente se había estimado la posibilidad de alteración de las reglas sobre concurrencia entre convenios, a través de lo dispuesto por los acuerdos interprofesionales (art. 84.1 y 83.2 ET, que regulan la concurrencia negociada); o más modernamente se acepta la posibilidad de la concurrencia entre un convenio nacional y uno autonómico (en la actualidad regulada en el art. 84.3 y 4 ET, que establece las reglas de la concurrencia descentralizadora). Además, el proceso de reformas 2010-2012 ha añadido otra excepción, que es justamente la que nos interesa: me refiero a la prioridad aplicativa del convenio de empresa. A tenor de lo dispuesto por el art. 84.2 ET es posible que pese a la existencia de un previo convenio colectivo de sector (que según el art. 84.1 ET no podría verse afectado durante su vigencia por un

---

<sup>40</sup> No obstante, en contra, PEREZ ANAYA, R.M.: Op. cit., página 1392; también RODRIGUEZ PASTOR, G.E.: Op. cit., página 101.

<sup>41</sup> En este sentido PEREZ ANAYA, R.M.: Op. cit., página 1393.



posterior convenio), tendrá prioridad en la aplicación de ciertas materias el convenio posterior, siempre y cuando sea de empresa. Se rompe así de manera frontal el principio *prior in tempore*, de manera que los convenios de empresa, aún cuando sean posteriores, tendrán prioridad sobre los previos convenios de sector.

Es cierto, no obstante, que esta prioridad aplicativa tan sólo se tiene en ciertas materias (limitación material), que son expresamente señaladas por el art. 84.2 ET; pues bien entre estas materias (vid. letra c del citado precepto) encontramos al “horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones”<sup>42</sup>. No se incluye en este caso (a diferencia de la modificación sustancial o del descuelgue) a la jornada de trabajo, pero se incluye una materia que no estaba prevista en esos otros dos supuestos: la planificación anual de las vacaciones.

En la práctica lo que se consigue es facilitar al empresario la posibilidad de contradecir lo regulado en un convenio colectivo de ámbito superior y previo en el tiempo, estableciendo a nivel de empresa un convenio que tenga en cuenta las necesidades productivas del empresario. Modificar, en definitiva la regulación del convenio colectivo aplicable y sustituirla por otra más favorable a los concretos intereses de una empresa del sector.

A tenor de las diferentes reglas que hemos señalado y que están contenidas en los arts. 41, 82.3 y 84.2 ET, podemos encontrar vías que tienen un objetivo claramente común: facilitar una mayor flexibilidad en materia de tiempo de trabajo, pues a través de las mismas se permite que el empresario pueda modificar o alterar diferentes cuestiones sobre el régimen jurídico aplicable en esta materia. Que utilice una u otra vía va a depender de diferentes cuestiones: en primer lugar, hay que tener en cuenta donde se regula la materia a modificar, pues si se regula en convenio colectivo estatutario el empresario debe acudir necesariamente al descuelgue o a la prioridad del convenio de empresa; por el contrario si se regula en el contrato de trabajo, pacto colectivo o decisión unilateral del empresario de efectos colectivos, deberá acudir a la modificación sustancial. De otro lado, cuando se trata de modificación de condiciones pactadas en convenio estatutario hay que tener en cuenta diferentes cuestiones, en primer lugar y aún cuando en este punto el contenido de los arts. 82.3 y 84.2 ET es muy cercano, también debe tenerse en cuenta la materia concreta que pretende alterarse o adaptarse a las necesidades empresariales, pues, por ejemplo, la planificación de vacaciones es una materia que se recoge en el art. 84.2 ET y no en el descuelgue. De otro lado, también es importante realizar valoraciones de carácter estratégico, pues aun cuando tanto en el descuelgue como en la prioridad de aplicación debe acudir a la negociación colectiva, pero en el primero de ellos cabe la posibilidad de resolver la cuestión sin acuerdo y a través de un arbitraje. Por el contrario, en la prioridad aplicativa del convenio de empresa, es necesario llegar a un acuerdo, es decir, aprobar expresamente un convenio colectivo, que va a tener carácter peyorativo en alguna o todas las materias que menciona el art. 84.2 ET, frente a la regulación del convenio de sector que es aplicable a los trabajadores, lo cual puede ser más complicado. En definitiva, se trata de cuestiones que deben ser tenidas en cuenta por el empresario antes de optar por una u otra vía de alteración de las condiciones. En todo caso, ha de observarse como se trata de un conjunto normativo en el que el legislador está pensando específicamente en el ámbito de la empresa, es decir, se trata de vías de flexibilidad que favorecen que un concreto empresario pueda intentar adaptar las condiciones de trabajo a las específicas necesidades productivas que tiene en su empresa.

---

<sup>42</sup> Obsérvese cómo se incluye la cuestión de la distribución irregular en el ámbito de la empresa por esta vía, facilitando así la aplicación de esta institución. Sobre la cuestión, vid. MARTINEZ YAÑEZ, N.M.: Op. cit., página 64.

- Además de todo lo anterior, no podemos olvidar lo previsto por el art. 86 ET en relación a la vigencia del convenio colectivo. De un lado el art. 86.1 señala que “Durante la vigencia del convenio colectivo, los sujetos que reúnan los requisitos de legitimación previstos en los artículos 87 y 88 podrán negociar su revisión”. Se está planteando que los mismos sujetos que pueden negociar y aprobar un convenio, podrán, durante la vigencia del mismo proceder a modificarlo, de manera que una vez sea aprobado el convenio colectivo, este no se convierte en una especie de texto sagrado absolutamente inmune a la posibilidad de una modificación, realizada a través de los cauces ordinarios de la negociación colectiva. Esta posibilidad afecta a cualquier convenio con independencia de cuál pueda ser su ámbito de aplicación, ya sea de empresa o de sector. No está sometida esta posibilidad a una limitación material, por lo que cualquier aspecto del tiempo de trabajo podría volver a ser renegociado por los sujetos legitimados.

Por último, el mismo art. 86, pero en su apartado tercero establece que durante la negociación para la renovación de un convenio se producirá la ultraactividad de la parte normativa del mismo, señalándose que las partes pueden adoptar acuerdos parciales para la “modificación de alguno o algunos de sus contenidos prorrogados con el fin de adaptarlos a las condiciones en las que, tras la terminación de la vigencia pactada, se desarrolle la actividad en el sector o la empresa”. Por lo tanto, durante la fase de ultraactividad de un convenio (con independencia de cuál sea su ámbito), podrá este ser modificado en alguno o más de uno de sus contenidos o materias reguladas por el mismo, con el objetivo expresamente declarado de adaptar las condiciones de trabajo a la situación en la que se encuentra la empresa o el sector. Al igual que ocurre en el supuesto anterior, esta posibilidad no está sujeta a limitación material alguna, por lo que sería perfectamente posible que una de las materias objeto de modificación fuese la relativa al tiempo de trabajo, en su totalidad, o alguno de sus diferentes aspectos.

En definitiva, nos encontramos con una regulación laboral sobre tiempo de trabajo, en la que se está dejando atrás a pasos agigantados esa vieja concepción del tiempo de trabajo estandarizado, siendo sustituida por la posibilidad de diversificar los tiempos de trabajo, no sólo por el hecho de que se introducen mecanismos para adaptar la jornada de trabajo a las cambiantes necesidades empresariales, sino también por la cada vez mayor individualización del establecimiento del tiempo de trabajo; todo ello como respuesta a los requerimientos, cada vez más insistentes de una economía mundial, competitiva y globalizada. Todo sea por lograr que se mejore la competitividad de las empresas, y por conseguir que se adapte a las fluctuaciones del mercado sin que el ordenamiento establezca dificultades.

### **3. La flexibilización del tiempo de trabajo a favor de los intereses de los trabajadores**

Pero también la flexibilidad en el tiempo de trabajo puede plantearse desde el otro ámbito de la relación laboral; no desde la perspectiva empresarial, sino desde el punto de vista del trabajador, que por diferentes necesidades (sobre todo la de hacer frente a responsabilidades familiares), puede requerir una alteración de los períodos de trabajo.

El legislador no sólo se ha ocupado de facilitar a los empresarios mecanismos dirigidos a adaptar el tiempo de trabajo a sus necesidades, también existen mecanismos a través de los que se pretende facilitar la conciliación entre el tiempo de trabajo y el tiempo que el trabajador debe dedicar a para hacer frente a las necesidades derivadas de la existencia de responsabilidades familiares. Se habla así de la conciliación de vida familiar, personal y laboral. Si bien en la actualidad hay una cierta quietud en el ánimo del legislador en la actualidad en cuanto al favorecimiento de los intereses conciliatorios

del trabajador, no podemos negar que en las últimas décadas nuestro ordenamiento se ha caracterizado por un importante protagonismo de los fenómenos de conciliación en la regulación del tiempo de trabajo, buscándose un cierto equilibrio entre trabajo y familia. Se trata de ir más lejos de lo previsto por instrumentos que podemos considerar tradicionales en este ámbito, como son la suspensión o excedencia del trabajador, supuestos en los que el trabajador (más habitualmente la trabajadora), cesaba en el desarrollo de la prestación de trabajo para resolver tales necesidades familiares, teniendo un derecho, más o menos fuerte, al reingreso al puesto de trabajo. Este tipo de mecanismos, si bien pueden resolver importantes necesidades de los trabajadores, suponen que éste se desvincula de la empresa para integrarse de manera completa en la atención de las necesidades de carácter familiar, desvinculación que puede suponer dificultades para conseguir una futura reincorporación al trabajo (¿cuántas trabajadoras han iniciado una excedencia por motivos familiares, para pasado el tiempo acabar renunciando al trabajo?). Estos mecanismos sólo contemplan dos posibilidades: o trabajar y dejar de lado las responsabilidades familiares, o atender tales responsabilidades, cesando el trabajo. Es aconsejable no desvincularse totalmente del mundo laboral y ello interesa no sólo a los trabajadores, también a los empresarios que en ocasiones ven como trabajadores con formación, con experiencia, con altos niveles de rendimiento, cesan temporalmente en el trabajo y deben ser sustituidos por personal sin experiencia. Desde una perspectiva más moderna de esta cuestión se pretende facilitar que el trabajador con necesidades familiares pueda atenderlas, pero sin cesar en el trabajo: se permite la suspensión “parcial” en caso de maternidad, paternidad, adopción o acogimiento, la acumulación de la reducción por lactancia, se han introducido nuevos supuestos de reducción de la jornada de trabajo por necesidades familiares o se han delimitado más favorablemente a los trabajadores ciertos permisos para atender el cuidado de familiares.

Con carácter general el art. 34.8 ET establece que el trabajador tiene derecho a la adaptación de la duración y distribución de la jornada de trabajo con el objetivo de hacer efectivo su derecho a la conciliación a la vida personal, familiar y laboral. Sin embargo, no estamos ante un derecho pleno concedido directamente por el legislador que puede ejercerse frente al empresario, pues está condicionado a su desarrollo a través de la negociación colectiva o al acuerdo que individualmente pueda alcanzarse con el empresario<sup>43</sup>; por lo tanto, no tiene aplicabilidad inmediata<sup>44</sup>. En definitiva, se trata de un precepto que fija un objetivo, una meta a alcanzar y, por tanto, tiene un carácter programático o promocional<sup>45</sup>. De otro lado señala cuál es la vía más adecuada para alcanzar ese objetivo, la negociación colectiva, pero ni establece un concreto derecho del trabajador, ni una paralela obligación que deba respetar el empresario. En este sentido el precepto añade que para alcanzar dicho objetivo se “promoverá” la utilización de la jornada continuada, o el horario flexible o bien cualquier otro modo de organización el tiempo de trabajo y del descanso que compatibilice la conciliación con la mejora de la productividad de la empresa. Por lo tanto, este precepto poco aporta al panorama existente, remitiéndose al ámbito de la negociación colectiva, pero sin conceder derecho alguno a los trabajadores y sin imponer obligación alguna al empresario<sup>46</sup>.

---

<sup>43</sup> Tal como afirma el citado precepto, el trabajador tiene derecho a dicha adaptación, si bien “en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario”.

<sup>44</sup> BALLESTER PASTOR, M.A.: Op. cit., página 85.

<sup>45</sup> TRILLO PARRAGA, F.: *Jornada de trabajo, descansos, permisos y vacaciones*, Editorial Bomarzo, Albacete 2016, página 24. De igual manera RODRIGUEZ GONZALEZ, S.: *Tiempo de trabajo y vida privada*, Comares, Granada 2016, página 175.

<sup>46</sup> Sobre la falta de efecto de dicho precepto, vid. MARTINEZ YAÑEZ, N.M.: Op. cit., página 40.

En todo caso, al margen de la regla general que acabamos de señalar, es cierto que el legislador ha establecido ciertos derechos de los trabajadores vinculados a la conciliación de la vida familiar y laboral con el trabajo, que están vinculados al tiempo de trabajo. Debemos diferenciar estos mecanismos de aquellos otros que si bien tienen como objetivo la conciliación, no forman parte de la normativa sobre tiempo de trabajo, aun cuando la negociación colectiva los regule frecuentemente con las normas dedicadas al tiempo de trabajo. Me refiero a diferentes supuestos de suspensiones por maternidad, por adopción, por acogimiento, diferentes casos de excedencia por cuidado de hijos, familiares, o incluso los permisos regulados en el art. 37.3 ET que en realidad es una institución más vinculada con las interrupciones de la prestación de trabajo (con la suspensión o con la excedencia), si bien de muy corta duración, que con el tiempo de trabajo, o más específicamente los descansos, pues se trata de una institución que no tiene como objetivo facilitar al trabajador un descanso, sino que está pensada más para poder participar en aquellas obligaciones cívicas, sociales e incluso personales que están social y culturalmente justificadas en nuestra sociedad, o bien es necesario atender ciertas exigencias de carácter familiar. No obstante, dada su corta duración, en muchos casos los permisos pueden vincularse al tiempo de trabajo.

De otro lado, encontramos ciertos casos en los que las normas sobre conciliación de la vida personal, familiar y laboral si están directamente vinculadas con el régimen jurídico del tiempo de trabajo; me refiero a los supuestos de reducción de la jornada por motivos de carácter familiar regulados en el art. 37.4 y ss. ET. Así ocurre, por ejemplo, con la lactancia, caso en el que se regula (art. 37.4 ET) el derecho a la ausencia durante una hora del trabajo por nacimiento de hijo, adopción o acogimiento para la lactancia del menor; pudiendo dividirse esta hora en dos fracciones, así como reducirse la jornada de trabajo en media hora con la misma finalidad o acumularse por jornadas completas<sup>47</sup>.

De otro lado, el art. 37.5 ET establece que en los casos de nacimientos de hijos prematuros o que por cualquier causa deban permanecer hospitalizados a continuación del parto, la madre o el padre tienen el derecho a ausentarse del trabajo durante una hora, o bien reducir su jornada de trabajo hasta dos horas con la disminución del salario. Se trata de un derecho que tiene como objetivo facilitar que los padres puedan hacer frente a las necesidades de atención del hijo recién nacido que permanezca hospitalizado<sup>48</sup>.

También el art. 37.6 ET regula el derecho a la reducción de la jornada de trabajo diaria, con disminución del salario, entre un octavo y la mitad de duración, en los casos de guarda legal de un menor de doce años o de una persona con discapacidad que no desempeñe actividad retribuida.

El mismo derecho podrá disfrutar el trabajador que se encarga del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y no desempeña actividad retribuida (art. 37.6 segundo párrafo ET).

Por último, el art. 37.6 ET regula en su tercer párrafo la posibilidad de una reducción de, al menos, la mitad de la jornada (con disminución proporcional del salario) para los trabajadores que sean progenitores (casos de maternidad biológica), adoptantes o tengan la guarda con fines de adopción o guarda permanente de un menor afectado por cáncer o cualquier otra enfermedad grave que implique el ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de cuidado directo permanente y continuo (debidamente acreditado); pudiendo los convenios colectivos establecer las

---

<sup>47</sup> Tal como ha señalado la doctrina laboral, el origen de la acumulación reside en el hecho de la falta de eficacia del permiso por lactancia; así RODRIGUEZ GONZALEZ, S.: Op. cit., página 242.

<sup>48</sup> RODRIGUEZ GONZALEZ, S.: Op. cit., página 254.

condiciones y supuestos en los que la reducción de la jornada pueda acumularse en jornadas completas.

Otra de las posibilidades de alteración de jornada que establece nuestro ordenamiento, si bien desde una perspectiva totalmente diferente es la contenida en el art. 37.8 ET, que se refiere a situaciones en que los trabajadores tengan la consideración de víctimas de violencia de género o víctimas del terrorismo. En estos casos el citado precepto regula tanto la posibilidad de una reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario o bien la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa; todo ello con el fin de hacer efectiva su protección o derecho a la asistencia social integral. En todo caso, estos derechos pueden ejercerse en los términos establecidos por el convenio colectivo o por los acuerdos de empresa, o bien conforme al acuerdo entre empresa y cada trabajador afectado. Si no se produce la concreción de estos derechos a través de una de las vías señaladas, el trabajador podrá concretar estos derechos, siendo de aplicación en última instancia lo dispuesto por el art. 37.7 ET.

En definitiva, se trata de un conjunto normativo bastante interesante en el que la flexibilidad del tiempo de trabajo se plantea desde una perspectiva totalmente diferente, no desde el punto de vista de los intereses empresariales, sino desde el interés del trabajador que intenta conciliar sus responsabilidades de carácter familiar con la necesidad de desarrollar su prestación de trabajo (o bien que se le permita compatibilizar el trabajo con la necesidad de hacer efectiva la protección social integral por ser víctima de violencia de género o víctima del terrorismo).

Especial interés va a tener constatar si el ordenamiento establece un mecanismo a través del cual el trabajador pueda imponer realmente el disfrute de estos derechos al empresario. Entendemos que es justamente en este punto donde mayor fricción se va a producir entre las necesidades empresariales y laborales. Nos referimos concretamente a la concreción de la reducción del tiempo de trabajo, cuándo y cómo va a disfrutar el trabajador del derecho concedido por el ordenamiento jurídico y a través del cual puede armonizar sus intereses laborales y familiares. Puede decirse que esta cuestión se va a convertir en una verdadera clave de bóveda del sistema, pues si pese al reconocimiento de determinados derechos por parte del ordenamiento no acompaña una verdadera capacidad de activarlos, prácticamente lo que tiene el trabajador no es más que un derecho meramente teórico, pero no real ni efectivo. Sobre esta cuestión hemos de acudir a lo establecido por el art. 37.7 ET, precepto que realmente deja una sensación agrí dulce para el trabajador. En principio el señalado precepto establece que corresponde al trabajador la concreción horaria (es decir, las horas concretas que en el horario de trabajo se producirán las reducciones o las ausencias de los trabajadores) y la determinación del período de disfrute (extensión temporal del derecho) de los derechos de lactancia o reducción de jornada contemplados por el art. 37.4 a 8 ET (tanto en el supuesto del art. 37.5 como en el art. 38.8 ET, son estos mismos apartados los que se remiten para esta cuestión al art. 37.7 ET), dentro de su jornada ordinaria. Se concede al trabajador, por tanto, no sólo unos derechos de reducción de la jornada, sino la capacidad para concretar el momento del disfrute de los mismos<sup>49</sup>.

No obstante, los convenios colectivos pueden establecer criterios para la concreción horaria de la reducción de la jornada contenida en el apartado 6 del art. 37 ET (la reducción entre un octavo y la mitad de la jornada con reducción proporcional del salario para poder realizar los cuidados de un menor de doce años o de un discapacitado, así como las reducciones por cuidado directo de un familiar hasta el

---

<sup>49</sup> Tal como señala BALLESTER PASTOR, M.A., esto puede conducir a una degradación de los derechos de conciliación; op. cit., página 90.

segundo grado que no pueda valerse por sí mismo); teniendo en cuenta tanto las necesidades de conciliación del trabajador como las necesidades organizativas y productivas de la empresa.

En todo caso, las discrepancias surgidas entre empresario y trabajador sobre esta cuestión, serán resueltas por la jurisdicción social a través del procedimiento establecido en el art. 139 LRJS.

Es decir, a tenor de estas reglas resulta que si bien inicialmente se reconoce unos derechos a la reducción de la jornada del trabajador y se estima que es el propio trabajador quien ha de concretar el ejercicio del mismo, sin embargo, se concede al empresario, sin manifestarlo el legislador de manera expresa, la capacidad para disentir de la concreción que plantea el trabajador: ciertamente no se establece expresamente esta capacidad del empresario, pero al señalarse que si no hay acuerdo, será el juez de lo social quien decida, implícitamente se está concediendo al empresario esa capacidad de disentir de la concreción del trabajador. Más aún, el trabajador no tiene la capacidad para que su decisión sea ejecutiva, pues a tenor de lo establecido por el art. 139 LRJS, es el trabajador titular del derecho a la reducción y titular del derecho a la concreción de la misma, quien debe demandar al empresario, tal como señala el art. 139.1.a) LRJS, asumiendo así la carga procesal de ocupar la posición de demandante. Más aún, este último precepto reconoce expresamente la capacidad de veto del empresario, cuando señala que el trabajador dispondrá de 20 días para demandar, “a partir de que el empresario le comunique su negativa o su disconformidad con la propuesta realizada por el trabajador”. Al menos esta regulación reconoce el derecho del trabajador a la acción por daños y perjuicios derivados exclusivamente de la negativa del derecho o demora de la efectividad del mismo, perjuicios de los que puede exonerarse el empresario si provisionalmente hubiese dado cumplimiento a la propuesta del trabajador<sup>50</sup>.

De otro lado, no debemos olvidar que la actual redacción del art. 37.7 ET, respecto del supuesto de reducción de jornada regulado en el art. 37.6 ET (la reducción entre un octavo y la mitad de la jornada con reducción proporcional del salario para poder realizar los cuidados de un menor de doce años o de un discapacitado, así como las reducciones por cuidado directo de un familiar hasta el segundo grado que no pueda valerse por sí mismo) establece que los convenios colectivos pueden establecer criterios para la concreción horaria de la reducción, criterios que atenderán tanto las necesidades de conciliación del trabajador, como las necesidades productivas y organizativas del empresario. Consecuentemente, a través del convenio podría limitarse o reducirse la capacidad del trabajador para determinar la concreción de su derecho. Más aún, el propio

En definitiva, se trata de una regulación que en la práctica viene a limitar el ejercicio de los derechos a la reducción de jornada de los trabajadores, vinculados a la conciliación de la vida familiar y laboral, dificultando que sean los trabajadores los que puedan acceder a la flexibilidad del tiempo de trabajo, pues se condiciona la efectividad de estos derechos a que haya un desarrollo de los mismos a través de la negociación colectiva<sup>51</sup>. Se ofrece así una cara totalmente diferente a la que hemos visto cuando este tema se trata desde la perspectiva empresarial, en la que es evidente que el ordenamiento ha dispuesto diferentes vías para facilitar que predomine el interés empresarial, permitiendo la alteración de la jornada pactada inicialmente. Esta situación

---

<sup>50</sup> Además, en el caso de demandas de víctimas de violencia de género o víctimas del terrorismo, el trabajador podrá instar la adopción de las medidas cautelares contenidas en el art. 180.4 LRJS.

<sup>51</sup> En sentido crítico vid. PERAN QUESADA, S.: “Tiempo de trabajo y género. La perspectiva española”, en AA.VV., dirigidos por S. Perán Quesada, *La ordenación del tiempo de trabajo en el Siglo XXI. Retos oportunidades y riesgos emergentes*, Comares, Granada 2014, páginas 170 y 171.

evidencia cómo la regulación sobre tiempo de trabajo actúa sobre intereses contrapuestos de trabajadores y empresarios y cómo el ordenamiento no es capaz de dar en este caso una respuesta satisfactoria para ambas partes. Dicho de otra manera, aparentemente el ordenamiento actual es incapaz de conseguir el necesario equilibrio entre los intereses empresariales y laborales en el ámbito del tiempo de trabajo<sup>52</sup>, mostrándose escorado hacia la defensa de los intereses empresariales<sup>53</sup>. Junto con la regulación dedicada a la concreción de estos derechos por el trabajador, el elemento que más evidencia esta falta de equilibrio sea el hecho de que estos derechos de reducción de jornada se refieren de manera expresa a la jornada de trabajo del propio trabajador o incluso a la jornada de trabajo “diaria”, reduciendo así drásticamente las opciones del trabajador para adaptar el tiempo de trabajo a sus necesidades<sup>54</sup>.

Debemos tener en cuenta las dificultades que los diferentes mecanismos de flexibilidad laboral que están a disposición del empresario afectan de manera muy directa a los trabajadores en cuando a su propia capacidad para hacer frente a las necesidades familiares: es evidente que instrumentos como el establecimiento de máximos de jornada semanales en base a promedios anuales, la posibilidad de utilizar la jornada flexible, o las horas complementarias tienen una repercusión sobre el disfrute del tiempo de ocio o del tiempo para atender a la familia, pues el tiempo de trabajo se convierte en impredecible incluso a corto plazo; lo que genera evidentes conflictos con la vida familiar. En el mismo sentido las capacidades que en la actualidad ostentan los empresarios para modificar o alterar la regulación del tiempo de trabajo que se haya convenido con el trabajador o con los representantes de los trabajadores. Se entrecruzan así los diferentes intereses que pretende proteger el legislador, siendo evidente que se ha puesto un mayor énfasis en facilitar flexibilidad a la empresa, que en facilitar el disfrute de los derechos de conciliación a los trabajadores.

Frente a todo ello, como hemos visto, los derechos del trabajador a intentar adaptar su tiempo de trabajo a sus necesidades personales o familiares, son muy limitados y pueden ser perfectamente cuestionados por el empresario; o bien dependen de una posterior regulación por parte del convenio colectivo. Ciertamente es que pueden utilizarse instituciones jurídicas como el trabajo a tiempo parcial para intentar dar solución a alguna de estas necesidades, pero reacciones del legislador como la de eliminar el derecho preferente de los trabajadores que han acordado la conversión voluntaria de su contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial, para acceder a un puesto vacante a tiempo completo, no anima precisamente a intentar esa conversión del contrato a tiempo parcial.

Por otra parte la protección de los intereses de los trabajadores se puede plantear también a través de la introducción del horario flexible; es decir, aquella jornada de trabajo en la que el trabajador asume también facultades de especificación o fijación de la misma, al regularse en base a un período de estancia fijo o permanente en la empresa para todos los trabajadores, de modo que durante dicho período coincidan todos, y otra parte de la jornada, en la que el trabajador es quien decide (con mayor o menor libertad) donde ubicarla temporalmente (antes o después del período fijo); se otorga así al trabajador un cierto margen de decisión a la hora de organizar la jornada de trabajo. Con esta posibilidad de distribución de la jornada se estaría satisfaciendo los intereses de

---

<sup>52</sup> FERRADANS CARADAMES, C.: “La reducción de la jornada de trabajo como mecanismo de reestructuración empresarial frente a la crisis de empleo”, *Temas Laborales* nº 107 (2010), página 233.

<sup>53</sup> En este sentido MOLINA NAVARRETE, C.: “La «luna Europa» y sus dos caras: regulación flexible del tiempo de trabajo y límites comunitarios”, en AA.VV., *La ordenación del tiempo de trabajo en el siglo XXI. Retos, oportunidades y riesgos emergentes*, Comares, Granada 2014, páginas 69 y ss.

<sup>54</sup> En este sentido, y de manera muy crítica BALLESTER PASTOR, M.A.: Op. cit., páginas 88 y ss. De igual manera RODRIGUEZ GONZALEZ, S.: Op. cit., página 265.

ambas partes: de un lado el empresario mantendría una parte de jornada de carácter estable, mientras que el trabajador podría adaptar sus obligaciones laborales a sus intereses personales. Sin embargo, no es frecuente en nuestro país este tipo de sistemas de ordenación del tiempo de trabajo, pues es evidente que suponen una reducción de las facultades empresariales de organización del tiempo de trabajo, incluso se suprimió todo tipo de recepción normativa de la jornada flexible en nuestro ordenamiento, en aras a dotar al empresario de una regulación que adapte el tiempo de trabajo lo más posible a sus intereses, dejando de lado los intereses de los trabajadores. La jornada flexible queda así reducida a ámbitos muy concretos de la actividad productiva (fundamentalmente las Administraciones Públicas), y dentro de unos parámetros de jornada en los que la posible ordenación flexible a favor del trabajador se ve disminuida por la existencia de importantes límites, de modo que la capacidad que tiene el trabajador para distribuir la jornada es bastante reducida.

Tal como vemos la regulación del tiempo de trabajo obedece a diferentes líneas de evolución, con las que se pretende atender los intereses de los distintos sujetos, trabajadores y empresarios, que actúan en la relación. Estas líneas de evolución suelen chocar, pues los intereses de unos y otros son contrapuestos: fundamentalmente los empresarios desean acceder a la mayor flexibilidad posible a la hora de especificar la jornada de trabajo, mientras que los trabajadores desean, bien una cierta estabilidad que les permita hacer frente a sus necesidades familiares o sociales, o bien en momentos y situaciones puntuales requieren conciliar tales responsabilidades con las laborales.

No debemos olvidar que estas reglas no sólo tienen trascendencia desde el punto de vista de facilitar a los trabajadores instrumentos para conciliar de manera efectiva la vida personal, familiar y laboral, sino que también tienen un especial interés desde el punto de vista de un colectivo socialmente discriminado por ser el que realmente soporta las responsabilidades familiares y hace frente a las mismas; me refiero a las trabajadoras. Desde este punto de vista, no sólo es una regulación dirigida a facilitar a los trabajadores mayores posibilidades de ocuparse de los diferentes “frentes”, sino que se convierte en una regulación que también tiene interés desde la perspectiva de la igualdad de género. En la práctica, observamos cómo la mayoría de los mecanismos que dispone el legislador para atender estas responsabilidades familiares, aún cuando muchos de ellos se plantean desde una perspectiva neutra, están pensados principalmente para permitir que la mujer trabajadora pueda cumplir con dichas responsabilidades. Ello hace que surja una pregunta que es inquietante: ¿hasta que punto una regulación de estas características no es una solución, sino que supone impulsar justamente el problema, pues implica el mantenimiento de un rol que socialmente se impone a la mujer?, ¿no sería mejor una regulación que lejos de ser neutra, promoviese la corresponsabilidad entre hombre y mujer, de manera que haya una asunción masculina de las responsabilidades familiares?

#### **4. El papel de la negociación colectiva en la flexibilización del tiempo de trabajo**

Acabamos de señalar cómo el legislador laboral ha establecido todo un conjunto de reglas que tienen como objetivo fundamental facilitar legalmente al empresario una especial capacidad para adaptar el tiempo de trabajo a sus necesidades productivas. Sin embargo, no podemos llegar a la conclusión de que es la regulación legal el instrumento normativo a través del cual el empresario accede a las dosis de flexibilidad laboral que necesita. Muy al contrario, en materia de tiempo de trabajo la negociación colectiva ha jugado y sigue jugando un papel esencial para facilitar esa capacidad de adaptación y flexibilidad que requiere el empresario y para constatarlo basta señalar cómo es la propia regulación legal la que se remite a la negociación colectiva con esta finalidad. Ha de advertirse que si bien el instrumento esencial en este punto es el convenio colectivo,



la regulación legal se refiere no sólo al convenio colectivo, sino que en defecto del mismo alude al acuerdo de empresa; es decir, en realidad no es el convenio colectivo (una de las figuras propias del derecho a la negociación colectiva), sino esta última, la que asume el relevante papel que es diseñado por el legislador, no sólo a la hora de determinar la regulación del tiempo de trabajo, sino también la introducción de mecanismos de flexibilidad. En este punto, buena parte de la flexibilidad de la que goza el empresario es una flexibilidad “negociada”, siendo también relevante la flexibilidad que directamente aporta la regulación legal, pero valorativamente, la flexibilidad negociada ocupa un papel que es realmente esencial en comparación con esta flexibilidad directamente aportada por la regulación legal.

De entrada, se reconoce (art. 34.1 ET) que la jornada de trabajo será la pactada en convenio colectivo, es decir, se reconduce la regulación del tiempo de trabajo hacia la negociación colectiva, que pasa a tener así una enorme trascendencia a la hora de concretar la regulación sobre tiempo de trabajo.

De otro lado, se reconoce (art. 34.2 ET) que el convenio colectivo es el instrumento adecuado para regular la distribución irregular de la jornada de trabajo. Más aún, el legislador no sólo señala al convenio colectivo, sino que en defecto del mismo atribuye esta función a un acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores; es decir, que la negociación colectiva es la vía para establecer la distribución irregular de la jornada. Sólo en defecto de la negociación colectiva (si no hay regulación sobre esta cuestión convenio colectivo, o en defecto de la misma, en acuerdo de empresa), el empresario podrá utilizar su voluntad unilateral para aplicar la distribución irregular de la jornada hasta en un 10%. Por lo tanto, la utilidad de la negociación colectiva no alcanza sólo a la concreción de cómo ha de desarrollarse la jornada irregular, sino que actúa como límite a la posible intervención unilateral del empresario en esta materia. Por otra parte, el legislador también se remite al convenio, o en su defecto al acuerdo de empresa, para regular la compensación de las diferencias entre la jornada realizada la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo legal o pactada; y sólo en defecto de esta regulación se aporta una solución legal a esta cuestión.

En tercer lugar, el art. 34.3 ET establece la posibilidad de que a través de convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo de empresa, pueda establecerse una distribución del tiempo de trabajo que supere el límite de las nueve horas diarias de trabajo efectivo; es decir, con ello se plantea la posibilidad de superar el límite máximo de la jornada diaria (no obstante, en caso de menores de edad no es factible, ni tan siquiera a través de la negociación colectiva, superar las ocho horas diarias).

Desde una perspectiva diferente, la relativa a la adaptación de la jornada de trabajo a las necesidades de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del trabajador, el art. 34.8 ET señala que este derecho se hará efectivo en los términos que establezca la negociación colectiva; con ello el legislador niega el reconocimiento de un derecho subjetivo concreto de los trabajadores, remitiéndose a la negociación colectiva, para que sea esta quien establezca los concretos derechos que pueden disfrutar los trabajadores en este ámbito.

En relación a las horas extraordinarias, el art. 35.1 ET señala que el convenio colectivo (o en su defecto el contrato individual –obsérvese que aquí el legislador no otorga papel alguno a un posible acuerdo de empresa en esta materia-) el mecanismo para a través del cual se opta por uno u otro sistema de remuneración o compensación por la realización de horas extraordinarias. Sólo en defecto de pacto colectivo o individual, será cuando resulte de aplicación la regla legal de compensación por tiempo de descanso remunerado. De otro lado, también en materia de horas extraordinarias, el art. 35.4 ET permite que se pacte la obligatoriedad de las horas extraordinarias a través

de convenio colectivo (o bien en contrato individual de trabajo –nuevamente no se otorga relevancia en estos casos a los acuerdos de empresa-).

En cuanto a las reglas sobre modificación o alteración de la regulación sobre tiempo de trabajo pactada (individual o colectivamente), es evidente que la negociación colectiva juega un papel esencial, si bien en comparación con la regulación previa a 2012, hemos de reconocer que ese papel se ha contraído y reducido notablemente. Así, en el caso de la prioridad aplicativa del convenio de empresa, pues se trata en estos casos de una nueva regulación sobre horario, distribución del tiempo de trabajo, de el régimen de trabajo a turnos o bien de la planificación anual de vacaciones, a través de un convenio de empresa; es decir, que esa alteración de las condiciones pactadas en el convenio de sector sólo puede producirse a través de otro convenio colectivo; se trata, pues de una posibilidad reservada sólo a la negociación colectiva.

En el caso de la inaplicación del convenio colectivo (art. 82.3 ET), también es evidente el protagonismo de la negociación colectiva, pues se trata de una decisión que implica no aplicar un convenio con eficacia normativa y sustituir parte de su regulación (incluida la relativa al tiempo de trabajo) por otro instrumento derivado de la negociación colectiva: un acuerdo de empresa entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo. No obstante, recordemos que el legislador ha diseñado una serie de mecanismos para superar la falta de acuerdo, que incluye la posibilidad de someter la cuestión a un arbitraje obligatorio para la parte laboral, lo que reduce el papel y la relevancia de la negociación colectiva, pues sería perfectamente factible la modificación de las condiciones de tiempo de trabajo sin necesidad del acuerdo de los representantes de los trabajadores.

Por otra parte, en los supuestos de reducción de la jornada de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (art. 47.2 ET), el legislador se remite al procedimiento regulado para la suspensión colectiva de los contratos de trabajo (art. 47.1 ET) que reserva un papel esencial para la negociación colectiva, dado que dicho procedimiento comienza con un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores, debiendo las partes negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo. Se trata de un verdadero procedimiento de negociación colectiva. No obstante, recordemos que la falta de acuerdo con los representantes de los trabajadores no impide al empresario llevar a cabo la decisión que adopte y considere más oportuna, por lo que es factible la alteración de condiciones de trabajo como la jornada, que podrá sufrir una reducción, por la voluntad del empresario, tras fracasar el período de consultas.

Por último, también desde la perspectiva de la modificación sustancial de condiciones de trabajo reguladas en el art. 41 ET, se reserva un cierto papel a la negociación colectiva: en el caso de modificaciones sustanciales de carácter colectivo, la decisión del empresario debe ir precedida de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores, en la que se negociará sobre las causas motivadoras y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como las medidas para atenuar las consecuencias que puedan sufrir los trabajadores afectados. Durante este período de consultas las partes deben negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo. Se trata, nuevamente, de un proceso de negociación colectiva que puede finalizar en un acuerdo entre empresa y representación de los trabajadores. No obstante, recordemos que la falta de acuerdo habilita al empresario para tomar la decisión (unilateral) que considere más oportuna. De otro lado, en los casos de modificaciones sustanciales individuales, el art. 41.3 ET diseña un procedimiento en el que basta con la voluntad unilateral del empresario para tomar la decisión, sin requerir en absoluto la participación o negociación colectiva con los trabajadores o sus representantes.

La negociación colectiva también es un instrumento que actúa en el ámbito de la regulación del descanso. En este sentido y desde la perspectiva de la adecuación del tiempo de trabajo a las necesidades empresariales, podemos señalar como la negociación colectiva admite mecanismos a través de los cuales es factible la intromisión empresarial en los períodos de descanso del trabajador: no es extraño encontrar reglas sobre disponibilidad del trabajador; es decir, normas por las que, estando el trabajador en su período de descanso o de ocio, puede ser llamado por necesidades empresariales a desarrollar prestación de trabajo. Ello supone, sobre todo una evidente ruptura de la periodicidad en el reparto del tiempo de trabajo y el tiempo de descanso, introduciendo más flexibilidad en la distribución de la jornada de trabajo. Incluso en materia de vacaciones anuales es posible encontrar en los convenios colectivos reglas dirigidas a facilitar el reinicio de la actividad pese a que el trabajador se encuentre en el disfrute de las vacaciones.

Si analizamos esta misma cuestión desde el punto de vistas de las reducciones de jornada por motivos familiares encontramos también un conjunto de reglas con claras referencias hacia la negociación colectiva, que plantean la posibilidad de que, a través de la negociación colectiva (es decir, mediante la regulación establecida en ella), los trabajadores puedan lograr la efectividad de determinados derechos que se reconocen en normas legales. Así, en el ámbito del derecho de lactancia (art. 37.4 ET), se plantea la sustitución de la hora de lactancia por una reducción de la jornada de trabajo en media hora, o bien la posibilidad de acumular este derecho a jornadas completas, si bien “en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario”. Por lo tanto, no se establece un derecho directo del trabajador a sustituir la hora de lactancia, sino la posibilidad de hacerlo de conformidad a lo que establezca la negociación colectiva o el acuerdo con el empresario, de manera que si la negociación nada establece o no se consigue el acuerdo individual, el trabajador no podrá reclamar ese derecho<sup>55</sup>.

Por otra parte, también dentro del ámbito de las reducciones de jornada por motivos familiares, el art. 37.6 ET plantea la reducción de la jornada en los casos de ser necesario para el cuidado durante la hospitalización y tratamiento continuado de un menor a cargo del trabajador, afectado por cáncer o por cualquier otra enfermedad grave que implique ingreso hospitalario de larga duración y requiera el cuidado directo, continuo y permanente. Si se cumplen todos estos requisitos (son acumulativos<sup>56</sup>) el trabajador tiene un derecho subjetivo a la reducción de la jornada, reconocido directamente por la ley. Sin embargo, el precepto plantea también la acumulación de esta reducción, para poder así cesar en el trabajo durante jornadas completas. Pues bien, en este caso no se establece en la norma un derecho que es adquirido directamente por el trabajador y del que es titular por mandato de la ley, sin que ese derecho podrá establecerse por convenio colectivo, de modo que si no se establece en el convenio, el trabajador no será titular del mismo y no tendrá efectividad esta posibilidad.

De manera similar, el art. 37.8 ET en relación a los derechos de las víctimas de violencia de género o del terrorismo, plantea la reducción de la jornada de trabajo o la reordenación del tiempo de trabajo a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo. Ahora bien estos derechos podrán ejercerse “en los términos que para estos supuestos concretos se establezcan en los convenios colectivos o en los acuerdos entre la empresa y los representantes de los trabajadores o conforme al acuerdo entre la empresa y los trabajadores afectados”; es decir, aparentemente si no hay una concreción de los mismos, en el convenio, difícilmente podrá dotarse de eficacia a los mismos. No

---

<sup>55</sup> Sobre este carácter condicionado vid. RODRIGUEZ GONZALEZ, S.: Op. cit., página 242.

<sup>56</sup> RODRIGUEZ GONZALEZ, S.: Op. cit., página 307.

obstante, el precepto finaliza señalando que en defecto de esta concreción, serán de aplicación las reglas del art. 37.7 ET (se reconoce al trabajador que será el quién realice la concreción, pero el empresario podrá discrepar, resolviéndose las discrepancias a través de la jurisdicción social). Por lo tanto, lo que en realidad parece que se remite a la negociación colectiva es la concreción del ejercicio del derecho, pero no la titularidad efectiva del mismo.

Hemos visto cómo el art. 37 ET contiene todo un conjunto de supuestos de reducción de la jornada. En algunos casos, esos derechos se atribuyen al trabajador de manera directa, por ministerio de la ley; pero en otros casos, la ley se limita a prever la posibilidad de la existencia del derecho, condicionándose su eficacia a que haya una regulación convencional (a través de la negociación colectiva) o bien un acuerdo individual con el empresario; de manera que ese derecho no podría ser efectivo sin el acuerdo colectivo o individual. Si la regulación legal o convencional reconoce un derecho subjetivo para los trabajadores, queda aún un problema: el de la concreción de horaria; es decir, reconocido el derecho, hay que ubicar la reducción de la jornada dentro del horario del trabajador; es decir, habrá que especificar cuándo va a reducirse la jornada del trabajador y cuál será el período de disfrute de esos derechos de reducción de la jornada. Se trata de una cuestión a la que ya nos hemos referido con anterioridad, por lo que no vamos a reiterar las críticas que hemos vertido sobre la interpretación de lo establecido en el art. 37.7 ET que es el que regula esta cuestión; nos limitamos ahora simplemente a señalar la importancia que puede tener el convenio colectivo a la hora de concretar estas cuestiones. Este precepto establece que será el trabajador, titular del derecho, quien concrete la reducción horaria; ahora bien, la actual redacción de esta norma establece que “los convenios colectivos podrán establecer criterios para la concreción horaria de la reducción de la jornada (...), en atención a los derechos de conciliación (...) y las necesidades productivas y organizativas de la empresa”. Por lo tanto, el convenio podrá establecer criterios o reglas para determinar o concretar cuál será la reducción y cuándo se disfrutará; o lo que es igual, es factible que el convenio limite la capacidad del trabajador para concretar el derecho que la ley le atribuye. De hecho, se establece expresamente que tales criterios tendrán en cuenta no sólo los intereses del trabajador, sino también los intereses productivos y organizativos del empresario. Se trata, sin lugar a dudas, de una regulación orientada a limitar la flexibilidad del tiempo de trabajo que podría requerir el trabajador, de manera que en comparación con la regulación anterior, es netamente favorable a los intereses del empresario.

En definitiva y como conclusión, podemos señalar que se ha dejado un importante papel a la negociación colectiva para poner en marcha los diferentes procesos de flexibilidad en materia de tiempo de trabajo. De un lado encontramos como en diferentes supuestos esa flexibilidad laboral no se deja a la libre decisión empresarial, sino que el instrumento esencial para poder aplicarla es la negociación colectiva, que actúa como mecanismo de tutela de los intereses laborales; me refiero a todos esos casos de flexibilidad negociada en los que se requiere acuerdo con el empresario para poder utilizar diferentes mecanismos de flexibilidad. Sin embargo, es innegable señalar cómo las reformas introducidas durante la segunda década de este Siglo XXI, especialmente la reforma de 2012, han revalorizado el papel del empresario por la vía de dotarle de un conjunto de facultades por las que puede imponer la flexibilidad unilateralmente si no hay acuerdo a través de la negociación colectiva. El mejor ejemplo de esta tendencia es la atribución legal al empresario de las capacidad de utilizar la distribución irregular de la jornada en caso de falta de pacto a través de la negociación colectiva (art. 34.2 ET); pero, además, hay que reconocer la existencia de todo un conjunto de mecanismos favorecedores de la posibilidad de modificar lo pactado sobre tiempo de trabajo: desde

la modificación sustancial de condiciones de trabajo, la capacidad de sustitución de la regulación establecida en convenio colectivo por la vía del descuelgue o inaplicación, o la prioridad del convenio de empresa. Ciertamente en estos instrumentos juega también un papel relevante la negociación, pero ya no es el único instrumento por el que es factible la sustitución de condiciones pactadas, y con la actual regulación es evidente que se otorga prevalencia al interés empresarial<sup>57</sup>.

Por el contrario, en los casos en que son los trabajadores los demandantes de flexibilidad en el tiempo de trabajo, asistimos a toda una serie de situaciones en las que se requiere necesariamente de la negociación colectiva para poner en marcha o activar una serie de derechos reconocidos por la regulación legal, de manera que sólo a través del acuerdo podrán ser reclamados por el trabajador y en las condiciones en que se hayan acordado. Con ello las reformas dificultan el acceso a los derechos por parte de los trabajadores, viendo estos con frustración como la regulación legal no les otorga en muchos casos verdaderos derechos subjetivos, sino que estos han de ser necesariamente activados a través de la negociación colectiva (lejos de aquellas situaciones en las que, ante la falta de acuerdo, la regulación concede al empresario el derecho a adaptar la jornada pactada); con ello nuestro legislador se desvincula de la necesaria atención y respeto a los ciclos vitales que afrontan los trabajadores y trabajadoras<sup>58</sup>.

Por lo tanto, al menos aparentemente, parecería que la flexibilidad en el tiempo de trabajo es una cuestión que nuestro ordenamiento ha regulado a favor del empresario, no a favor del trabajador, que no ha visto incrementada, ni mucho menos, su capacidad para adaptar su jornada de trabajo a sus necesidades familiares. Parecería, pues, que la flexibilidad del tiempo de trabajo es incompatible con la gestión del tiempo de trabajo por parte del trabajador<sup>59</sup>.

### **5. La flexibilidad negociada: la superación de los límites de jornada**

Tal como hemos señalado supra, la postura tradicional de nuestro ordenamiento a la hora de regular el tiempo de trabajo ha sido fundamentalmente el establecimiento de límites a la jornada de trabajo. Con ello se cumple la premisa de que en buena medida el ordenamiento laboral viene a limitar el libre juego de la autonomía individual de la voluntad para evitar que puedan imponerse condiciones de trabajo dañinas para los trabajadores, y se cumple así con el papel tuitivo del ordenamiento laboral<sup>60</sup>. Sin embargo, a partir de la reforma del ET de 1994 se estableció la posibilidad de superar los límites de jornada de trabajo a través de la negociación colectiva. Hay casos en los que expresamente el legislador se remite a la negociación colectiva con la previsión de que esta pueda superar los límites fijados por la ley, tal como ocurre con el tope de la jornada diaria; en otros casos el legislador plantea la posibilidad de superar el tope, sin remisión a la negociación, pero siendo esta la vía óptima para conseguirlo, tal como ocurre con las cuarenta horas semanales, que pueden computarse como un promedio de carácter anual. Tal como hemos señalado se trata de supuestos de flexibilidad negociada<sup>61</sup>.

Debe aclararse que la superación de los topes máximos de jornada no pretende que la jornada se incremente realmente, sino que el mismo tiempo de trabajo se distribuya mejor para los intereses empresariales. La superación, a través de la

---

<sup>57</sup> Sobre esta cuestión vid. las reflexiones de LOPEZ CUMBRE, L.: Op. cit., páginas 102 y 103.

<sup>58</sup> En este sentido MORENO VIDA, M.N.: Op. cit., página 45.

<sup>59</sup> BALLESTER PASTOR, M.A.: Op. cit., página 56.

<sup>60</sup> MONEREO PEREZ, J.L. y GORELLI HERNANDEZ, J.: Op. cit., página 106.

<sup>61</sup> RIVERO LAMAS, J.: "La flexibilización del tiempo de trabajo", en AA.VV., coordinados por Efrén Borrajo Dacruz, *El nuevo Estatuto de los Trabajadores: puntos críticos*, Actualidad Editorial, Madrid 1995, página 35.

negociación, de estos topes, supone fundamentalmente la capacidad del empresario para flexibilizar la distribución del tiempo de trabajo<sup>62</sup>, para adaptar el tiempo de trabajo a sus necesidades productivas, eliminando períodos de trabajo en los que la necesidad productiva disminuye y trasladando los períodos de tiempo no aprovechados a otros momentos distintos, en los que las necesidades productivas se incrementan; en definitiva, se pretende aprovechar mejor el tiempo que el trabajador está a disposición del empresario, obviando una regulación del tiempo de trabajo estandarizada o uniforme.

Tal como hemos visto esta flexibilidad negociada plantea sobre todo dos situaciones que afectan a los topes de jornada: la anualización de la jornada y la superación del tope máximo de la jornada diaria.

### 5.1 La anualización de la jornada

Considero que este ha sido uno de los instrumentos más relevantes de flexibilización del tiempo de trabajo, la posibilidad de calcular la jornada “semanal” en un promedio de carácter anual: el legislador establece que no podrá superarse el límite de las 40 horas semanales, pero como promedio en cómputo anual; es decir, que es perfectamente posible que se establezcan jornadas semanales superiores a las 40 horas, siempre y cuando ello se compense con jornadas semanales de duración inferior, de modo que a final de año, dividido el número total de horas trabajadas divididas por el número de semanas de trabajo, no sea superior a las 40 horas<sup>63</sup>. Es decir, la flexibilidad se introduce no por la vía de ampliación de la jornada, sino por la ampliación del módulo de cómputo de la jornada<sup>64</sup>. Ha de tenerse en cuenta que en realidad lo que genera flexibilidad en el tratamiento del tiempo de trabajo no es que haya una jornada anual, pues es perfectamente posible pactar una jornada anual sustentada sobre una jornada semanal fija o estable. La flexibilidad reside en que el límite semanal sea un promedio que se computa con carácter anual.

La anualización, o mejor, el promedio semanal (permítanme vds. que por comodidad siga hablando de anualización), supone romper el límite de jornada semanal establecida en convenio, de manera que haya semanas en las que se trabaje más de la jornada semanal pactada, incluso por encima de las 40 horas del tope legal, mientras que haya otras en las que se trabaje por debajo de la jornada semanal pactada o si no hay pacto, por debajo de las 40 horas; de manera que al final se cumpla con el promedio de 40 horas o menos si es que se ha establecido una jornada semanal inferior. En realidad para la anualización de la jornada no es necesario pactar una jornada semanal, pues el mero hecho de que se establezca una jornada anual implica que la jornada semanal es el promedio anual de 40 horas.

En definitiva, esta anualización permite trabajar un diferente número de horas semanales diferente en cada semana. Ahora bien, debemos señalar que el pacto de jornada anual no tiene necesariamente que ser equivalente a jornada inestable: es perfectamente posible pactar jornadas anuales de carácter estable, de manera que desde el principio el convenio establezca una jornada semanal diferente (supuesto realmente difícil, pues no tiene mucho sentido que desde que se negocia el convenio se sepa exactamente por el empresario cuáles van a ser sus necesidades productivas en cada

---

<sup>62</sup> En este sentido GOÑI SEIN, J.L.: “La ordenación flexible del tiempo de trabajo”, en AA.VV., dirigidos por J.L. Goñi, *Análisis y propuestas de modernización de la negociación colectiva en Navarra*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona 2004, página 116.

<sup>63</sup> Tal como señala GONZALEZ BIEDMA, E.: “Se indica con toda claridad que las cuarenta horas no tendrán que contarse sólo en la perspectiva semanal, sino que significan sólo una unidad de medida que habrá que elevar a unidad anual”. “La jornada (En torno al artículo 34)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 100, página 736.

<sup>64</sup> RODRIGUEZ PASTOR, G.E.: Op. cit., página 97.

momento), o por lo menos que haya jornadas semanales distintas en diferentes épocas del año (esto si es mucho más factible, pues la experiencia en la actividad productiva puede ir facilitando el conocimiento de en qué momentos es más habitual que se incrementen las necesidades productivas y en cuáles es frecuente que disminuyan); ello da lugar a jornadas semanales a lo largo del año, en las que se reitera un determinado esquema o duración de la jornada; mientras que en otros momentos, el trabajador trabaje distintas horas semanales; pero en todo caso, conociendo perfectamente desde el principio la jornada a desarrollar en todas y cada una de las diferentes semanas. Sobre esta cuestión volveremos posteriormente.

A tenor del art. 34.1 ET el legislador afirma que la jornada semanal será de 40 horas como promedio anual. Es decir, que aparentemente no es necesario que esta cuestión se regule en convenio colectivo, pues se afirma directamente por el legislador la consideración del tope semanal como mero promedio. Por lo tanto para su aplicación no sería necesario que se activase este mecanismo a través del convenio colectivo. Ciertamente el convenio puede recoger esta situación, pero si no lo hace, es claro que resulta de aplicación la norma legal, de manera que la jornada semanal de 40 horas será un promedio. No obstante, es factible que el convenio establezca una jornada semanal fija. Entiendo que para llegar a esta situación no es necesario prohibir expresamente que el tope de jornada semanal sea un promedio, bastando con pactar una jornada que se declara fija, o incluso, simplemente, que se afirme que la jornada será una concreta y determinada. Por lo tanto, cabe la posibilidad de neutralizar la anualización y la consideración de la jornada semanal como un promedio, a través de la negociación colectiva, cuando en convenio se establezca una regulación de jornada semanal de carácter absolutamente estable.

La posibilidad de establecer una jornada semanal irregular, supone introducir como consecuencia lógica un nuevo módulo para el cómputo de la jornada máxima: el anual, pues tal como señala el art. 34.1 ET estamos ante un promedio de carácter anual; de ahí que hablemos de anualización en estos casos. Ello ha llevado a la inmensa mayoría de los convenios colectivos a establecer una regulación del tiempo de trabajo, con un tope de carácter anual. Se trata de una realidad absolutamente extendida en nuestra negociación colectiva, sin que pueda diferenciarse a estos efectos entre convenios de empresa o de sector: es una realidad generalizada que los convenios establecen la regulación de la jornada de trabajo en cómputo anual, siendo, por el contrario, muy pocos los convenios colectivos que todavía mantienen un cómputo del tiempo de trabajo en base a los topes de carácter exclusivamente semanal. Cabe afirmar, por tanto, que si el convenio colectivo establece una regulación en la que se establece una jornada anual, se acepta la distribución de la jornada en un máximo semanal de 40 horas (o menos, según cada convenio) de promedio.

La posibilidad de anualización no deja de ser una posibilidad absolutamente ordinaria de la organización del tiempo de trabajo, por lo que a esta anualización resulta de aplicación la totalidad de límites sobre jornada de trabajo que se regulan por parte de nuestro ordenamiento: ha de respetar los mínimos de descanso diario (12 horas entre jornada y jornada), el descanso mínimo semanal (el día y medio que como mínimo ha de respetar el empresario, salvo que se produzca una acumulación del descanso semanal en períodos de dos semanas), el tope de las 9 horas de trabajo diarias (salvo que se haya acordado lo contrario en base a lo previsto por el art. 34.3 ET).

Además, aún cuando no se establece expresamente la limitación en el ordenamiento legal, es evidente que la anualización de la jornada de trabajo ha de respetar el límite que resulta de aplicar las 40 horas semanales a las semanas laborales

que tenga el año de trabajo (las 1826 horas y 27 minutos anuales<sup>65</sup>). Pues bien, tal como hemos señalado antes, la mayoría de los convenios colectivos, tomando como referencia aleatoria los primeros cuatro meses de 2015 y de 2016, recogen un sistema de anualización de la jornada, y en la inmensa mayoría de los mismos se establece una jornada de duración inferior a las 1826 horas y 27 minutos<sup>66</sup>, siendo realmente escasos

---

<sup>65</sup> Esta cantidad se fijó específicamente en el Acuerdo Interconfederal de 1983, y se obtiene de sumar los días laborables del año, una vez descontados los días de vacaciones, el descanso semanal y los festivos (pasados a semanas). No obstante, recordemos como ALARCON CARACUEL, señalaba que el cálculo resultante de proyectar las 40 horas sobre los días totales de trabajo en el año, podía calcularse de diferente manera a la establecida en el Acuerdo Interconfederal, sin que el resultado fuese el mismo que el recogido en dicho Acuerdo, oscilando entre las 1800 horas hasta las 2080 horas anuales. Vid. en AA.VV., dirigidos por José Luis Monereo Pérez, Comentario al Estatuto de los Trabajadores, Comares, Granada 1998, páginas 447 y ss. Ello se debe en realidad al hecho de que pueden haber festivos que coincidan con vacaciones, o en sábados, o incluso al hecho de que haya años bisiestos que supone que deben añadirse más horas; vid. en este sentido a GONZALEZ BIEDMA, E.: Op. cit., página 736. Puede, por tanto, afirmarse que el cálculo de las horas que se corresponde con cuarenta todas las semanas del año no es precisamente sencillo, tal como afirma MONREAL BRINGSVAERD, E.: La jornada de trabajo (...), op. cit., página 106. Vid. también TRILLO PARRAGA, F.: Op. cit., página 21.

<sup>66</sup> Vid. Praxair España, S.L. (BOE 12-1-2015) con 1726 horas; Federación Farmacéutica, SCCL (BOE 12-1-2015) con 1776 horas; Empresas de Seguridad (BOE 12-1-2015) con 1782 horas; Supersol Spain SLU (BOE 12-1-2015) con 1810 horas; Maxam (BOE 14-1-2015) con 1704 horas; Grupo E.ON España (BOE 30-1-2015) con 1664 horas; Mercedes Benz Retail, SA (BOE 7-2-2015) con 1757 horas para 2013-2014 y 1740 para 2015; Alcatel Lucent España, SAU (BOE 10-2-2015), con 1680 horas; Cegedim Hispania, SAU (BOE 10-2-2015), con 1750 horas; Recuperación de Materiales Diversos, SA (BOE 10-2-2015), con 1760 horas; HM Clause Ibérica, SA (BOE 11-2-2015), con 1762 horas; Bic Iberia, SA (BOE 16-2-2015) con 1782 en jornada partida y 1747,1 horas del personal a turnos; Allianz, SA (BOE 26-2-2015), con 1682 horas; Ursula Consulting, SLU (BOE 26-2-2015) con 1738 horas; Equipos Nucleares, SA (BOE 26-2-2015), con 1714 horas; Grupo ASV Servicios Funerarios (BOE 26-2-2015), con 1816 horas para 2015, 1800 para 2016-2017 y 1796 para 2018; Geodis Logistics Spain SLU (BOE 5-3-2015) con 1800 horas; Trane Aire Acondicionado (BOE 5-3-2015, con 1760 horas; Euro Pool System España, SLU (BOE 10-3-2015) con 1800 horas; Fundación O'Belén (BOE 17-3-2015) con 1784 para el período 2012-2014 y 1760 para el 2015-2016; CC para peluquerías, institutos de belleza y gimnasios (BOE 31-3-2015), con 1750; Centro Cooperativo Farmacéutico, SCA (BOE 1-4-2015) con 1741,5 horas; EX IN Técnicas Tubulares, SL (BOE 1-4-2015) con 1792 horas; Ibermática, SA (BOE 1-4-2015) con 1720 horas; Grupo Importaco Frutos Secos (BOE 2-4-2015) con 1792; Unicamp Services, SL (BOE 21-4-2015) con 1806 horas; Nokia Solutions and Networks Spain, SL (BOE 25-4-2015), con 1754 horas; Grupo Asegurador Reale (BOE 29-4-2015) con 1680 horas; Grupo Ahorro Corporación (BOE 29-4-2015) con 1730 horas; Bellota Herramientas SAU (BOE 15-5-2016); Grupo Muerde la Pasta (BOE 19-1-2016) con 1800 horas; Personal asalariado al servicio de la Comisión Ejecutiva Confederal de la Confederación Sindical de CCOO (BOE 19-1-2016) con 1596,2 horas; Perfumerías y afines (BOE 19-1-2016) con 1720 horas; Grupo de Empresas Rodilla (BOE 21-1-2016) con 1800 horas; Noroto SAU (BOE de 21-1-2016) con 1788 horas; Enercon Windenergy Spain, SL (BOE 2-2-2016) con 1800 horas; Saint Gobain Isover Ibérica, SL (BOE 2-2-2016) con 1728 horas; CC Estatal de Jardinería (BOE 2-2-2016) con 1700 horas; Easyjet Handling Spain (BOE 3-2-2016) con 1704 horas en 206 y 1700 en 2017; CC Unión de Detallistas Españoles, SC, Grupo Técnico, SA y Coidec, SA (BOE 10-2-2016) con 1790 horas; ECA Entidad Colaboradora de la Administración, SLU e Instituto de Calidad, SAU (BOE 16-2-2016) con 1780 horas; Mediapost Spain, SL (BOE 16-2-2016) con 1755 horas; Telefónica Servicios Audiovisuales, SAU (BOE 16-2-2016) con 1760 horas; CEAR (BOE 17-2-2016) con 1647; Iberdrola Inmobiliaria, SAU (BOE 23-2-2016) con una jornada de 1740 horas en 2016-2017, 1735 en 2018 y 1730 en 2019; CC Marco para establecimientos financieros de crédito (BOE 1-3-2016) con 1718 horas; CC sector fabricantes de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados (BOE 2-3-2016) con 1740; Grupo Zena (BOE 3-3-2016) con 1800 horas; CC sector de ortopedias y ayudas técnicas (BOE 15-3-2016) con 1792; CC sector laboral de restauración colectiva (BOE 22-3-2016) con 1800 horas; CC de una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas y productivas (BOE 23-3-2016) con 1672,5 horas; Hewlett Packard Customer Delivery Services, SL (BOE 19-4-2016) con 1780 horas; Dürr Systems Spain, SA (BOE 20-4-2016) con 1697 horas; Grupo Ortiz (BOE 21-4-2016) con 1738 horas; Europcar IB, SA (BOE 21-4-2016) con 1792 horas; A&G Ayora Gea Transportes Petrolíferos, SA (BOE 21-4-2016) con 1808 en 2016 y 1784 en 2017; La Vanguardia Ediciones, SLU (BOE 22-4-2016) con 1687,5 horas para las áreas de informática, redacción y técnica/producción CC nacional de industrias de pastas alimenticias (BOE 22-4-2016) con



los convenios que recogen una duración de la jornada anual que coincida o sea prácticamente la del tope anual señalado<sup>67</sup>.

En otros casos la anualización no se plantea de manera directa, sino que se recoge una fórmula idéntica en su estructura a lo previsto por el art. 34.1 ET: señalando una jornada semanal determinada, pero de promedio en cómputo anual, o bien se utilizan expresiones análogas (“jornada normal”, “generalmente la jornada será”, “el régimen general del cómputo”)<sup>68</sup>. En otros casos se establece una jornada semanal de X como promedio anual y una jornada anual<sup>69</sup>.

Cabe destacar que la anualización de la jornada permite una mayor flexibilidad en la distribución del tiempo, pero en algunos convenios colectivos, se establece algún tipo de limitación. Estos límites pueden ser tremendamente débiles (fijar la jornada anual y una jornada semanal o mensual señalando su carácter “habitual”, “general”, o incluso se habla de jornada “media teórica”, que al ser habitual permite su superación<sup>70</sup>; o como fijar un tope a la jornada máxima semanal<sup>71</sup> (lógicamente superior a las 40 horas semanales); en estos casos, al tratarse de un límite de jornada semanal superior a las 40 horas, en realidad todo se reconduce a una anualización de la jornada y con jornadas semanales que pueden tener diferente duración, por lo que en realidad esta limitación es muy débil o casi inexistente.

En otros casos se trata de límites más fuertes, como fijar junto a la duración anual, el tope de jornada mensual (estableciendo así un nuevo módulo para el cómputo de la jornada), lo que limita la capacidad del empresario<sup>72</sup>, pues no podrá superarse dicho tope máximo. En la misma dirección de limitar la anualización, podemos encontrar situaciones en las que se establece una jornada anual de X horas, pero con una

---

1748 horas; Mantenimientos y Montajes Industriales, SA (BOE 29-4-2016) con 1750; BT España Cía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, SA (BOE 29-4-2016) con 1752; Gold Advance Investments, SL (BOE 29-4-2016) con 1800 horas.

<sup>67</sup> Vid. CC de Axafone Telecomunicaciones SL (BOE 10-3-2015), con 1826 horas, o Transmediterránea, SA (BOE 11-3-2015) con 1824 horas; también ELA Hiermor Asociados, SL (BOE 31-3-2015); Servicios Integradles de Fincas Urbanas de Madrid SL (BOE 5-1-2016) con 1826 horas; ESC Servicios Generales, LS (BOE 2-2-2016) con 1826 horas.

<sup>68</sup> Así el CC de Minas de Almadén y Arrayanes, S.A. (BOE de 14-1-2015), que establece una jornada de 37 horas y media semanal, de promedio en cómputo anual; Bofrost SAU (BOE 10-2-2015) con una jornada de 40 horas semanales; Grupo de Empresas Real Automóvil Club de España (BOE 21-4-2015) que establece una jornada de 40 horas semanales de promedio anual; ASM Supply Chain Solutions, SL (BOE 20-4-2015); Próxima Servicios Empresariales, SL (BOE 29-4-2015) con 1800 horas; Dealz España, SL (BOE 5-2-2016) que establece 40 horas de promedio en cómputo anual.

<sup>69</sup> CC Marco de la UGT (BOE 1-1-2016) con 35 horas semanales de cómputo anual y 1561 anuales. El CC Industrias de elaboración del arroz (BOE 3-2-2015) establece 1784 horas anuales y 40 semanales de promedio. También el CC de Recuperación de Materiales Diversos, SA (BOE 10-2-2015), con 1760 horas distribuidas en 40 semanales según las normas del art. 34 ET. De otro lado en el CC de Geodis Logistics Spain SLU (BOE 5-3-2015) se establecen 1800 horas, y una jornada semanal que “tendrá una distribución habitual y semanal de 40 horas”; Fundación Bancaria Caixa d’Estalvis i Pensiones de Barcelona «La Caixa» (BOE 2-7-2016) con una jornada anual de 1717 horas y una de promedio semanal de 37 horas y 50 minutos; Mediapost Spain, SL (BOE 16-2-2016) con 1755 horas y un promedio señala de 39 horas semanales; CC sector de ortopedias y ayudas técnicas (BOE 15-3-2016) con 1792 horas anuales y 40 horas semanales de promedio en cómputo anual; CC pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas y productivas (BOE 23-3-2016); Europcar IB, SA (BOE 21-4-2016).

<sup>70</sup> SERVICESA (BOE 21-4-2015); Ilusión Seguridad, SA (BOE 5-4-2016); CC acuicultura marina nacional (BOE 19-8-2015); Iberdrola Grupo (BOE 25-9-2015).

<sup>71</sup> CC de Aunar Group 2009, SL (BOE 13-4-2015); Asociación de Empleados de Iberia Padres de Minusválidos (BOE 25-6-2015).

<sup>72</sup> Así el CC de Empresas de Seguridad (BOE 12-1-2015) con 1782 horas anuales y 162 mensuales; igualmente el CC de Vigilancia Integrada, SA (BOE 10-2-2015); ESC Servicios Generales, SL (BOE 2-2-2016) con 1826 horas año y 166 horas mensuales; Prosegur BPO España, SL (BOE 16-2-2016) con 1826 anuales y 166 mensuales; ESC Servicios Generales, SL (BOE 2-2-2016).

jornada diaria de carácter fijo<sup>73</sup>; o supuestos en los que se establece una jornada anual X, distribuida en una jornada semanal fija<sup>74</sup>; o incluso convenios que establecen tanto jornada anual, como semanal fija y mensual igualmente fija<sup>75</sup>. Más extraño es encontrar convenios que establecen una jornada semanal precisa y determinada, sin que se prevea en modo alguno dicha cifra como un promedio en cómputo anual<sup>76</sup>. En estos casos, pese a la anualización de la jornada, al fijarse una jornada diaria o semanal fija, no entendemos viable la posibilidad de una anualización con alteración de la jornada semanal y que ésta sea un promedio anual de 40 horas, pues se ha establecido por convenio una jornada fija.

No obstante cabe plantearse si en estos casos es factible la distribución irregular de la jornada. Entendemos que regular en convenio una jornada fija diaria o semanal no es compatible con regular a continuación una distribución irregular de jornada, sería una contradicción del propio convenio. Lo lógico es que si un convenio establece una jornada fija, no regule al mismo tiempo una distribución irregular. Ahora bien, es posible encontrar convenios colectivos que tras regular una jornada anual y semanal aparentemente fija, sin que se establezca que la jornada semanal tiene la consideración de promedio anual, sin embargo, a continuación el convenio colectivo reconoce la posibilidad de la distribución irregular de la jornada, o se reconoce la posibilidad de que a través de acuerdo con los representantes de los trabajadores se puedan establecer fórmulas alternativas para la jornada mensual a realizar<sup>77</sup> ¿Qué ocurre en estos casos? Entiendo que los negociadores o no han tenido la suficiente formación como para percibir lo que realmente están negociando, o bien la representación empresarial ha sido capaz de dar la vuelta al planteamiento de los representantes de los trabajadores de tener una jornada fija, desmontándolo por la vía de regular la distribución irregular. Sería, ciertamente, una regulación contradictoria como acabo de señalar, y para resolver la cuestión habría que analizar detenidamente el convenio, pero aparentemente, una regulación de este tipo debería interpretarse en el sentido de que la jornada diaria o semanal aparentemente fija, es meramente ejemplificativa, de manera que es admisible su alteración a través de la distribución irregular (que a su vez puede estar limitada de alguna manera por el propio convenio).

En todo caso, queda por resolver la cuestión esencial: ¿qué ocurre cuando se establece una jornada semanal fija, pero no se prohíbe expresamente la distribución irregular? De entrada una aclaración: la prohibición de la distribución irregular es, a mi juicio, perfectamente factible<sup>78</sup>, y tendrá como efecto la imposibilidad de que el empresario acuda a la misma, pues ha manifestado su acuerdo en no hacerlo (otra cosa es que, *a posteriori*, pueda modificar la regulación sobre tiempo de trabajo) pues el art.

---

<sup>73</sup> CC de Ediciones Primera Plana SA, Logística de Medios de Cataluña, SL, Zeta Servicios y Equipos, SA, Zeta Gestión de Medios, SA y Grupo Zeta, SA (BOE 26-3-2015); Lufthansa (BOE 25-9-2015).

<sup>74</sup> CC del Personal asalariado al servicio de la Comisión Ejecutiva Confederada de la Confederación Sindical de CCOO (BOE 19-1-2016); NTV Logística, SA (BOE 2-2-2016); Cía Logística Acotral y Acotral Distribuciones Canarias, SL (BOE 13-4-2016).

<sup>75</sup> CC Tankat Seguridad, SLU (BOE 29-4-2016). Similar es el caso del CC A&G Ayora Gea Transportes Petrolíferos (BOE 10-6-2015), que regula una jornada anual de 1800 horas, una semanal de 40 horas y un mínimo de 8 horas diarias.

<sup>76</sup> La Vanguardia Ediciones, SLU (BOE 22-4-2016), que establece una jornada semanal de 40 horas semanales para el personal de gestión; mientras que para otros colectivos profesionales establece una jornada anual.

<sup>77</sup> Así ocurre, por ejemplo, con los CC de Próxima Servicios Empresariales, SL (BOE 29-4-2015); Prosegur BPO España, SL (BOE 16-2-2016); CC del sector de ocio educativo y animación sociocultural (BOE 15-7-2015). Alianzas y Subcontratas, SA (BOE 6-8-2015); Transmediterránea, SA -Tierra- (BOE 4-9-2015); Altura, Drenajes y Contenciones, SL (BOE 3-10-2015).

<sup>78</sup> En caso de convenios de sector se muestra en contra a esta opinión que sostengo LOPEZ ALVAREZ, M.J.; si bien lo admite en el caso de convenios de empresa: Op. cit., página 21

34.2 ET establece que en efecto de pacto en negociación colectiva el empresario podrá disfrutar de la facultad de distribuir irregularmente la jornada hasta en un 10% del total anual; y en estos casos de prohibición expresa, estamos ante un pacto, ante un pacto denegatorio de esta posibilidad, por lo que, habiendo pacto, no es aplicable esa capacidad referida al 10% de la jornada. El problema es que en estos casos no hay una prohibición expresa de la distribución irregular en el convenio, por lo que puede interpretarse que el empresario tiene la capacidad de acudir a la solución legal de aplicar una distribución irregular de hasta el 10% de la jornada anual.

Cuando se negocia una jornada y las partes desean que sea estable, lo más adecuado, a mi juicio, es que expresamente el convenio prohíba la distribución irregular, eliminando de esta manera cualquier duda. De no hacerlo y limitarse a señalar, por ejemplo, que la jornada semanal es de 37 horas, surgiría la duda de si resulta de aplicación la solución del art. 34.2 ET en defecto de regulación de convenio: la atribución legal al empresario de disponer de una distribución irregular hasta del 10% de la jornada anual. Desde mi punto de vista en estos casos, se ha negociado una jornada estable, pues nada se deduce del convenio que quepa la distribución irregular, por lo que hay un pacto, y ese pacto es el de una jornada estable y no irregular, en consecuencia, al haber un pacto, no es factible aplicar ese 10% de jornada irregular: téngase en cuenta que el art. 34.2 señala que mediante convenio “se podrá” establecer la jornada irregular y sólo si no hay pacto, se acudirá a ese 10%. En todo caso, se trata, como no, de una cuestión discutible. En este sentido, también es posible encontrar convenios que fijan una jornada semanal aparentemente estable, admitiendo la posibilidad de una jornada irregular con un tope determinado<sup>79</sup>.

Una variante de esta posibilidad podría ser la de convenios colectivos que fijan una jornada semanal aparentemente fija, y una jornada anual, pero la cifra de la jornada anual no se corresponde realmente con la suma de las jornadas semanales que se puedan realizar a lo largo del año, siendo esta superior a la jornada anual pactada (se establece, por ejemplo una jornada de 1700 horas anuales con una jornada semanal de 40 horas que sumada daría un resultado superior<sup>80</sup>). En estos casos, si tenemos una jornada semanal que sumadas todas da un resultado superior a la jornada anual pactada, estamos ante una dificultad interpretativa: o entendemos que los negociadores se han equivocado al calcular la jornada anual, o hemos de aceptar que la jornada semanal sería un tope que juega como promedio. La otra alternativa, sería dar preponderancia a uno de los dos topes, si es el anual, se admitiría entonces que la jornada semanal es un promedio; y si entendemos que el tope real es el de las 40 horas semanales, éstas se entenderán fijas. Otra cuestión sería si resulta de aplicación en estos casos la posibilidad de distribución irregular del 10% de la jornada: si entendemos que al establecerse un tope semanal fijo, ello implica que indirectamente se pacta la prohibición de la distribución irregular, sería inviable aplicar dicho 10%. Si entendemos que la regulación de una jornada semanal no afecta a la negociación en convenio de un pacto de distribución irregular de la jornada, se estaría afirmando la posibilidad de aplicar dicho 10%<sup>81</sup>.

---

<sup>79</sup> CC Hermandad Farmacéutica del Mediterráneo, SCL (BOE 6-11-2015).

<sup>80</sup> Un supuesto parecido sería el CC de Safey-Kleen España, SA (BOE 16-2-2016); o el CC de la red de ventas de Aguas Fontvella y Lanjarón, SA (BOE 20-2-2016); CC Industria Textil y de la confección (BOE 21-8-2015).

<sup>81</sup> Un ejemplo aún más extraño lo podemos encontrar en el CC de Philips Ibérica, SAU (BOE 3-7-2015), que establece una jornada anual de 1739 horas, pero una jornada semanal de 42 horas y 30 minutos, afirmándose al mismo tiempo que los horarios permanecerán “inalterados por el período de vigencia de este Convenio”. Es evidente que una jornada semanal de 42,5 horas superará las 1739 horas anuales; por lo que bien podría llevarse a la conclusión de que esta regulación esconde la posibilidad de una distribución irregular, si bien con un tope máximo semanal, las 42,5 horas.

En todo caso, el límite más importante a la anualización de la jornada es el establecimiento de una jornada semanal fija (de 40 horas o inferior), sin que el convenio colectivo regule en modo alguno una jornada anual<sup>82</sup>. En estos casos es evidente que estamos ante un supuesto en el que las partes han rechazado la distribución de la jornada a través de un promedio.

Tal como he señalado anteriormente, la mayoría de los convenios optan por la anualización, si bien una minoría de convenios se remiten a la fórmula tradicional de las 40 horas semanales, sin establecer expresamente que sea de promedio<sup>83</sup>, imposibilitando, a mi juicio, la posibilidad de que pueda organizarse el tiempo de trabajo en semanas con diferentes períodos de trabajo.

## 5.2 La superación de los topes de jornada diaria

Otra de las posibilidades que establece el legislador es la superación del límite de las 9 horas ordinarias diarias de trabajo efectivo, pues el art. 34.3 ET señala la posibilidad de que por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores se establezca “otra distribución del tiempo de trabajo diario”, si bien se establece como límite la obligación de respetar el descanso diario (12 horas entre jornada y jornada de trabajo).

En realidad esta es una posibilidad que no se regula frecuentemente por la negociación colectiva. Ello no supone que los negociadores hayan dejado de lado las posibilidades que ofrece esta alternativa de flexibilidad. Lo que ocurre es que en buena medida las posibilidades de incrementar la flexibilidad a favor del empresario por la vía de la superación de este límite diario, ya se consiguen mediante la distribución irregular de la jornada de trabajo (con la coincide en la necesidad de respetar el límite del descanso diario entre jornadas como vamos a ver a continuación). Dado que la distribución irregular de la jornada es una realidad que se ha asumido por buena parte de la negociación colectiva en nuestro país, esta otra vía de flexibilidad es en realidad redundante, por lo que no es frecuente que sea regulada esta cuestión de manera específica, aunque, como es lógico, podemos encontrar algún ejemplo de convenio que si hace alusión expresa a la superación del límite de las 9 horas diarias<sup>84</sup>.

En aquellos casos en los que se regula la superación de las 9 horas diarias no es infrecuente encontrar que se regulen expresamente descansos específicos durante estas jornadas ampliadas<sup>85</sup>.

Una variante de esta regulación es la regulación de un tope diario, que puede superar las 9 horas, pero referido a la “jornada diaria”, lo que permitiría entender que se refiere a la jornada realizada, que no necesariamente ha de ser la ordinaria; es decir, que el límite se refiere tanto a las horas ordinarias como extraordinarias<sup>86</sup>.

---

<sup>82</sup> Así el CC de Incatema, SL (BOE 3-7-2015), que establece una jornada de 40 horas semanales. Un supuesto de difícil interpretación es el CC de Empresas vinculadas a Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica soluciones de informática y comunicaciones, SAU (BOE 21-1-2016), que establece una jornada semanal “con carácter general” de 37,30 horas para todos los grupos profesionales: ¿qué significa ese carácter general, que será posible exceptuarlo mediante un promedio, o que se aplica con carácter general a todos los grupos profesionales?

<sup>83</sup> Sería el caso del CC de Axafone Telecomunicaciones SL (BOE 10-3-2015), si bien menciona que el tope de las horas anuales es de 1826. En este caso el tope no es sino el resultado de multiplicar las 40 horas por el número de semanas laborales anuales, por lo que no entiendo que haya intención de las partes de establecer una jornada semanal como promedio. Más claramente el CC de la Compañía Castellana de Bebidas Gaseosas, SL (BOE 15-4-2015).

<sup>84</sup> Vid. CC de Europcar IB, SA (BOE 21-4-2016); CC estatal regulador de las relaciones laborales entre los productores de obras audiovisuales y los figurantes que prestan servicios en las mismas (BOE 18-5-2016); Site Logistic, SL (BOE 18-5-2016); Bofrost SAU (BOE 10-2-2015).

<sup>85</sup> CC Refresco Iberia, SAU (BOE 2-5-2016).

<sup>86</sup> Sería el caso del CC de Múltiples Transportes Envases de España, SL (22-6-2016).

En todo caso, hemos de tener en cuenta que si bien el art. 34.3 ET se limita a señalar como límite expreso a los pactos de incremento de la jornada diaria la necesidad de respetar el límite del descanso entre jornadas de 12 horas, lo cierto es que el resto de límites sigue funcionando y son de aplicación, por lo que el descanso semanal deberá ser respetado en estos supuestos; de igual manera el tope de la jornada anual<sup>87</sup>. El problema se puede plantear desde la perspectiva de la relación entre la superación del límite diario de las 9 horas ordinarias y la jornada semanal. Téngase en cuenta que no hay problema alguno si la superación se realiza por horas extraordinarias, pues los límites se refieren a la jornada ordinaria. De otro lado, tampoco hay problema cuando lo que se ha pactado es una jornada semanal de X horas como promedio anual. Tampoco hay problema cuando se ha pactado una distribución irregular y se está actuando dentro de la misma (excepto cuando en el propio pacto de distribución irregular se haya establecido un tope máximo de jornada semanal superior –posibilidad que, como vamos a ver es perfectamente factible-, en cuyo caso el incremento de la jornada diaria deberá respetar dicho límite pactado). El problema sobre todo se va a plantear cuando se permita un incremento de jornada diaria en un marco de jornada semanal estable. En estos casos, entendemos que el incremento de la jornada diaria deberá respetar esa jornada semanal. En estos casos el incremento de la jornada diaria quedaría como una posibilidad de superación puntual de la jornada, requiriéndose de manera inmediata la compensación, por la vía de la reducción de las jornadas diarias inmediatamente posteriores o anteriores, adecuándose al límite semanal (salvo, lógicamente, que al regularse la superación del tope de la jornada diaria, a su vez se establezca una excepción a la propia regulación de la jornada semanal). En consecuencia, como vemos, es difícil que la regulación de la superación del tope de las 9 horas pueda funcionar desconectado de la regulación de la jornada semanal o de los casos de distribución irregular de la jornada.

## **6. La regulación en la negociación colectiva de la distribución irregular de la jornada**

Se trata, con toda seguridad del principal instrumento del que dispone el empresario para proceder a una flexibilización del tiempo de trabajo<sup>88</sup>. En cuanto a la distribución irregular, de entrada hay que señalar cómo el legislador no establece qué ha de entenderse por esta cuestión, se limita a especificar en el art. 34.2 que a través del convenio colectivo, o el acuerdo de empresa, se podrá pactar la jornada irregular a lo largo del año. Parece que debe entenderse por jornada irregular aquella que no es regular, estable o uniforme<sup>89</sup>, de manera que la jornada puede alterarse y utilizarse una duración de la jornada diferente, no estable, a lo largo del año, alternando períodos de mayor trabajo, con períodos de menor trabajo. Como es lógico ello no se hace por capricho de las partes, sino que obedece a la necesidad de adaptar el tiempo de trabajo a las necesidades productivas que pueden no ser estables; o como algún convenio señala, “La jornada se distribuirá anualmente para adecuarse a las diferentes cargas de intensidad del trabajo, pudiéndose concretar los períodos de trabajo en momentos, días, meses o períodos en función de las necesidades de la empresa”<sup>90</sup>. Es evidente que ello supone una coincidencia con la anualización de la jornada; es decir, que el objetivo es el mismo, pues se puede alterar la jornada tanto semanal como diaria a lo largo del año. El establecimiento de una jornada anual se relaciona también con la distribución irregular de la jornada, establecida en el art. 34.2 ET; de hecho, este último precepto plantea la

---

<sup>87</sup> CC de Europcar IB, SA (BOE 21-4-2016).

<sup>88</sup> RODRIGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: “Instrumentos de gestión (...)”, op. cit., página 725.

<sup>89</sup> LOPEZ ALVAREZ, M.J.: Op. cit, página 12.

<sup>90</sup> CC de Lidl Supermercados, SAU (BOE 8-6-2016).

distribución irregular de la jornada a lo largo del año: el art. 34.1 plantea un promedio anual, que supone una distribución semanal irregular, y el art. 34.2 plantea la distribución irregular de la jornada. Surge así una primera e importante cuestión: si la anualización de la jornada en base a un promedio anual de la jornada semanal y la distribución irregular de la jornada son lo mismo.

Desde mi punto de vista, el planteamiento original del legislador en la reforma de 1994 era ligar ambos apartados como elementos de un mismo mecanismo: las partes podía establecer una jornada anual a través de convenio colectivo que les permitía una distribución irregular de la jornada, de manera también anual. La anualidad (el año natural) jugaba como el ámbito dentro del cual podía efectuarse esa distribución irregular, de manera que a final de año debía cumplirse el tope de jornada anual pactada, y si se superaba, estábamos ante horas extraordinarias. Sin embargo, las sucesivas alteraciones y especialmente la introducción de un sistema de compensación interanual hacen que realmente debamos resaltar las diferencias entre ambos apartados:

- En primer lugar, algo que es evidente: la anualización y la distribución irregular se regulan en apartados diferentes, aparentemente cerrados y sin conexión.

- En segundo lugar, el art. 34.1 ET plantea un promedio de la jornada semanal, pero la distribución irregular de la jornada puede ser diaria, sin afectar al promedio semanal.

- Por otra parte, la anualización de la jornada, a tenor de la literalidad del art. 34.1 ET no es una posibilidad que requiera del convenio colectivo para activarse: el citado precepto establece con claridad que la duración máxima de la jornada semanal es de 40 horas “de promedio en cómputo anual”. Por lo tanto, tomando sólo esta literalidad, el promedio siempre puede actuar sin necesidad de acuerdo expreso con los representantes de los trabajadores.

Por el contrario, en la distribución irregular de la jornada hay que acudir a la negociación colectiva para que se pacte esa distribución, si bien en defecto de la misma el empresario tiene la capacidad de distribuir irregularmente la jornada hasta el 10% del total de jornada anual. Dada esta posibilidad unilateral que está en manos del empresario, lo más adecuado es pactar cómo ha de desarrollarse la jornada irregular y cuáles pueden ser sus límites.

- De otro lado, el límite del 10% si nada se pacta, es de aplicación a la distribución irregular de la jornada establecida por el art. 34.2 ET, y no afecta a lo dispuesto por el art. 34.1 ET sobre anualización de la jornada. Ello podría suponer que en el caso de la anualización, al aplicar el empresario la literalidad del art. 34.1 ET, pudiese modificar la jornada de todas y cada una de las semanas en cada momento.

- Siguiendo con los límites, el art. 34.2 ET, respecto de la distribución irregular, señala la necesidad de respetar los descansos diarios y semanales (si bien en este caso cabe la acumulación por catorce días<sup>91</sup>). Es decir, aparentemente estos límites se han señalado expresamente para la distribución irregular. No obstante, estos límites tienen carácter general, luego resultan de aplicación, salvo que la regulación estableciese una excepción a los mismos. Consecuentemente, tales límites relativos a derechos sobre descansos, también serían de aplicación en los casos de anualización de la jornada, pues nada se prevé sobre su relativización en el art. 34.1 ET.

- Otra cuestión es el tema del preaviso mínimo, que se establece para el caso de la distribución irregular: en estos casos el empresario ha de preavisar al trabajador con un mínimo de cinco días sobre el día y la hora de la prestación. En principio, tales límites están previstos tan sólo para este supuesto, no para la anualización.

---

<sup>91</sup> RODRIGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: “Instrumentos de gestión flexible (...)”, op. cit., página 725.

- Especial importancia tiene el régimen jurídico de la compensación de los excesos o defectos de jornada. El hecho de que haya un promedio semanal que se computa anualmente, implica necesariamente que a final de año la jornada realizada debería encajar en lo previsto como jornada anual. Caso de superarse, estaríamos ante horas extraordinarias<sup>92</sup>, y caso de ser inferior estaríamos ante un supuesto de aplicación del art. 30 ET: la imposibilidad de la prestación por retraso del empresario, manteniendo el trabajador el derecho a su salario y sin que sea factible la compensación con otro trabajo realizado en otro tiempo.

Sin embargo, en el caso de la distribución irregular de la jornada se ha establecido un último párrafo al apartado 2º del art. 34 ET, a tenor del cual la compensación de las diferencias por exceso o defecto respecto de la jornada máxima pactada o legal (por compensación ha de entenderse la reposición del trabajador al total de la jornada realmente debida, de manera que si hay exceso, recupere tiempo de descanso, y si hay defecto, deba desarrollar prestación de trabajo hasta alcanzar la jornada total pactada), se producirá según lo pactado en convenio o acuerdo de empresa, y en defecto de negociación colectiva, la compensación se producirá en el plazo de doce meses desde que se produzcan. Pues bien, al margen de los problemas interpretativos que se generan (¿qué ha de entenderse por “que se produzcan”<sup>93</sup>), y al margen de que esta regla respete, o no, el derecho comunitario, aparentemente se está permitiendo la compensación interanual, lo cual es contrario al régimen jurídico de la anualización, que es, valga la redundancia, anual en sentido absolutamente estricto<sup>94</sup>.

Vemos, por tanto, que haya motivos para entender que estamos ante dos mecanismos diferenciados. Sin embargo, ha de reiterarse que uno y otro apartado del art. 34 ET tiene exactamente el mismo objetivo o finalidad: que se facilite el establecimiento de jornadas no estables distribuidas a lo largo del año.

Desde mi punto de vista, creo que lo más adecuado sería admitir que, pese a la escasa coherencia que ha mostrado el legislador a la hora de regular ambos párrafos, estamos ante un mismo instrumento. No parece aceptable que la posibilidad de una jornada semanal como promedio anual, suponga que el legislador determina una capacidad del empresario para poder alterar la jornada semanal, semana a semana, sin que exista ningún control; en la práctica eso supondría la absoluta inseguridad y certeza en el tiempo de trabajo, de manera que un contratante podría especificar en cada momento un elemento esencial del objeto del contrato de trabajo. Muy al contrario, entiendo que esa anualización debe realizarse a través del convenio colectivo o acuerdo de empresa; es decir, a través del art. 34.2 ET, a través de la distribución irregular de la jornada: la distribución irregular de la jornada permitirá la superación de las 40 horas semanales, que se configuran como un promedio. Por lo tanto, el límite de jornada semanal son las 40 horas, y por acuerdo tales horas pueden entenderse como un promedio, cuando se procede a la anualización y distribución irregular de la jornada. El empresario tendrá como límites los descansos diario y semanal, debiendo respetar el período mínimo de preaviso. Por lo tanto, del juego en común de los arts. 34.1 y 2 ET se deduce la posibilidad de intensificar o reducir la jornada en determinados períodos del año, superando el máximo de las 40 horas<sup>95</sup>.

---

<sup>92</sup> LOPEZ ALVAREZ, M.J.: Op. cit., página 15.

<sup>93</sup> Sobre las diferentes alternativas interpretativas, vid. MONREAL BRINGSVAERD, E.: “La duración de la jornada y los saldos interanuales de horas. A propósito de la última reforma normativa del tiempo de trabajo, *Relaciones Laborales* nº 10 de 2014, página 100.

<sup>94</sup> Con anterioridad a la reforma de 2012 existían sentencias que rechazaban la posibilidad de trasladar al año siguiente la compensación de excesos de jornada producidos en el año anterior, como la SAN de 24 de mayo de 2013. Sobre la cuestión vid. RODRIGUEZ PASTOR, G.E.: Op. cit., página 96

<sup>95</sup> En este sentido RODRIGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: Op. cit., página 27.

Ahora bien, de este intento de comprender coherentemente ambos apartados, destaca que existe un elemento incompatible entre uno y otro precepto: la compensación con carácter interanual.

Para intentar resolver esta cuestión entendiendo que existen dos tipos diferentes de jornada irregular, de un lado la estática o fija, y de otro la dinámica o incierta, resolviendo la diferencia entre una y otra en el hecho de la imprevisibilidad de la segunda<sup>96</sup>. En cuanto a la distribución irregular estática, consiste en establecer de antemano, en convenio colectivo las alteraciones respecto del promedio semanal, de manera que el propio convenio fija qué período se trabajará el promedio, qué período se superará dicho promedio y, en qué períodos se va a trabajar por debajo del promedio. Ello puede articularse a través del art. 34.1 ET. Por distribución irregular dinámica se entiende que el convenio permite al empresario ampliar o reducir la jornada de trabajo en cualquier momento, sin previsión de cuáles han de ser dichos períodos por parte del convenio colectivo. Esta segunda modalidad sería la que desarrolla el art. 34.2 ET<sup>97</sup>, y, consecuentemente, a la que se aplicaría la regla sobre compensación interanual.

En cuanto al régimen jurídico de la distribución irregular dinámica, el art. 34.2 ET establece las siguientes especialidades: ha de establecerse por convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. Si no hay acuerdo expreso sobre esta cuestión, la empresa puede distribuir de manera irregular “a lo largo del año” el 10% de la jornada de trabajo (para aplicar esta posibilidad habría que intentar el acuerdo, de manera que el empresario no puede acudir directamente a la misma por su sola decisión<sup>98</sup>); por lo tanto, hay que entender que si un convenio colectivo establece una jornada anual de 1800 horas para el año 2016, el empresario dispondrá de 180 horas para su distribución a lo largo del año 2016, pudiendo incrementar la jornada en aquellos momentos que estime oportuno con el máximo de tales horas.

Cabe resaltar sobre esta regulación que debe estimarse la supresión de esta posibilidad a través de convenio colectivo, por el procedimiento de pactar en contra de la distribución irregular de la jornada, prohibiéndola, en definitiva. Esta posibilidad no me causa dudas; ahora bien, el problema interpretativo se va a plantear, tal como ya he señalado, cuando se pacte una distribución regular de la jornada, sin que se haga alusión expresa a que se prohíbe la distribución irregular. Desde mi punto de vista, en estos casos no podría haber distribución irregular, ni tan siquiera del 10%, pues el hecho de que se haya establecido una jornada estable puede implicar tanto que no hay acuerdo, como que no hay interés entre las partes de establecer jornada irregular. Sin embargo, hay autores que estiman que la distribución hasta el 10% de la jornada de manera irregular se activa cuando se opta por un régimen de jornada regular<sup>99</sup>. Ello podría suponer que el empresario no entre a negociar esta cuestión, simulando que no tiene interés en este tipo de mecanismo, para, a continuación, acudir al art. 34.2 ET y aplicar el 10%, sin más limitación que los pocos límites legales, evitando así que mediante la negociación colectiva se hayan podido imponer límites a su capacidad para la distribución irregular.

La distribución irregular de la jornada no debe ser confundida con la distribución irregular del horario de trabajo: lo primero afecta a la cuantificación, a cuánto se trabaja.

---

<sup>96</sup> BALLESTER PASTOR, M.A.: Op., cit., página 71; LOPEZ ALVAREZ, M.J.: Op. cit., página 13; RODRIGUEZ PASTOR, G.E.: Op. cit., página 92; RODRIGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: “Instrumentos de gestión (...)”, op. cit., página 726.

<sup>97</sup> BALLESTER PASTOR, M.A.: Op. cit., página 71; LOPEZ ALVAREZ, M.J.: Op. cit., página 13.

<sup>98</sup> LOPEZ ALVAREZ, M.J.: Op. cit., página 20.

<sup>99</sup> En este sentido MONREAL BRINGSVAERD, E.: “La duración de la jornada y los saldos interanuales de horas. A propósito de la última reforma normativa del tiempo de trabajo”, Relaciones Laborales nº 10 de 2014, página 91.



Lo segundo se refiere al hecho de que una vez concretado cuánto se trabaja, hay que especificar cuándo se trabaja: cuándo se comienza a trabajar y cuándo se finaliza. Es evidente que la distribución irregular de la jornada afectará siempre a la distribución del horario; pero una distribución irregular del horario no supondrá una modificación de cuánto ha de trabajarse<sup>100</sup>.

Las reglas que se dedican por el ET a regular esta distribución irregular son ciertamente escasas, pues en la práctica se limitan a remitirse al convenio colectivo, que deberá establecer la regulación efectiva sobre esta cuestión, sin que se especifique un contenido mínimo concreto a la regulación convencional, lo cual no deja de ser preocupante, pues podemos encontrar que se haya concedido por el legislador una facultad sin apenas limitaciones al empresario. La cuestión puede ser aún más acuciante en los casos de distribución irregular por defecto de negociación colectiva. En todo caso el art. 34.2 ET establece unos límites expuestos: el respeto al descanso diario y semanal (que recordemos puede ser disfrutado por períodos de 14 días). En realidad estamos ante límites de carácter general que son de aplicación en todo caso, salvo que el propio legislador estableciese una excepción; por lo tanto, poco añade esta regulación. De esta manera, aun cuando nada se señala en el precepto entendemos evidente que resulta de aplicación otros límites al tiempo de trabajo, tales como los festivos o las vacaciones<sup>101</sup>.

Junto con tales límites se establece la necesidad de que el trabajador sea preavisado del día y hora de la prestación de trabajo resultante de la distribución irregular con cinco días de antelación. Se trata de establecer un período mínimo para que el trabajador pueda adaptar su situación personal o familiar a la alteración de la jornada, pudiendo organizarse de manera adecuada<sup>102</sup>. En todo caso es evidente que el preaviso es tremendamente reducido.

En todo caso, incluso cuando estos límites puedan ser de escasa entidad o tengan un carácter genérico, lo cierto es que el incumplimiento empresarial de los mismos determina la posibilidad de que el trabajador incumpla lícitamente las órdenes empresariales relativas a la distribución irregular; configurándose, a mi juicio como un claro supuesto de *ius resistendae* del trabajador.

A mi juicio, el régimen jurídico del art. 34.2 ET plantea dos problemas esenciales: el régimen de compensación y la compatibilidad con los derechos de conciliación previamente concedidos por el empresario. En cuanto a lo primero, la compensación ha de producirse según las reglas establecidas en el convenio o acuerdo de empresa. En defecto de pacto (se refiere tanto a ausencia de pacto sobre compensación, como al supuesto de aplicación del 10% por ausencia de regulación), las diferencias, por exceso o defecto, deben quedar compensadas en el plazo de doce meses desde que se produzcan. De esta regulación se deduce que no cabe compensación económica, lo cual es lógico pues estamos ante un sistema de distribución irregular de la jornada y no ante horas extraordinarias (otra cuestión es que una vez que se compensan los excesos, se haya previsto un complemento salarial específico por distribución irregular). La compensación consiste en el ajuste a la jornada pactada o la jornada legal; es decir que si se ha trabajado por encima de la jornada pactada hay que dejar de trabajar en las jornadas siguientes, o si se ha trabajado menos, habrá que aumentar la jornada en el período siguiente. El problema se plantea por el hecho de que

---

<sup>100</sup> Puede señalarse la existencia de convenios que regulan horarios irregulares en función de las necesidades de la empresa, tal como ocurre con el CC de European Air Transport (BOE 26-2-2015); Próxima Servicios Empresariales, SL (BOE 29-4-2015); Lufthansa Cargo AG (BOE 6-8-2015); Lufthansa, Líneas Aéreas Alemanas y personal en España (BOE 25-9-2015).

<sup>101</sup> Sobre esta cuestión vid. BALLESTER PASTOR, M.A.: Op. cit., página 72; LOPEZ ALVAREZ, M.J.: Op. cit., página 30.

<sup>102</sup> RODRIGUEZ PASTOR, G.E.: Op. cit., página 95.

esa compensación puede realizarse en el plazo de doce meses desde que se produzcan: ello supone la posibilidad de realizar la compensación fuera del año en que se produce la jornada irregular (compensación interanual), lo cual supone condicionar la jornada del año siguiente al resultado del año anterior. Supone, además, superar el límite de la jornada anual pactada ex art. 34.1 ET<sup>103</sup>, lo cual se asume expresamente por el art. 34.2 ET al afirmar que la compensación por exceso “entre la jornada realizada y la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo legal o pactada” podrá producirse en el plazo de doce meses: obsérvese que la jornada que supera la pactada ya se ha realizado, es decir, que se ha superado la jornada pactada y no se ha respetado ese límite que, consecuentemente, podría transgredirse. Si el punto de partida es que 34.1 y 34.2 ET forman parte de una misma institución (la posibilidad de distribuir el tiempo de trabajo de manera irregular), es contradictorio que al mismo tiempo se afirme que el promedio “anual” de la jornada es de 40 horas y que las diferencias por exceso de jornada respecto de la pactada o la legal, pueda compensarse en el plazo de 12 meses a partir de que estas se produzcan, pues ello facilita la compensación interanual<sup>104</sup>. La única forma de soslayar esta contradicción es diferenciando entre una distribución irregular estática y una distribución irregular dinámica, de manera que la compensación en doce meses sólo afecte al supuesto de distribución irregular dinámica<sup>105</sup>. Es evidente que la intención del legislador al establecer este amplio plazo para la compensación, pues amplía enormemente sus posibilidades de gestionar la distribución irregular de la jornada, relegando, tal como ha destacado la doctrina laboral, los intereses de los trabajadores que soportan este tipo de jornada y sus derechos a la conciliación de la vida familiar y laboral<sup>106</sup>.

Pero aun aceptando que la distribución irregular dinámica implica la interanualidad, hay que tener en cuenta lo que establece la Directiva 2003/88/CE en su art. 16.b) al regular los períodos de referencia relativos al trabajo semanal: “Los Estados miembros podrán establecer (...) b) para la aplicación del artículo 6 (duración máxima del tiempo de trabajo semanal), un período de referencia que no exceda de cuatro meses”. Es evidente que la regulación del art. 34.2 en su último párrafo es directamente contraria a la regulación comunitaria<sup>107</sup>.

Ciertamente la Directiva establece todo un conjunto de excepciones a la regla prevista por el art. 16, pero entiendo que la regulación española tampoco respeta tales excepciones. De entrada, el art. 34.2 ET cuando admite la interanualidad, lo hace con carácter general; es decir, que resulta de aplicación a cualquier supuesto material con independencia del tipo de trabajo que se realice y, más aún, se aplica sin acuerdo de los trabajadores. Todo ello dificulta la aplicación del art.17 de la citada Directiva, que regula las excepciones a las reglas de los arts. 6 y 16 de la propia Directiva, no con carácter general, sino vinculándolas al ejercicio de ciertas actividades o trabajos<sup>108</sup>. De otro lado, nuestro país jamás ha hecho uso de la cláusula *out-put* que prevé la Directiva a los efectos de inaplicación, por lo que tampoco es factible esta vía. La propia Directiva regula la posibilidad de que se establezcan excepciones a través de la

---

<sup>103</sup> MONREAL BRINGSVAERD, E.: “La duración de la jornada (...)”, op. cit., página 93.

<sup>104</sup> De hecho, con la regulación anterior a la modificación legal de 2012, se pronunció la Audiencia Nacional en contra de admitir los saldos interanuales por atentar contra el principio de anualidad, concretamente a través de la SAN de 24 de mayo de 2013. Sobre esta Sentencia vid. MONREAL BRINGSVAERD, E.: “La duración de la jornada (...)”, op. cit., página 96.

<sup>105</sup> RODRIGUEZ PASTOR, G.E.: Op. cit. página 98. Por el contrario la distribución irregular estática debe haber previsto la compensación dentro del año natural.

<sup>106</sup> MARTINEZ YAÑEZ, N.M.: Op .cit., página 66.

<sup>107</sup> LOPEZ ALVAREZ, M.J.: Op. cit., página 19.

<sup>108</sup> MOLINA NAVARRETE, C.: Op. cit., página 66. De igual manera MARTINEZ YAÑEZ, N.M.: Op. cit., página 66.

negociación colectiva a lo previsto por el art. 16, si bien el art. 19 de la Directiva en su primer párrafo establece que “La facultad de establecer excepciones a lo dispuesto en la letra b) del artículo 16, prevista en el apartado 3 del artículo 17 y en el artículo 18, no podrá tener como consecuencia el establecimiento de un período de referencia superior a seis meses”. Es decir, que esta excepción no admite tampoco la interanualidad; más aún, la interanualidad que plantea el art. 34.2 ET se refiere a los supuestos en que no hay pacto sobre compensación de la distribución irregular (no hay, por tanto, acuerdo en convenio); luego la excepción del art. 18 no resulta de aplicación en modo alguno a esta situación. Por último, el art. 19 de la Directiva en su segundo párrafo afirma la posibilidad de establecimiento de otras excepciones, respetando los principios de protección de la salud y seguridad, pero fija como límite la anualidad como máximo: “No obstante, los Estados miembros, siempre que respeten los principios generales de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, tendrán la facultad de permitir que, por razones objetivas, técnicas o de organización del trabajo, los convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales establezcan períodos de referencia que en ningún caso excederán de 12 meses”<sup>109</sup>. Ciertamente el art. 34.2 ET se refiere a un plazo de 12 meses “desde que se produzcan”; es decir, desde que el exceso o defecto de jornada se produzca; o desde que el empresario aplique la distribución irregular; pero con independencia de que se opte por una u otra interpretación, se superaría el año natural como referencia. Además, y esto es lo más importante, lo que permite la Directiva en este caso es que los Estados admitan ese plazo de 12 meses, cuando existan razones que lo permitan (causalidad) y se haga por convenio colectivo o acuerdo; y es evidente que el art. 34.2 ET se refiere al caso en el que, justamente, no hay acuerdo. De otro lado, lo que permite la Directiva es que se alcancen los 12 meses, si bien necesariamente los Estados miembros podrán prever que sean los convenios colectivos o los acuerdos los que establezcan que el período de referencia sea de 12 meses y es claro que lo previsto por el art. 34.2 ET al ampliar el período en que se produce la compensación a 12 meses, se refiere a los supuestos en que hay una falta de acuerdo entre la empresa y la representación de los trabajadores; es decir, que esa ampliación es legal y no convencional, tal como establece la Directiva, que quiere que dicha ampliación se haga a través de la negociación colectiva<sup>110</sup>.

La conclusión, a mi juicio, no es sino la inadecuación de la regulación nacional en este punto a la Directiva 2003/88/CE<sup>111</sup>, por lo que puede generar un verdadero semillero de problemas.

En cuanto a la segunda de las cuestiones, la adecuación de la distribución irregular de la jornada al disfrute de los derechos de conciliación familiar y laboral, podemos señalar que la distribución irregular puede suponer como es lógico una extraordinaria dificultad para garantizar uno de los objetivos de la regulación del tiempo de trabajo que es facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral, pues someter al trabajador a un ciclo de trabajo inestable dificulta dicha conciliación, lo cual unido al escaso tiempo de preaviso recogido por la regulación legal, supone una dificultad añadida a la planificación de la vida del trabajador fuera de la empresa<sup>112</sup>. Es por ello conveniente que los convenios colectivos que regulen la distribución irregular de la

---

<sup>109</sup> Sobre la relevancia del respeto de la salud y seguridad de los trabajadores como principio para valorar la falta de adecuación de la normativa española a la Directiva 2003/88/CE vid. MOLINA NAVARRETE, C.: Op. cit., página 66.

<sup>110</sup> Sobre la cuestión vid. BALLESTER PASTOR, M.A.: Op. cit., página 77; o MONREAL BRINGSVAERD, E.: “La duración de la jornada (...)”, op. cit., página 97.

<sup>111</sup> Así BALLESTER PASTOR, M.A., op., cit., página 77; MARTINEZ YAÑEZ, N.M., op. cit., página 66; MOLINA NAVARRETE, C., op. cit., página 66; MONREAL BRINGSVAERD, E.: “La duración (...)”, op. cit., página 97; RODRIGUEZ PASTOR, G.E.: Op. cit., página 101.

<sup>112</sup> LOPEZ ALVAREZ, M.J.: Op. cit., página 89.

jornada tengan en cuenta el disfrute de los derechos de conciliación y eviten la repercusión negativa que sobre ellos supondrá la distribución irregular de la jornada<sup>113</sup>.

La doctrina laboral ha sostenido, y he de mostrarme totalmente de acuerdo con esta opinión, que el derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral, dado su origen constitucional<sup>114</sup>, limita las facultades empresariales de flexibilidad o adaptación de la jornada de trabajo, y específicamente la capacidad para la distribución irregular de la jornada<sup>115</sup>. En todo caso, es evidente que la actual regulación vigente sobre distribución irregular debería haber señalado expresamente la necesidad de respetar los derechos de conciliación de los trabajadores, prohibiendo que la distribución irregular de la jornada pudiese afectar a los trabajadores con reducción de jornada por motivos familiares<sup>116</sup>.

Nuevamente aquí la negociación colectiva va a jugar un papel fundamental pues a través de la misma podrán articularse los mecanismos que permitan la adecuación de los intereses de una y otra parte; o dicho de otra manera, dada la evidente generosidad del legislador en favorecer la flexibilidad empresarial a través de la distribución irregular de la jornada, el convenio colectivo debe asumir el papel de concretar las garantías ante la utilización empresarial de esta posibilidad<sup>117</sup>. El problema va a surgir, como es lógico, cuando el convenio nada regula sobre esta cuestión, o cuando no se ha alcanzado pacto alguno sobre la distribución irregular, en cuyo caso el empresario dispone de la capacidad de distribuir irregularmente hasta el 10% de la jornada anual, sin más limitación que la establecida por la regulación legal. En estos casos, si el empresario acude a la distribución irregular y el trabajador ya está disfrutando de derechos de conciliación que entran en conflicto con dicha distribución<sup>118</sup>, tenemos un importante problema interpretativo que resolver: ¿afecta la distribución irregular de la jornada al derecho a la conciliación del trabajador que ya se está disfrutando? De entrada hay que aclarar que no todos los derechos de conciliación pueden verse afectados por una distribución irregular (pensemos simplemente en los casos de ausencia durante una hora en la lactancia o en la hospitalización a continuación del parto). Respecto de aquellos que sí pueden verse afectados, entiendo que, ante la ausencia de regulación en el convenio, dado que el disfrute del trabajador de su derecho ya se está realizando, las alteraciones de jornada que pudieran suponer una distribución irregular no deberían afectarle. Se trata de un mero criterio temporal en el acceso al derecho, pero, además, los trabajadores que acceden a estos derechos habrán adaptado las necesidades de atención a sus responsabilidades en función del derecho obtenido, por lo que la alteración del derecho repercutiría directamente en la dificultad de cumplir con el objetivo de las medidas de conciliación. De otro lado, hay que recordar que los derechos de conciliación que implican la reducción de jornada son derechos que se proyectan sobre “su jornada” (el trabajador tiene derecho a la reducción de su jornada ordinaria –art. 37.7 ET que regula la concreción horaria-); y por tal jornada hemos de entender la jornada habitual, no la que pueda resultar en un momento determinado por aplicación de una distribución irregular. Sólo si el convenio colectivo estableciese otra cosa (y no es el caso, pues estamos analizando aquellos supuestos en los que el convenio nada regula), podría, a mi juicio, darse otra respuesta. En todo caso, si se

---

<sup>113</sup> RODRIGUEZ PASTOR, G.E.: Op. cit., página 100.

<sup>114</sup> Sobre esta cuestión vid. RODRIGUEZ GONZALEZ, S.: Op. cit., páginas 41 y ss.

<sup>115</sup> BALLESTER PASTOR, M.A.: Op. cit., página 91.

<sup>116</sup> En este sentido MARTINEZ YAÑEZ, N.M.: Op. cit., página 65.

<sup>117</sup> En este sentido BALLESTER PASTOR, M.A.: Op. cit., página 76.

<sup>118</sup> En los casos en que el empresario procede a un ajuste a través de la distribución irregular, y posteriormente el trabajador accede a los derechos de conciliación, no tenemos una situación que se diferencie realmente del supuesto conflictivo ordinario en caso de conciliación, que deberá ser resuelto judicialmente, previa demanda del trabajador vía art. 139 LRJS.

aceptase que la distribución irregular puede repercutir sobre los derechos de conciliación, siempre cabrá la posibilidad de que el trabajador acuda al procedimiento del art. 139 LRJS.

¿Cuál es el papel de la negociación en la materia de distribución irregular de la jornada? Es evidente que el legislador le otorga una función primordial, pues se afirma que la distribución irregular de la jornada podrá ser acordada mediante convenio o, ante la ausencia de regulación en convenio, por acuerdo de empresa; en definitiva, se deja a la negociación colectiva que asuma esta competencia. Sin embargo, todo queda alterado como consecuencia del reconocimiento de la facultad empresarial de acudir libremente a la distribución irregular si no hay acuerdo sobre esta cuestión (al menos hasta el 10% de la jornada anual). Es evidente que en la práctica ello va a suponer que sea necesario llegar a un acuerdo sobre distribución irregular de la jornada, de manera que el papel que va a asumir el convenio sea el de controlar esta posibilidad, controles que en una lógica negociadora puede que no sean excesivos, pues la representación de los trabajadores se arriesga al rechazo empresarial al acuerdo; es decir, a que al final el empresario tenga plena libertad para esa distribución irregular hasta el 10%. En definitiva hoy más que nunca se hace absolutamente necesaria la regulación convencional de esta materia<sup>119</sup>; lo paradójico es que por obra de la regulación legal, quien puede estar hoy desincentivado para llegar a un acuerdo es el empresario, quien ante la falta de acuerdo tendrá una libertad casi absoluta, sólo limitada por ese tope del 10% y los escasos límites legales. Por lo tanto, cabe concluir que la actual redacción del art. 34.2 ET supone un mecanismo de presión sobre los negociadores por la parte laboral, pues la falta de acuerdo determina la facultad legal concedida al empresario para acceder a la distribución irregular de la jornada, configurándose de esta manera en un ejemplo de la expansión silenciosa del poder empresarial en la empresa que han supuesto las últimas reformas laborales<sup>120</sup>. Hay que tener en cuenta que el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (2015-2017)<sup>121</sup> recoge la necesidad de facilitar a través de la negociación colectiva la distribución irregular de un 10% de la jornada anual ordinaria. Es decir, ante la duda de pactar o no, y ante la amenaza que supone la inexistencia de pacto, se opta por fomentar el acuerdo.

Ciertamente la negociación colectiva ha de jugar un papel esencial en el marco de la distribución irregular de la jornada de trabajo, y ello no sólo por el hecho de que el legislador se remita al convenio o en su defecto al acuerdo de empresa para regular esta posibilidad; sino también por el hecho de que en caso de inexistencia de pacto en negociación colectiva, el legislador concede directamente al empresario la capacidad de distribuir irregularmente hasta el 10% de la jornada, por lo que ante una capacidad tan amplia del empresario, lo más aconsejable es que las partes alcancen un acuerdo. De otro lado, los límites que se establecen a la distribución irregular, o son genéricos (el respeto a las reglas generales sobre descansos), o bien son de escasa entidad (el preaviso de sólo cinco días –por cierto, en los casos de distribución irregular estática en la que el propio convenio colectivo ha establecido los concretos períodos en que se desarrollarán jornadas de duración diferente, hay que entender que el preaviso no es necesario, pues es el propio convenio el que se encarga de especificar la jornada en cada momento<sup>122</sup>); por lo que es conveniente la intervención del convenio para delimitar cuándo y cómo podrá utilizar el empresario esta especial capacidad. Igualmente respecto de la compensación, pues se hace imprescindible la regulación a través de convenio, siendo del todo aconsejable evitar la compensación interanual. De otro lado, la relevancia de la

---

<sup>119</sup> En este sentido TRILLO PARRAGA, F.: Op. cit., página 29.

<sup>120</sup> En similar sentido crítico MARTINEZ YAÑEZ, N.M.: Op. cit., páginas 62 y 63.

<sup>121</sup> BOE 20 de junio de 2015.

<sup>122</sup> En este sentido LOPEZ ALVAREZ, M.J.: Op. cit., página 39.

negociación también es evidente si se tiene en cuenta que el legislador no ha establecido una regulación mínima para los convenios que regulen la distribución irregular<sup>123</sup>.

Ahora bien, ¿Cómo se regula la distribución irregular de la jornada en la negociación colectiva española? Del análisis de la negociación colectiva comprendida entre enero y agosto de 2016 se deduce una primera conclusión muy clara y es que la negociación ha asumido y regulado con carácter muy general la posibilidad de distribución irregular de la jornada, si bien ha de reconocerse que existen variaciones muy amplias de esta cuestión.

Podemos encontrar un conjunto nutrido de convenios colectivos que establecen una regulación sobre la distribución irregular de la jornada de trabajo. Al respecto es indiferente que los convenios establezcan en estos casos una jornada semanal determinada, pues la regulación expresa de la jornada irregular supone la capacidad para modificar dicha jornada semanal. En todo caso, cuando se establece en convenio una jornada semanal sin especificar que es un promedio y, a continuación, se regula la distribución irregular<sup>124</sup>, esa jornada semanal puede tomarse como referencia. Ahora bien multiplicada la jornada semanal por el número de semanales laborables se obtendrá la jornada anual (si es que no se ha especificado) y ello, lógicamente, supondrá en su caso un tope máximo, un límite a la capacidad de utilizar este mecanismo por el empresario, pues la distribución irregular de la jornada no puede ir más allá del total de horas comprometidas por el trabajador, al menos en la distribución irregular estática (y dadas las dudas de no adecuación al ordenamiento comunitario, podríamos también predicar dicho límite respecto de la irregular dinámica).

Dado el relevante papel de la negociación colectiva es posible encontrar convenios en los que se establece una regulación que concreta cómo y cuándo puede producirse la distribución irregular de la jornada. Cabe reseñar que en la mayoría de los casos se identifica expresamente la regulación bajo la denominación de jornada irregular; si bien en otros casos dicha denominación se obvia y se detecta que se trata de distribución irregular al analizar el contenido de lo pactado, de manera que si lo que se plantea es la extensión de la jornada en ciertos casos y la existencia de situaciones en las que hay falta de jornada, estaríamos casi con seguridad ante supuestos de distribución irregular<sup>125</sup>. Hay convenios que recogen la posibilidad de una distribución irregular de la jornada, si bien se requiere el previo acuerdo con los representantes de los trabajadores, y sólo si no se consigue este acuerdo, el empresario podrá aplicar la distribución en idéntico sentido a la propuesta que realizó a los sindicatos<sup>126</sup>. Es posible detectar auténticos casos de distribución irregular de jornada en convenios que regulan una jornada ordinaria estable, pero para ciertas actividades prevén que para acomodar el tiempo de trabajo a las necesidades del servicio, puedan existir jornadas superiores compensable o inferiores recuperables, lo que en la práctica entendemos que supone una distribución irregular<sup>127</sup>. En otros casos, dada la parquedad del convenio, parece que estamos más ante una asunción de la obligación de realizar horas extraordinarias que

---

<sup>123</sup> RODRIGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: Op. cit., página 28.

<sup>124</sup> Sería el caso por ejemplo, de CC del sector de empresas de publicidad (BOE 10-2-2016).

<sup>125</sup> CC NTV Logística, SA (BOE 2-2-2016); Saint Gobain Isover Ibérica, SL (BOE 2-2-2016); Easy Jet Handling Spain (BOE 3-2-2016).

<sup>126</sup> CC estatal del sector del corcho (BOE 14-10-2016).

<sup>127</sup> Sería el caso del CC de BT España Cía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, SA (BOE 29-4-2016), que para los trabajadores asignados a proyectos de cliente establece esta posibilidad. No obstante este convenio permite la compensación económica de la jornada superior, lo que lo acerca al régimen jurídico de las horas extraordinarias. Se establece así una situación mixta entre distribución irregular y horas extraordinarias.

ante un verdadero supuesto de distribución irregular<sup>128</sup>. En este mismo sentido podemos señalar a aquellos convenios que fijan un tope de jornada anual que de ser superado por la distribución irregular, deberá compensarse con días libres, acumulando las horas de exceso: en este caso, realmente lo que se está señalando es que la superación del tope anual a consecuencia de la distribución irregular, genera horas extraordinarias compensables con descanso<sup>129</sup> (horas que deben entenderse como obligatorias ex convenio).

Teniendo en cuenta que la distribución irregular de la jornada es una cuestión que puede también instrumentalizarse a través de la utilización de las horas extraordinarias que se retribuyen con tiempo de descanso (obsérvese que el procedimiento de compensación del exceso es idéntico al utilizado en la distribución irregular), sería lógico que los convenios colectivos conecten expresamente esta posibilidad con las horas extraordinarias (limitando la realización de estas últimas), de manera que estas se limiten cuando se usa la distribución irregular. Sin embargo, los convenios colectivos no suelen recoger esta cuestión<sup>130</sup>, de manera que a la distribución irregular como mecanismos de flexibilidad se suma el mecanismo de las horas extraordinarias, lo cual supone un incremento notable a las posibilidades empresariales. De otro lado, cabe señalar las dificultades que podemos encontrar cuando haya de delimitar cuándo el empresario está utilizando horas extraordinarias cuando estas coinciden con una distribución irregular de la jornada: aparentemente sólo el convenio colectivo cuando regula la distribución irregular y especifica cuándo y cómo se programa la distribución irregular, es lo único que va a determinar cuándo se realizan horas extraordinarias (cuando el trabajo se realiza fuera de la jornada ordinaria y fuera de los casos de distribución irregular)<sup>131</sup>.

En cuanto al contenido de estas regulaciones, podemos encontrar en primer lugar una perspectiva ordenadora de la capacidad empresarial de proceder a la distribución irregular de la jornada. La diversidad en este sentido es bastante importante, así, si bien es evidente que la distribución irregular es una institución legalmente descausalizada, pues el art. 34.2 ET no requiere en modo alguno causa para el ejercicio de esta posibilidad (lo cual ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina laboral<sup>132</sup>), podemos encontrar convenios en los que se especifica en qué situación es posible desarrollar la distribución irregular de la jornada<sup>133</sup>, llegándose incluso a establecer un principio de causalidad para poder acudir a este mecanismo (normalmente causas

---

<sup>128</sup> Puede verse el caso del CC de La Vanguardia ediciones, SLU (BOE 22-4-2016), en el que se señala que dada la especialidad de la actividad informativa, cuando se requiera por las necesidades de la actividad, el personal se compromete a finalizar su trabajo y prolongar su jornada laboral.

<sup>129</sup> Sería el caso del CC de industrias del frío industrial (BOE 18-5-2016).

<sup>130</sup> No obstante algún ejemplo hay sobre esta cuestión, en los que en coherencia con la coincidencia de fines entre distribución irregular y horas extraordinarias, se limita la realización de estas últimas cuando se acude al primer mecanismo; así, vid. los CC de la Fundación O'Belén (BOE 17-3-2015); CC de Repsol Química, SA (BOE 21-5-2015); Fertiberia, SA (BOE 25-8-2015); Thyssenkrupp Elevadores, SL (BOE 16-10-2015); Repsol Lubricantes y Especialidades, SA (BOE 9-11-2015); Repsol Lubricantes y Especialidades (BOE 2-8-2016); CC estatal para la Industria del Curtido, Correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería (BOE 2-8-2016); en este último caso, además de prohibir las horas extraordinarias durante la realización de jornadas irregulares, también se prohíbe acudir a la contratación temporal, a las ETTs, ni renovar contratos temporales que finalizan en dichos períodos; Repsol Petróleo, SA -refino- (BOE 12-8-2016).

<sup>131</sup> Vid. sobre la cuestión TILLO PARRAGA, F.: Op. cit., páginas 96 y 97.

<sup>132</sup> En este sentido crítico vid. BALLESTER PASTOR, M.E.: Op. cit., página 76.

<sup>133</sup> Un buen ejemplo es el CC de Repsol Química, SA (BOE 21-5-2015), que establece esta posibilidad en los casos de paradas, puestas en marcha, grandes reparaciones o períodos punta; de igual manera el de Repsol Petróleo, SA (BOE 11-6-2015); Repsol Lubricantes y Especialidades, SA (BOE 2-8-2016) Repsol Petróleo, SA -refino- (BOE 12-8-2016).

económicas, tecnológicas, organizativas o productivas)<sup>134</sup>. Entendemos que ello es perfectamente posible, pues aun cuando no estemos ante un mecanismo legalmente causal, sin embargo, es posible que la negociación colectiva pueda controlar la utilización del mismo a través de esta exigencia, que puede ser incluso controlable judicialmente. En otros casos la exigencia es más débil, pues se limita a establecer con carácter general que la causa de la distribución irregular esté justificada (fórmula, como pueden vds. comprender, que es excesivamente amplia o genérica)<sup>135</sup>; o se establece los momentos en que es factible la distribución irregular<sup>136</sup>; o se procede a reforzarse los límites relativos al preaviso ampliando el plazo que supere los cinco días<sup>137</sup> (o bien especificando que si tras el preaviso, resulta no ser necesaria la participación del trabajador y no se le notifica en un plazo mínimo con antelación al momento en que debería incorporarse al desarrollo de una jornada irregular, se tendrá dicha jornada irregular realizada –se refiere, lógicamente, a supuestos de exceso de jornada-<sup>138</sup>). También es posible encontrar supuestos en los que se obliga al empresario a realizar una planificación de la distribución irregular, concretando una determinada fecha en la que la empresa ha de comunicar su plan de distribución irregular a lo largo de todo el año<sup>139</sup>, o realizando una distribución con carácter mensual<sup>140</sup>. Otra posibilidad es la de regular un tope a la distribución irregular, señalando el tope máximo de la jornada que puede distribuirse de manera irregular, que puede o no coincidir con el 10%<sup>141</sup> al que alude el art. 34.2 ET, existiendo convenios colectivos que lo incrementan, pues no es un tope para los acuerdos que puedan adoptarse en negociación colectiva sobre distribución irregular<sup>142</sup> (de hecho, dado que si no hay acuerdo, el empresario podrá aplicar el 10% de distribución irregular, en la práctica se desincentiva al empresario a que alcance

---

<sup>134</sup> CC NTV Logística, SA (BOE 2-2-2016); Saint Gobain Isover Ibérica, SL (BOE 2-2-2016); Unión de Detallistas Españoles, Soc. Coop., Grupo Técnico, SA y Coidec, SA (BOE 10-2-2016); CC estatal regulador de las relaciones laborales entre los productores audiovisuales y actores que prestan servicios en las mismas (BOE 16-5-2016); Marc Clear, SL (BOE 6-6-2016); CC estatal para la Industria del Curtido, Correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería (BOE 2-8-2016); Servicios Operativos Internos, SAU (BOE 21-4-2015).

<sup>135</sup> Thyssenkrupp Elevadores, SL (BOE 16-10-2015); Repsol Lubricantes y Especialidades, SA (BOE 9-11-2015); Repsol Petróleo, SA -refino- (BOE 12-8-2016).

<sup>136</sup> Así el CC de Refresco Iberia, SAU (BOE 2-5-2016), que fija los fines de semana como el ámbito para esa distribución irregular.

<sup>137</sup> Saint Gobain Isover Ibérica, SL (BOE 2-2-2016); Unión de Detallistas Españoles, Soc. Coop., Grupo Técnico, SA y Coidec, SA (BOE 10-2-2016); Mediapost Spain, SL (BOE 4-5-2016); CC Industria del Calzado (BOE 2-8-2016); Repsol Lubricantes y Especialidades, SA (BOE 2-8-2016).

<sup>138</sup> CC de Refresco Iberia, SAU (BOE 2-5-2016).

<sup>139</sup> CC sector industrias cárnicas (BOE 11-2-2016).

<sup>140</sup> Mediapost Spain, SL (BOE 16-2-2016).

<sup>141</sup> Ejemplo de convenios que coinciden con ese 10% pueden ser los CC de Refresco Iberia, SAU (BOE 2-5-2016); CC Industria del Calzado (BOE 2-8-2016); Supersol Spain, SLU, Cashdiplo, SLU y Superdistribución, SLU (BOE 12-1-2015); CC Marco Grupo E.ON España (BOE 30-1-2016); ASV Servicios Funerarios (BOE 26-2-2015); Alianzas y Subcontratas, SA (BOE 6-8-2015); Transmediterránea, SA –tierra- (BOE 4-9-2015); Hermandad Farmacéutica del Mediterráneo (BOE 6-11-2015).

<sup>142</sup> Tal como señala MOLINA NAVARRETE, C., op, cit., página 66, el 10% puede “mejorarse” por acuerdo colectivo lo que configura un ejemplo de “materia laboral inversa”. De hecho hay convenios que superan más o menos ampliamente dicho porcentaje, como es el caso de Europcar IB, SA (BOE 21-4-2016), que alcanza al 25% de la jornada anual; CC estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (BOE 10-8-2016), que establece el 15%; Próxima Servicios Empresariales (BOE 24-4-2015) que establece un 15%; también Centro Farmacéutico, SL (BOE 14-10-2015) que establece una distribución irregular del 12% de la jornada; o el CC para peluquerías, institutos de belleza y gimnasios (BOE 31-3-2015) que establece hasta un 28% de jornada irregular. En otros casos se establecen horquillas que van desde un porcentaje inferior al 10% hasta un porcentaje ampliamente superior, tal como ocurre con el CC de Aunar Group 2009, SL (BOE 13-4-2015).



acuerdos que reduzcan ese porcentaje<sup>143</sup>); bien se fija el número de horas máximas que pueden distribuirse irregularmente<sup>144</sup>, si bien también es posible encontrar convenios que, una vez fijado un tope determinado, admiten la posibilidad de que por acuerdo de empresa, dicho tope pueda ser modificado<sup>145</sup>, o se establecen topes de jornada diaria o semanal que no pueden ser superados por el uso por el empresario de la distribución irregular<sup>146</sup>; o incluso especificando el número de días al año en que el empresario puede utilizar el mecanismo de distribución irregular<sup>147</sup>.

También es posible encontrar convenios que con absoluta claridad especifican que la jornada anual es el tope máximo que deberá ser respetado por la distribución irregular de la jornada, sin que pueda excederse de dicho límite<sup>148</sup>, especificando que de superarse dicho límite estaremos ante horas extraordinarias<sup>149</sup>. De igual manera no faltan convenios que admiten una distribución irregular estática; es decir, que establecen diferentes jornadas semanales para cada época del año, de manera que el resultado de esa distribución cuadre perfectamente con el tope máximo de la jornada anual pactada (si bien se permite romper esa distribución estática cuando las circunstancias lo requieran)<sup>150</sup>.

Pero, a mi juicio, el control más relevante consiste en que los convenios colectivos establezcan que la distribución irregular sólo es factible si hay acuerdo empresarial con los representantes de los trabajadores, pues ello supone que ante la falta de acuerdo no será posible la distribución irregular, ni tan siquiera por la vía del art. 34.2 ET, pues el convenio colectivo condiciona expresamente la distribución al acuerdo, impidiendo el juego de la regla residual de facilitar hasta el 10% de la jornada de distribución irregular por la falta de acuerdo<sup>151</sup>.

La cuestión de la compensación por los excesos de jornada es especialmente importante, pues supone señalar cómo va a recuperarse el exceso a través de la futura reducción del tiempo de trabajo. Podemos encontrar convenios en que la compensación del exceso se realiza no sólo a través de una reducción equiparada en duración al exceso de jornada, sino incluso aumentando el período de descanso o reducción de jornada (normalmente cuando se supera un determinado número de horas de jornada diaria o si

---

<sup>143</sup> No obstante es posible encontrar convenios que reflejan límites a la distribución irregular que reducen ese 10%, tal como ocurre con los CC de la Fundación O'Belen (BOE 17-3-2015); CC estatal de las industrias de captación, elevación, conducción, tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas potables y residuales (BOE 4-11-2015).

<sup>144</sup> Dealz España, SL (3-2-2016); ECA Entidad Colaboradora de la Administración, SLU e Instituto de Calidad, SAU (BOE 16-2-2016); CC estatal para el sector de ortopedias y ayudas técnicas (BOE 15-3-2016); Refresco Iberia, SAU (BOE 2-5-2016); CC estatal para la Industria del Curtido, Correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería (BOE 2-8-2016); sector ocio educativo y animación sociocultural (BOE 15-7-2015); CC estatal del sector del corcho (BOE 14-10-2016); Thyssenkrupp Elevadores, SL (BOE 16-10-2015).

<sup>145</sup> Así ocurre con el CC Estatal de perfumería y afines (BOE 19-1-2016); ECA Entidad Colaboradora de la Administración, SLU e Instituto de Calidad, SAU (BOE 16-2-2016); CC sector de fabricantes de yesos escayolas, cales y sus prefabricados (BOE 2-3-2016); CC Industria del Calzado (BOE 2-8-2016); CC estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (BOE 10-8-2016),.

<sup>146</sup> CC sector de fabricantes de yesos escayolas, cales y sus prefabricados (BOE 2-3-2016); CC estatal regulador de las relaciones laborales entre los productores audiovisuales y actores que prestan servicios en las mismas (BOE 16-5-2016); CC industrias del frío industrial (BOE 18-5-2016); Repsol Lubricantes y Especialidades (BOE 9-11-2015).

<sup>147</sup> Grup Zena (3-3-2016).

<sup>148</sup> Así el CC de Ilunión Seguridad, SA (BOE 5-4-2016); CC interprovincial para el comercio de flores y plantas (BOE 2-5-2016).

<sup>149</sup> CC de Refresco Iberia, SAU (BOE 2-5-2016); Vigilancia Integrada, SA (BOE 10-2-2016).

<sup>150</sup> CC de Iberdrola Ingeniería y Construcción, SAU (BOE 6-6-2016).

<sup>151</sup> CC Grupo Gamesa (BOE 4-8-2016).

se realiza el incremento en fin de semana)<sup>152</sup>. También es posible encontrar casos en los que se pacta la compensación con descanso superior al exceso de jornada (1,25 horas por cada hora de exceso), o bien a opción de la empresa, compensar con una hora por cada hora de exceso y el 0,25 en metálico<sup>153</sup>. En algunos casos se regulan también compensaciones de carácter económico que superen al salario ordinario (si bien no como alternativa a la compensación con descanso retribuido, sino como incremento retributivo que compensa el hecho de verse sometido a un sistema de distribución irregular de la jornada)<sup>154</sup>. Estos sistemas respetan la necesidad de compensación, pues hay recuperación con descanso del período de exceso. En otros supuestos se compensa al mismo tiempo tanto con las pertinentes horas de descanso, como con un incremento retributivo<sup>155</sup>; o se hace así cuando se supera un número determinado de horas al día<sup>156</sup>. En algún caso se permite la regularización de los excesos de jornada con compensación económica, lo que acerca esta posibilidad al régimen jurídico de las horas extraordinarias, generando así una especie mixta o intermedia<sup>157</sup>; de hecho es posible encontrar algún convenio que señala la posibilidad de compensar con dinero las primeras 80 horas de distribución irregular<sup>158</sup>, o se señala que las primeras 80 horas son de aceptación obligatoria para el trabajador<sup>159</sup>, o considerar que si las horas de exceso no se recuperan en un determinado plazo, se considerarán horas extraordinarias<sup>160</sup>. Al respecto no hay nada que objetar a estos sistemas mixtos, siempre y cuando junto con la retribución o recargo económico por utilizar la distribución irregular, el trabajador sea compensado con la pertinente reducción de la jornada.

La determinación el momento en que corresponde la compensación del exceso de jornada por descanso, suele quedar a disposición del empresario, si bien en algún caso se regula que ha de realizarse de acuerdo con el trabajador o con sus representantes<sup>161</sup>. En otros casos los convenios limitan la capacidad empresarial para la compensación del exceso o del defecto de jornada, estableciendo un mínimo (normalmente diario) y un máximo de jornada (normalmente semanal, pero también diario) que debe ser respetado por el empresario<sup>162</sup>.

---

<sup>152</sup> Vid. sobre esta cuestión los CC de Unión de Detallistas Españoles, Soc. Coop., Grupo Técnico, SA y Coidec, SA (BOE 10-2-2016); CC estatal para el sector de ortopedias y ayudas técnicas (BOE 15-3-2016); CC Industria del Calzado (BOE 2-8-2016); Danone, SA (BOE 20-8-2015); Cepl Iberia, SL (BOE 25-9-2015); Iberdrola Grupo (BOE 25-9-2015).

<sup>153</sup> Cepl Iberia, SL (BOE 25-9-2015).

<sup>154</sup> Así los CC de la Comisión Ejecutiva Confederal de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras (BOE 19-1-2016); Estatal de perfumería y afines (BOE 19-1-2016).

<sup>155</sup> CC Repsol Lubricantes y Especialidades, SA (BOE 2-8-2016); Repsol Lubricantes y Especialidades, SA (BOE 9-11-2015).

<sup>156</sup> CC Industria del Calzado (BOE 2-8-2016).

<sup>157</sup> BT España Cia de Servicios Globales de Telecomunicaciones, SA (BOE 29-4-2016); CC estatal regulador de las relaciones laborales entre los productores audiovisuales y actores que prestan servicios en las mismas (BOE 16-5-2016). En algún caso se retribuyen como horas extraordinarias sólo los incrementos de jornada que coincidan en ciertas jornadas, como aquellas que según calendario deben trabajarse al 50% de la jornada ordinaria, tal como ocurre con el CC de Centro Farmacéutico, SL (BOE 14-10-2015).

<sup>158</sup> CC La Casera, SA (BOE 25-9-2015).

<sup>159</sup> CC Iberdrola Grupo (BOE 25-9-2015).

<sup>160</sup> CC Iberdrola Grupo (BOE 25-9-2015).

<sup>161</sup> CC estatal para el sector de ortopedias y ayudas técnicas (BOE 15-3-2016), que señala que ante la falta de acuerdo, se acumularán los descansos por días completos y se disfrutarán como máximo en el plazo de cuatro meses.

<sup>162</sup> CC de Lidl Supermercados, SAU (8-6-2016); Supersol Spain, SLU, Cashdiplo, SLU y Superdistribución, SLU (BOE 12-1-2015); Asociación de Empleados de Iberia Padres de Minusválidos (BOE 25-6-2015).

Dentro de la compensación, resultan especialmente importantes los plazos para realizar la misma. Recordemos que la compensación ha de realizarse según lo establecido en convenio colectivo o acuerdo de empresa, y en su defecto, podrá aplicarse la solución legal que permite la compensación en el plazo de hasta doce meses desde que las diferencias se produzcan, permitiendo así la compensación interanual (art. 34.2 ET). Ya hemos señalado nuestras dudas sobre si esta regulación es conforme o no con la Directiva sobre tiempo de trabajo (2003/88/CE); pero, al margen de esta cuestión, es evidente que el legislador español permite la compensación de saldos de horas con carácter interanual. En cuanto a la cuestión de cuándo es posible esta compensación interanual, a tenor de lo señalado en el art. 34.2 ET, caben dos interpretaciones posibles: una primera estricta, a tenor de la cual la compensación interanual sólo es factible ante la falta de acuerdo, quedando vedada a los casos en que se pacta esta cuestión en convenio o acuerdo, pues a tenor del art. 34.2 ET es factible el pacto de distribución irregular “a lo largo del año”, por lo que la compensación generada también ha de resolverse dentro del año. La otra interpretación es la flexible, y admitiría que cabe la compensación interanual no sólo por ministerio de la ley ante la falta de acuerdo, sino también cuando las partes lo pactan expresamente. Teniendo en cuenta la intención flexibilizadora de la reforma en esta materia, parece lógico asumir que la interpretación más acorde con la intención del legislador es la segunda<sup>163</sup>. Ahora bien, una distribución irregular de la jornada no puede en modo alguno conducir a un incremento de la jornada anual pactada: ello supondría una modificación de lo pactado en convenio colectivo; es decir, que sólo sería factible a través de la inaplicación del convenio colectivo, cuestión ésta que dificulta, a mi juicio, aceptar la viabilidad de una compensación interanual<sup>164</sup>. En todo caso, es evidente que la pretensión del art. 34.2 ET es la de facilitar al empresario no sólo un mecanismo de distribución anual de la jornada, sino permitir el traslado al año siguiente del exceso de jornada (en puridad no parece que facilitar la reducción de la jornada sea el verdadero objetivo de la reforma operada en el art. 34.2 ET), y ello sin utilizar el mecanismo de las horas extraordinarias<sup>165</sup>.

En todo caso, los convenios colectivos establecen sobre esta cuestión regulaciones muy variopintas. En ocasiones se señala expresamente la necesidad de realizar la compensación dentro del año natural<sup>166</sup>, llegando incluso a afirmarse en algún convenio que en caso de finalizar el año si existen saldos a favor del trabajador, estos serán para su beneficio, sin necesidad de recuperación<sup>167</sup>; o se fijan plazos estrictos para realizar dicha compensación por exceso o defecto (normalmente en los cuatro meses siguientes a generarse los saldos por exceso o defecto)<sup>168</sup>. En este último caso, se

---

<sup>163</sup> Se manifiestan a favor de la interpretación flexible MONREAL BRINGSVAERD, E.: “La duración (...)”, op. cit., página 92; o RODRIGUEZ PASTOR, G.E.: Op. cit., página 94.

<sup>164</sup> De similar opinión MONREAL BRINGSVAERD, E.: “La duración de la jornada (...)”, op. cit., página 98.

<sup>165</sup> En este sentido MONREAL BRINGSVAERD, E.: “La duración de la jornada (...)”, op. cit., página 93.

<sup>166</sup> CC Noroto, SAU (BOE 21-1-2016); Refresco Iberia, SAU (BOE 2-5-2016); Servigesplan, SL (BOE 5-5-2016); Site Logistic, SL (BOE 18-5-2016); CC estatal de para el sector de actividades forestales (BOE 22-6-2016); Grupo Constant Servicios Empresariales, SLU (BOE 19-8-2015); SPN Empauxer, SL (BOE 25-9-2015); Grupo de empresas VIPS (BOE 19-11-2015); Thales España GRP, SAU (BOE 9-12-2015).

<sup>167</sup> Sector ocio educativo y animación sociocultural (BOE 15-7-2015).

<sup>168</sup> Easy Jet Handling Spain (BOE 3-2-2016); Dealz España, SL (BOE 5-2-2016); Unión de Detallistas Españoles, Soc. Coop., Grupo Técnico, SA y Coidec, SA (BOE 10-2-2016); Site Logistic, SL (BOE 18-5-2016); Marc Clear, SL (BOE 6-6-2016); Repsol Lubricantes y Especialidades, SA (BOE 2-8-2016); Repsol Lubricantes y Especialidades, SA (BOE 9-11-2015); Thyssenkrupp Elevadores, SL (BOE 16-10-2015), si bien en este caso el plazo es de sólo dos meses, al igual que el CC sectorial de ámbito estatal de

plantea la duda de si las regulaciones que establecen un plazo, aunque sea breve, permiten la compensación interanual, pues aún cuando el plazo no sea excesivamente amplio, siempre es posible que la distribución irregular se produzca a final del año natural, con lo que la compensación podría producirse en el año siguiente.

En otros casos los convenios colectivos asumen perfectamente la posibilidad de la compensación interanual, admitiendo que esta se produzca al año siguiente y señalando que llegado el fin del año, si debe procederse a la compensación de excesos, se realizará mediante jornadas completas fijadas por acuerdo y dentro del primer trimestre del año siguiente<sup>169</sup>, admitiéndose así la interanualidad en la compensación pactada directamente por el convenio colectivo, de modo que dicha compensación interanual no queda sólo para los casos de falta de acuerdo<sup>170</sup>. En otros casos la interanualidad se establece por la reiteración de la norma legal del art. 34.2 ET: la compensación ha de realizarse dentro de los 12 meses siguientes a la existencia de los saldos de horas<sup>171</sup>. También hay convenios que prevén la compensación en el año natural, admitiendo que ante una imposibilidad acreditada se extienda la compensación al primer trimestre del año siguiente, sin alterar la duración máxima de la jornada de ese año<sup>172</sup>; o bien directamente se admite la posibilidad de compensar hasta el 31 de diciembre del año siguiente a aquel en que se originan los excesos o defectos de jornada<sup>173</sup>; o las horas de exceso y defecto producidas en el segundo semestre podrán ser compensadas en el primer semestre del año siguiente<sup>174</sup>.

También es posible encontrar reglas que de alguna manera son contrarias a la regulación legal que acabamos de mencionar, recogiendo que sólo sería posible la compensación fuera del año natural, cuando haya acuerdo con la representación de los trabajadores<sup>175</sup>; es decir, la regla contraria a lo previsto por el citado precepto.

Una cuestión interesante es la relativa a si es necesario para la compensación el preaviso del empresario al trabajador. Entendemos que es claro la necesidad de preavisar, tanto si el empresario procede a un incremento como una disminución de jornada; pero ¿también se exige preaviso cuando se trata de la reducción de jornada como compensación a un incremento previo? Téngase en cuenta que la distribución irregular supone una alteración de la jornada inicial (en forma de incremento o disminución); pero también una compensación posterior (si la alteración inicial es un incremento de jornada, habrá una o varias disminuciones; y si originariamente se produjo una reducción por motivos productivos, debe realizarse un incremento de la jornada). Es evidente que si la compensación supone un incremento, debe darse también el preaviso, pero en algún convenio, cuando la compensación consiste en una disminución, se regulan preavisos de menor duración que los cinco días<sup>176</sup>. Considero

---

administraciones de loterías (BOE 7-12-2015); Grupo de empresas VIPS (BOE 19-11-2015), si bien en este caso el plazo es de tres meses.

<sup>169</sup> CC de Lidl Supermercados, SAU (8-6-2016).

<sup>170</sup> Téngase en cuenta que antes de la reforma legal se planteaba la duda de si era posible la compensación interanual, existiendo jurisprudencia en ambas direcciones, si bien mayoritariamente se entendía que los saldos de horas debían compensarse dentro del año anual, pues los topes de jornada tenían dicho carácter anual.

<sup>171</sup> Vid. CC de Federación Farmacéutica, SCCL (BOE 12-122205).

<sup>172</sup> CC Industria del Calzado (BOE 2-8-2016).

<sup>173</sup> CC Salestarget, SL (BOE 25-5-2015); Servicios de Infraestructuras Eléctricas de Levante, SL (BOE 25-9-2015).

<sup>174</sup> CC estatal para la Industria del Curtido, Correas y cueros industriales y curtición de piles para peletería (BOE 2-8-2016).

<sup>175</sup> CC estatal de pastas, papel y cartón (BOE 19-5-2016).

<sup>176</sup> Thyssenkrupp Elevadores, SL (BOE 16-10-2015) Servicios de Infraestructuras Eléctricas de Levante, SL (BOE 25-9-2015).

<sup>176</sup> Thyssenkrupp Elevadores, SL (BOE 16-10-2015), que establece un plazo de preaviso de dos días.

que al ser la disminución un elemento necesario para la distribución irregular, los plazos de preaviso son los mismos que los establecidos con carácter general (5 días). En algún caso puede encontrarse convenios que establecen plazos de preaviso mayores a los cinco días, también para las situaciones de compensación<sup>177</sup>.

Caso de superación de los plazos de compensación de excesos de jornada con descansos, sin que la misma se haya producido, la respuesta más lógica es entender que estamos ante horas extraordinarias debiendo retribuirse como tales<sup>178</sup>. A su vez, en este caso puede plantearse otro problema: que se supere el máximo de los 80 horas anuales, situación en la que no cabría más alternativa que o bien considerar que son horas extraordinarias irregulares, o bien pactar expresamente que tales horas extraordinarias se retribuyan con descanso<sup>179</sup>.

De igual manera, también se regula la compensación a favor del empresario por los períodos de falta de actividad; pudiéndose establecer plazos para delimitar la capacidad del empresario en dicha recuperación<sup>180</sup>. Algunos convenios establecen la recuperación de los defectos de jornada por la vía de trabajar en fin de semana, o con incrementos diarios de corta duración, pero continuados<sup>181</sup>. En algún caso se admite que si la reducción no supera un determinado porcentaje, no será necesaria la recuperación, asumiendo así la empresa la carga económica de esta distribución irregular de la jornada<sup>182</sup>.

En estos casos es importante determinar la repercusión de los períodos de falta de actividad sobre la retribución del trabajador. Como es lógico, esta es una cuestión que no puede resolverse sólo desde el punto de vista de las reducciones, pues como dichas reducciones van a implicar una compensación, ello supondrá un posterior incremento de jornada (o viceversa). Desde mi punto de vista parece que lo más adecuado es el mantenimiento del salario pactado en los períodos de reducción de la jornada, de manera que en los de incremento de la actividad no suponga un incremento del salario o se considera el abono de horas extraordinarias en estos casos<sup>183</sup>; es decir, que la distribución irregular de jornada no afecte a la retribución y cotización del trabajador<sup>184</sup>. En todo caso, hay una situación que debería resolverse expresamente por los convenios colectivos y es la de aquellos contratos que se extinguen tras haber sufrido un período de distribución irregular de la jornada y en los que aún no se ha producido la compensación; en estos casos habría que entender que la jornada anual a la que normalmente se remiten los convenios, debe ajustarse a la concreta duración del contrato del trabajador, de manera que los excesos o defectos de jornada no realizados respecto dicha jornada (y que de seguir vivo el contrato deberían compensarse) han de tener una repercusión sobre la retribución en el momento de la extinción, debiendo regularizarse la situación en a través del finiquito<sup>185</sup>.

---

<sup>177</sup> CC Thales España GRP, SAU (BOE 9-12-2015).

<sup>178</sup> Así lo señalan los CC de Site Logistic, SL (BOE 18-5-2016); Marc Clear, SL (BOE 6-6-2016).

<sup>179</sup> CC de Site Logistic, SL (BOE 18-5-2016).

<sup>180</sup> Vid. CC Tankat Seguridad, SLU (BOE 29-4-2016); Site Logistic, SL (BOE 18-5-2016).

<sup>181</sup> CC de Thales España GRP, SAU (BOE 9-12-2015).

<sup>182</sup> BT España Cia de Servicios Globales de Telecomunicaciones, SA (BOE 29-4-2016).

<sup>183</sup> AS CC NTV Logística, SA (BOE 2-2-2016); Vigilancia Integrada, SA (BOE 10-2-2015).

<sup>184</sup> CC sector de fabricantes de yesos escayolas, cales y sus prefabricados (BOE 2-3-2016); Ilunión Seguridad, SA (BOE 5-4-2016); CC Industria del Calzado (BOE 2-8-2016); CC estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (BOE 10-8-2016); Unicamp Services, SL (BOE 21-4-2015).

<sup>185</sup> Un ejemplo es el del CC sector de fabricantes de yesos escayolas, cales y sus prefabricados (BOE 2-3-2016), que regula expresamente que en el caso de exceso de horas, estas se abonarán en la liquidación con un incremento del 50% respecto del valor de la hora ordinaria. El CC de Ilunión Seguridad, SA (BOE 5-4-2016) establece la necesidad de regularizar la situación a través de la liquidación que se efectúa en el finiquito. El CC Site Logistic, SL (BOE 18-5-2016) señala que los saldos negativos de horas a favor de la empresa deben descontarse en la liquidación del finiquito, y los saldos positivos pagarse como horas

Ahora bien, no estoy convencido de que este planteamiento sea aplicable a los casos de contratación temporal. Como sabemos, la contratación temporal en nuestro país es pieza fundamental de nuestro mercado de trabajo; más aún, estadísticamente se constata que los contratos temporales suelen tener una duración bastante reducida (consecuencia, entre otros motivos del predominio del contrato eventual). Pues bien, en un marco de estas características, y teniendo en cuenta que la distribución irregular de la jornada es un instrumento que se aplica con carácter global sobre la empresa, habría que plantearse si es adecuado aceptar que en un contrato temporal si el trabajador realiza una jornada inferior a la ordinaria, deba soportar un ajuste a través del finiquito con pérdida de retribución: en realidad el empresario es el responsable de utilizar la distribución irregular, y de la contratación temporal de los trabajadores, y de hacerlo en un momento en el que se aplica una distribución irregular con aplicación de jornada inferior a la ordinaria. En consecuencia, es más lógico entender que en estos casos el empresario no ha podido dar trabajo por causas imputables a él mismo, por lo que ha de soportar las consecuencias de su falta de previsión.

Una vez que se haya regulado en convenio la distribución irregular, hay que entender que esta es obligatoria para los trabajadores, sin embargo, podemos detectar convenios que introducen aquí una regla típica de las horas extraordinarias: la voluntariedad de las mismas. Así, es posible detectar convenios que regulan un principio básico de voluntariedad en la asunción de los incrementos de jornada cuando dicho incremento no afecta necesariamente a la totalidad de los trabajadores de la empresa o centro de trabajo, y en caso de no existir voluntarios que la asuman, se señala el establecimiento de sistemas rotatorios, o preferencias respecto de aquellos trabajadores que hayan sido menos afectados como consecuencia de la distribución irregular de la jornada<sup>186</sup>; o bien se considera voluntaria la participación de los trabajadores cuando la distribución irregular afecta a los descansos de fin de semana<sup>187</sup>. Podemos encontrar exclusiones de ciertos trabajadores a los efectos de incrementar la jornada (aquellos que disfrutan de una reducción de la jornada por responsabilidades familiares, o aquellos que no están en prestación de servicio para recuperar una distribución irregular de la jornada<sup>188</sup>). Incluso se prevé la posibilidad de que los trabajadores que puedan esgrimir algún impedimento lo comuniquen a la empresa a los efectos de su valoración<sup>189</sup>.

Sin embargo, junto a los convenios señalados, en los que se establece una regulación amplia o detallada de la distribución irregular, también es posible encontrar casos en los que la regulación convencional no es tan completa, por lo que sólo tenemos los límites legales como referencia normativa, que se reitera por el propio convenio<sup>190</sup>; si bien, al menos se regula el número de horas o el porcentaje de las mismas que pueden distribuirse irregularmente, que no tiene que ser necesariamente el 10% contenido en el art. 34.2 *in fine* ET, o bien un pequeño incremento al período de preaviso<sup>191</sup>; o en otras

---

extraordinarias hasta el tope anual de las 80; CC estatal para la Industria del Curtido, Correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería (BOE 2-8-2016), que establece que se abonarán como horas extraordinarias las horas de exceso no compensadas en el momento de la extinción; también el CC estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (BOE 10-8-2016), que establece un incremento del 25% sobre el valor de la hora ordinaria; de igual manera el CC de Unicamp Services, SL (BOE 21-4-2015).

<sup>186</sup> CC Estatal de perfumería y afines (BOE 19-1-2016); Refresco Iberia, SAU (BOE 2-5-2016); Cepl Iberia, SL (BOE 25-9-2015).

<sup>187</sup> Thyssenkrupp Elevadores, SL (BOE 16-10-2015).

<sup>188</sup> CC de Refresco Iberia, SAU (BOE 2-5-2016).

<sup>189</sup> CC de Refresco Iberia, SAU (BOE 2-5-2016).

<sup>190</sup> CC de Geodis Logistics Spain, SLU (BOE 5-3-2015).

<sup>191</sup> CC ESC Servicios Generales (BOE 2-2-2016); sector de empresas de publicidad (BOE 10-2-2016); Axafone Telecomunicaciones, SL (BOE 10-3-2015); Euro Pool System España, SLU (BOE 10-3-2015).

ocasiones se limita a reconocer la distribución irregular y a señalar simplemente alguno de los límites legales<sup>192</sup>; o se autoriza al empresario la distribución irregular, pero señalando un tope de incremento diario<sup>193</sup>.

En ocasiones encontramos que pese a intentar regular de manera adecuada la distribución irregular mediante el convenio, los negociadores incumplen alguno de los límites legalmente establecidos por el ET, como es el caso del preaviso<sup>194</sup>. Dicho límite es de derecho necesario absoluto y debe ser respetado por el empresario. Además, éste cuenta con otro instrumento diferente de la distribución irregular para hacer frente a aquellos casos en los que se sufren necesidades que deban ser respondidas de manera inmediata y que, consecuentemente, impedirían satisfacer el preaviso; me refiero, como no a las horas extraordinarias, para las que no se requiere preaviso alguno.

Normalmente el planteamiento que contienen los convenios colectivos en materia de distribución irregular es el del incremento de la jornada, pero en algunos casos se admite lo contrario, la flexibilidad inversa o reducción de la jornada por disminución de la carga de trabajo por reducción de la demanda de productos o servicios. Ello supone que la disminución de la jornada puede deberse normalmente a dos causas: o bien como consecuencia de la compensación por el incremento generado en una distribución irregular de la jornada; o bien, por la disminución de las necesidades productivas (lo que generará la posterior compensación con recuperación de jornada). En estos casos se establece la necesidad de preaviso tanto para la reducción como para la posterior recuperación de los defectos de jornada. Se especifica el número de horas en las que esta reducción es posible y se regula también la recuperación de las mismas, fijando plazos para ello<sup>195</sup>.

Es posible encontrar convenios colectivos que se limitan a una mera remisión a la regulación legal contenida en el art. 34.2 ET, de manera que la distribución irregular se realice conforme a lo establecido en dicho precepto<sup>196</sup>. En estos casos encontramos un problema interpretativo, pues dicho precepto establece la posibilidad de que mediante el convenio se establezca la distribución irregular de la jornada, y ante la falta de pacto, la empresa, por disposición legal, dispondrá de la capacidad de distribuir irregularmente hasta el 10% de la jornada. ¿Cómo han de interpretarse los casos en los que pese a la remisión legal al convenio, el propio convenio a su vez se remita a la ley? Entendemos que en estos casos la solución no puede ser aceptar que hay una especie de remisión sin fin de uno a otro, pues ello no nos conduciría a ninguna parte; al igual que tampoco es aceptable entender que la doble remisión significa la posibilidad de una distribución irregular anual del 100% de la jornada anual, pues ello no se establece de manera expresa por el convenio ni se deduce del mismo, al contrario, se establece que la distribución irregular se realice conforme a la regulación legal; por idénticos motivos tampoco es aceptable entender que se prohíbe la distribución irregular, pues no se establece de manera expresa, sino que se acepta la distribución irregular, conforme a la

---

<sup>192</sup> CC de Ticketbis, SL (BOE 23-5-2016); TM Resources, SL (BOE 23-5-2016).

<sup>193</sup> Sería el caso del CC estatal para el sector de actividades forestales (BOE 22-6-2016), que permite un incremento máximo de una hora diaria, a recuperar en otros momentos del año.

<sup>194</sup> Sería el caso de los CC NTV Logística, SA (BOE 2-2-2016); CC nacional para industrias de pasta alimenticia (BOE 22-4-2016); Refresco Iberia, SAU (BOE 2-5-2016); CC estatal regulador de las relaciones laborales entre los productores audiovisuales y actores que prestan servicios en las mismas (BOE 16-5-2016).

<sup>195</sup> Vid. el CC Estatal de perfumería y afines (BOE 19-1-2016), que en cuanto a la recuperación de los defectos de jornada plantea que se haga con incrementos de jornada dentro del año si la reducción se realizan en los ocho primeros meses del año; y en los primeros meses del año siguiente si la reducción afecta a los cuatro últimos meses del año.

<sup>196</sup> Vid. por ejemplo el CC de A&G Ayora Gea Transportes Petrolíferos, SA (BOE 21-4-2016); Ursula Consulting, SLU (BOE 26-2-2015); Altura, Drenajes y Contenciones, SL (BOE 3-10-2015); Grupo de empresas VIPS (BOE 19-11-2015).

norma legal. Consecuentemente, entendemos que la única solución viable es la de aplicar la regla legal (a la que se remite el convenio, pues se aplicará la distribución irregular conforme a la regulación legal); es decir, entender aplicable el 10% de distribución irregular de jornada al que hace referencia el art. 34.2 ET.

De otro lado, también podemos encontrar convenios colectivos de sector que se remiten en su regulación a la posibilidad de que por acuerdo de empresa pueda establecerse la distribución irregular de la jornada<sup>197</sup>, o bien el convenio de sector se remite al acuerdo a nivel de empresa, pero con la previsión de un sistema de distribución irregular aplicable en defecto de acuerdo, evitando así que pueda bloquearse la distribución irregular en caso de falta de acuerdo<sup>198</sup>. También es posible encontrar convenios colectivos de empresa, que se remiten a un acuerdo con los representantes de los trabajadores<sup>199</sup>. Para rizar aún más el rizo, también hay convenios de empresa que se remiten al convenio de sector<sup>200</sup>. Con esta regulación estamos dentro del marco de lo previsto por el art. 34.2 ET, pues esta norma prevé, como hemos señalado, que la distribución irregular pueda establecerse bien por convenio colectivo, o bien por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. En todo caso ante una regulación de estas características ha de advertirse que sigue siendo de aplicación lo previsto por el art. 34.2 ET como solución a las situaciones en las que no haya regulación convencional: el empresario dispondrá de la capacidad para distribuir de manera irregular hasta el 10% de la jornada anual.

Un supuesto un tanto diferente es el de aquellos convenios que regulan expresamente un tope anual, con una jornada mensual fija, pero admitiendo la posibilidad de que se pueda negociar entre la empresa y los representantes de los trabajadores otra distribución del cómputo de trabajo, admitiéndose la jornada irregular, previa información a los representantes de los trabajadores; o incluso admitiendo la posibilidad de que la empresa pueda establecer una distribución distinta de la establecida, mediante pactos individuales o grupales en los que podrán intervenir los representantes de los trabajadores<sup>201</sup>. En estos casos es evidente que, pese a establecer una jornada fija, se admite la capacidad del empresario para la distribución irregular de la jornada<sup>202</sup>; pero el problema es obvio: el convenio asume simplemente la posibilidad de una distribución irregular de la jornada, sin establecer ninguna otra regulación; es decir, con sólo los límites legales. La cuestión afecta fundamentalmente a la cuestión de cuál es el tope de jornada que pueda distribuirse irregularmente, pues no parecería admisible que el 100% de la jornada pueda distribuirse irregularmente, dado que ello supondría dejar totalmente en manos del empresario la distribución de la jornada cada día de trabajo del año, lo que supondría una falta de especificación de una cuestión esencial en el objeto del contrato de trabajo. Entendemos que en estos casos, por analogía debería aplicarse el 10% del art. 34.2 ET. De otro lado, estimamos que al pactarse una jornada anual, en estos casos dicha jornada no podría verse superada por la distribución irregular.

Otras situaciones anómalas pueden detectarse en convenios colectivos que admiten que la empresa pueda establecer una distribución del tiempo de trabajo distinta de la pactada, a través de pactos individuales o “grupales” (parece que se refiere a acuerdos plurales pero que no llegan a ser colectivos, aún cuando esta conclusión es

---

<sup>197</sup> CC Estatal de perfumería y afines (BOE 19-1-2016); CC Estatal de acción e intervención social (BOE 3-7-2015); Estatal de jardinería (BOE 2-2-2106).

<sup>198</sup> CC general de trabajo de la industria textil y de la confección (BOE 21-8-2015).

<sup>199</sup> CC de Prosegur BPO España, SL (BOE 16-2-2016); Minas de Almadén y Arrayanes, SA (BOE 14-1-2016).

<sup>200</sup> Es el caso de Mercedes Benz Retall, SA (BOE 7-2-2015).

<sup>201</sup> CC Cia Levantina de Bebidas Gaseosas, SAU (BOE 23-2-2016).

<sup>202</sup> CC de Grupo de empresas Rodilla UBOE 21-1-2016); ESC Servicios Generales, SL (BOE 2-2-2016).



dudosa), sin intervención de los representantes de los trabajadores, salvo que los propios trabajadores lo soliciten, regulación que presenta evidentes dudas de respecto a la regulación legal contenida en el art. 34 ET y que entendemos no pueden resolverse con el argumento de que el convenio colectivo lo autoriza<sup>203</sup>.

Para terminar, podemos encontrar, si bien limitadamente, regulaciones relativas a la integración entre el derecho empresarial a la distribución irregular y los derechos de los trabajadores a la conciliación familiar. El supuesto que genera situaciones de conflicto es aquel en que se produce un incremento de la jornada de trabajo, pues ello puede impedir que el trabajador pueda hacer frente a sus responsabilidades y pueda satisfacer el derecho del que es titular; no obstante, tampoco debe descartarse, *a priori*, que la reducción de jornada pueda suponer también dificultades para el ejercicio de los derechos laborales de conciliación. En cuanto a la regulación que podemos encontrar en los convenios analizados, hace referencia sobre todo a la limitación que se impone al empresario en el uso de la distribución irregular de la jornada, de manera que los incrementos o prolongación de jornada no afecte a aquellos trabajadores que disfrutan de derechos de conciliación<sup>204</sup>.

## **7. Pactos en negociación colectiva dirigidos a flexibilizar la regulación del tiempo de trabajo: bolsa de horas y otros pactos**

Nos referimos ahora a todo un conjunto de mecanismos si bien no están reconocidos expresamente por la normativa legal, están relacionados con la distribución irregular de la jornada e incluso pueden configurarse hasta cierto punto como modalidades de la misma.

Una cuestión íntimamente ligada con el tema de la distribución irregular de la jornada es el de las bolsas de horas. Es un fenómeno, que si bien no está reconocida expresamente por la regulación legal, si se ha incorporado a la negociación colectiva, adoptando diferentes denominaciones, si bien la más extendida es justamente la de bolsa de horas. Esta consiste en la posibilidad de que el empresario disponga de un conjunto de horas pactadas en convenio colectivo, que forman parte de la jornada máxima de trabajo, y que están destinadas a incrementar la jornada de trabajo cuando el empresario lo requiera por existir un aumento de las necesidades productivas<sup>205</sup>. En otros casos, lo que se establece es un conjunto de horas añadidas a la jornada pactada en convenio colectivo, y que no forma parte realmente de la jornada máxima anual, pero que quedan a disposición del empresario en caso de incremento de las necesidades productivas<sup>206</sup>. Por lo tanto, estamos ante un mecanismo a disposición del empresario dirigido a hacer frente a aumentos puntuales del trabajo<sup>207</sup>. Tal como señala GOÑI SEIN, se trata de un

---

<sup>203</sup> Vid. CC de Cia Levantina de Bebidas Gaseosas, SAU (BOE 23-2-2016).

<sup>204</sup> En este sentido el CC estatal para el sector de ortopedias y ayudas técnicas (BOE 15-3-2016), que señala la no aplicación de la distribución irregular de la jornada a los trabajadores con reducción de jornada o limitación de permanencia por cuidado de menores, embarazo o período de lactancia. También el CC de Refresco Iberia, SAU (BOE 2-5-2016), que señala que la distribución irregular no afectará obligatoriamente a los trabajadores que se encuentren en reducción de jornada, salvo que estos lo decidan voluntariamente. De otro lado el CC general para la Industria química (BOE 19-8-2015), señala que la prolongación de jornada consecuencia de la distribución irregular no podrá ser de aplicación a trabajadores que tengan limitada su presencia por razones de seguridad, salud, cuidado de menores, embarazo o períodos de lactancia. De igual modo el CC del sector laboral de restauración colectiva (BOE 22-3-2016); o el CC estatal para la Industria del Curtido, Correas y cueros industriales y curtición de piles para peletería (BOE 2-8-2016).

<sup>205</sup> En este sentido RODRIGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: *La flexibilidad (...)*, op. cit., página 92. Vid. CC estatal del sector del corcho (BOE 14-10-2016).

<sup>206</sup> LOPEZ ALVAREZ, M.J.: Op. cit., página 64; RODRIGUEZ PASTOR, G.E.: Op. cit., página 93.

<sup>207</sup> RODRIGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: “Instrumentos de gestión flexible (...)”, op. cit., página 740.

instrumento que permite la ampliación de la jornada ordinaria, pero sin sujeción a un período determinado, ni a limitaciones diarias<sup>208</sup>. Lógicamente en este caso el principal límite que ha de respetar la bolsa de horas es la de la jornada máxima anual prevista legalmente por el art. 34.1 ET; en caso contrario, deberían considerarse como horas extraordinarias todas las que, en base a dicha bolsa de horas, superen dicho límite.

Dado que se trata de un mecanismo no previsto por la regulación legal, surge la cuestión de si ha de respetar los límites de jornada regulados en el ET (9 horas diarias, 12 horas de descanso entre jornadas, el descanso semanal y las 40 horas semanales), cuestión a la que debe responderse de manera afirmativa (especialmente en el caso del descanso entre jornadas, pues en los otros supuestos es posible, como sabemos no cumplir con tales topes, siempre que se haga a través de la negociación colectiva). Por otra parte, al suponer un incremento de la jornada, sería conveniente aplicar también el plazo de preaviso mínimo de 5 días. Surge así la cuestión relativa a su confusión con la distribución irregular. En realidad, esta confusión se produce cuando se establece el procedimiento para reducir o compensar los excesos de jornada, pues en estos casos realmente estaremos ante un mecanismo que en poco o nada se diferencia de la distribución irregular de la jornada<sup>209</sup>. Ello supone que en la mayoría de los casos en los que se plantea una “bolsa de horas” realmente estaremos ante un supuesto de distribución irregular de la jornada, pues en puridad la bolsa de horas supone reservar un conjunto de horas del tope anual, para distribuir las por el empresario cuando estime oportuno.

La regulación expresa de esta cuestión suele ser compleja, reconociéndose un número de horas o días anuales en concepto de bolsa para que de manera flexible el empresario lo utilice cuando hay necesidades y cargas de trabajo, ya sea en la empresa o en una concreta sección de la misma o unidad productiva<sup>210</sup>. Se suele regular que la bolsa pueda suponer tanto el incremento de días de trabajo convirtiendo en laborables días que en convenio se establecen como no laborables; como el aumento de horas en días concretos<sup>211</sup>. Lógicamente también suele regularse los procedimientos de compensación de los saldos generados y los preavisos con los que ha de notificarse la alteración a los trabajadores<sup>212</sup>. En algunos casos también se regula el procedimiento de compensación en caso de extinción de los contratos de trabajo<sup>213</sup>. Como vemos, en realidad esta regulación supone simplemente denominar a la distribución irregular como bolsa de horas, pues se trata de la misma cuestión. Para complicar aún más la cuestión hay que señalar la existencia de convenios que tras regular la distribución irregular de la jornada, se regula a continuación la existencia de bolsa de horas, con idénticos límites de preaviso y con reglas sobre compensación de excesos y defectos de horas<sup>214</sup>. En definitiva, aparentemente podemos afirmar que en realidad ese mecanismo denominado “bolsa de horas”, en la mayoría de los casos, es un supuesto de distribución irregular de la jornada.

---

<sup>208</sup> Op. cit., página 121.

<sup>209</sup> Vid. CC del grupo de empresas Maxam (BOE 14-1-2015); Vigilancia Integrada, SA (BOE 10-2-2015); estatal de industria metalgráfica y de fabricación de envases metálicos (BOE 11-8-2015).

<sup>210</sup> Vid. CC del grupo de empresas Maxam (BOE 14-1-2015).

<sup>211</sup> Vid. CC del grupo de empresas Maxam (BOE 14-1-2015).

<sup>212</sup> Vid. CC del grupo de empresas Maxam (BOE 14-1-2015); en este caso, dado que se trata de un supuesto que más que una verdadera bolsa de horas, se trata de un auténtico supuesto de distribución irregular de la jornada, tales períodos de preaviso deberían respetar los plazos del art. 34.2 ET, cosa que no se hace en la totalidad de la regulación. De igual manera el CC estatal para la Industria del Curtido, Correos y cueros industriales y curtición de pieles para peletería (BOE 2-8-2016).

<sup>213</sup> Vid. CC del grupo de empresas Maxam (BOE 14-1-2015).

<sup>214</sup> CC Grupo Constant Servicios Empresariales, SLU (BOE 19-8-2015).

Un buen ejemplo de lo anterior lo podemos localizar en convenios que, de manera alternativa a la distribución irregular, establecen la posibilidad de una bolsa de horas. Al analizar la regulación de dicha bolsa de horas se constata que en realidad lo que se establece es la posibilidad de una mayor o menor realización de la jornada diaria, previéndose la compensación de los excesos o defectos, e incluso tomando reglas del art. 34.2 ET como la necesidad de preavisar al trabajador. Todo ello evidencia que en realidad estamos simplemente ante supuestos de distribución irregular de la jornada<sup>215</sup>. En otros casos, pese a la denominación de bolsa de horas, se está regulando un sistema en el que en “aquellos meses con déficit de horas se puedan compensar con la realización de los excesos de jornada en aquellos meses que se produzcan, en el mismo o distinto servicio del trabajador”<sup>216</sup>.

En algún caso podemos encontrar un fenómeno totalmente diferente, pero también vinculado a la distribución irregular: bolsas de horas conformadas con las horas de descanso y las horas derivadas de compensaciones por exceso, así como los días de libre disposición, a los efectos de que los trabajadores puedan disfrutar de días de descanso siempre que haya acuerdo con el empresario<sup>217</sup>.

En actividades comerciales es posible encontrar regulaciones relativas a la realización de inventarios, a tenor de las cuales, en aquellos casos en los que el trabajador emplee en la realización del inventario más tiempo del establecido como jornada ordinaria, la empresa podrá optar entre abonar una compensación económica pactada o bien compensarlo con tiempo de descanso<sup>218</sup>. Se trata de una regulación intermedia entre las horas extraordinarias (si bien, aparentemente, parece que son horas obligatorias) y la distribución irregular (si bien limitada en estos casos a situaciones concretas y determinadas, como el desarrollo del inventario). Esta regulación puede convivir perfectamente con la regulación en el propio convenio de la distribución irregular de la jornada. También en este ámbito se plantean acuerdos en negociación colectiva para flexibilizar los horarios hasta 30 minutos sobre el horario de apertura y cierre<sup>219</sup>.

De otro lado, también encontramos pactos relativos a la recuperación de la jornada no realizada. En principio este tipo de acuerdo es perfectamente asumible como consecuencia de una distribución irregular de la jornada de trabajo, pues se prevé expresamente la cuestión como compensación de los defectos de jornada que pueden generarse en estos supuestos (art. 34.2 ET). El problema va a plantearse en aquellos casos en los que el acuerdo se recoja sin conexión a una posible distribución irregular de la jornada, y se plantee la necesidad de que el trabajador recupere la jornada no realizada<sup>220</sup>. En estos casos, al estar desconectada la situación de una distribución irregular de la jornada no cabe más alternativa que considerar aplicable lo dispuesto por el art. 30 ET, que recordemos establece que en aquellos casos en los que el trabajador no pudiera prestar sus servicios por retraso del empresario en darle trabajo, motivado por causas imputables al mismo y no al trabajador, éste conservará su derecho al salario, sin que pueda compensarse el tiempo de trabajo perdido con otro trabajo realizado en

---

<sup>215</sup> CC sector fabricantes de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados (BOE 2-3-2016).

<sup>216</sup> CC Ilunión Se guridad, SA (BOE 5-4-2016). Para aumentar la confusión, se establece en este convenio que si al finalizar el año el trabajador ha realizado un exceso de horas, se retribuirán como horas extraordinarias.

<sup>217</sup> CC Grupo Constant Servicios Empresariales, SLU (BOE 19-8-2015).

<sup>218</sup> CC Supersol Spain, SLU, Cashdiplo, SLU y Superdistribución Ceuta, SLU (BOE 12-1-2016); Dealz España, SL (BOE 5-2-2016).

<sup>219</sup> CC General Óptica, SA (BOE 4-11-2015).

<sup>220</sup> Sería el caso, por ejemplo del CC estatal de empresas de seguridad (BOE 12-1-2015), en el que se establece que “(...) si un trabajador por las necesidades del servicio no pudiese realizar su jornada mensual, deberá compensar su jornada, en el mismo o distinto servicio, en los dos meses siguientes”.

otro momento. Es decir, estas cláusulas pueden ser consideradas ilegales al estar desconectadas de una situación de distribución irregular de la jornada de trabajo<sup>221</sup>.

En otros casos podemos encontrar regulados fuera de las normas sobre distribución irregular, supuestos de prolongación de jornada por circunstancias no programadas. En realidad en estos casos estamos ante un supuesto de distribución irregular dinámico, por lo que resultan de aplicación los límites del art. 34.2 ET<sup>222</sup>.

Otro de los supuestos detectados es el llamado “exceso de calendario”: la diferencia entre la jornada anual pactada y los días que resulten laborables. Dicho exceso será de libre disposición para la empresa, configurándose en algo parecido a la verdadera bolsa de horas<sup>223</sup>.

También hay pactos sobre horarios especiales, a tenor de los cuales la empresa podrá atender necesidades, al alza o a la baja del servicio, previa consulta y conformidad con los representantes de los trabajadores, alterando los horarios de inicio y fin de la actividad<sup>224</sup>. De igual manera, se establecen pacto de flexservice, a tenor de los cuales, el personal dedicado a reparación y asistencias, podrán trabajar fuera de las franjas horarias fijadas por el convenio para atender a los usuarios de la empresa<sup>225</sup>.

## 8. Disponibilidad y mecanismos similares

Desde la perspectiva de la adecuación del tiempo de trabajo a las necesidades empresariales, podemos señalar como la negociación colectiva admite mecanismos a través de los cuales se facilita que el empresario pueda obligar al trabajador a incorporarse al trabajo cuando disfruta de su ocio o descanso. Así, no es extraño encontrar reglas sobre disponibilidad del trabajador; es decir, normas por las que, estando el trabajador en su período de descanso o de ocio, puede ser llamado por necesidades empresariales a desarrollar prestación de trabajo. Ello supone, sobre todo una evidente ruptura de la periodicidad en el reparto del tiempo de trabajo y el tiempo de descanso, introduciendo más flexibilidad en la distribución de la jornada de trabajo.

Cuando nos referimos al tema de la disponibilidad, hay que realizar una primera aclaración: en realidad los mecanismos que hemos analizado hasta ahora consistentes en la distribución irregular de la jornada (en el caso en que sea dinámica y no estática) o las bolsas de horas, así como los mecanismos de horas extraordinarias (especialmente aquellas en que el trabajador se obliga por convenio o contrato a su realización), son verdaderos mecanismos de disponibilidad, si bien indirecta, pues en realidad a través de los mismos el trabajador va a ser llamado a la realización de prestación de trabajo no prevista y en algún caso (como las horas extraordinarias) sin plazo específico de preaviso. Tal como ha señalado algún autor, estamos ante una disponibilidad consecuencia de la variabilidad del mercado, debiendo distinguirse entre disponibilidad indirecta (la que acabamos de señalar) y la disponibilidad directa, aquella en la que se

---

<sup>221</sup> Cuestión diferente es que se pacte la recuperación de horas no trabajadas debidas a causas de fuerza mayor, accidentes atmosféricos o cualquier causa no imputable a la empresa, tal como regula el CC de Ursula Consulting, SLU (BOE 26-2-2015). No obstante, hay que analizar con cierto detenimiento si todos los supuestos que pueden recogerse en un convenio colectivo como situaciones no imputables al empresario, realmente lo son (ejemplo, falta de suministro eléctrico, pues este puede deberse a múltiples causas).

<sup>222</sup> Vid. CC estatal de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares (BOE 15-7-2015).

<sup>223</sup> CC BSH Electrodomésticos España, SA, Servicio BSH al cliente, zona 5, levante (BOE 2-8-2016).

<sup>224</sup> CC BSH Electrodomésticos España, SA, Servicio BSH al cliente, zona 5, levante (BOE 2-8-2016).

<sup>225</sup> CC BSH Electrodomésticos España, SA, Servicio BSH al cliente, zona 5, levante (BOE 2-8-2016).

contrata expresamente estar a disposición del empresario<sup>226</sup>, fenómeno que vamos a analizar ahora.

Con la disponibilidad directa estamos haciendo referencia a una cuestión de primer orden: la delimitación del trabajo. El art. 34 ET se refiere a diferentes topes de jornada, pero en todos ellos se habla de horas de “trabajo efectivo”. Este precepto, sin embargo, no establece qué ha de entenderse por esta cuestión, y no delimita este concepto. Sin embargo, tradicionalmente se ha entendido que el art. 34.5 ET, aún sin referirse expresamente a este concepto, sin embargo delimita que ha de entenderse por tiempo de trabajo efectivo: “El tiempo de trabajo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo”. A partir de aquí lo que se plantea es cómo entender situaciones en las que el trabajador está a disposición del empresario durante su período de descanso para que este lo llame cuando tenga necesidad de reincorporarlo a la prestación de trabajo.

En realidad podemos encontrar situaciones diferenciadas, que giran en torno a esta idea de trabajador que se encuentra descansando pero que se obliga a reincorporarse al trabajo por necesidades empresariales. Así, un primer fenómeno es el de los trabajadores que se comprometen con la empresa para estar localizables y reintegrarse al trabajo cuando esta lo demande<sup>227</sup>. Se trata de estar disponibles para el empresario, estando fuera del puesto de trabajo<sup>228</sup>. Durante este período no desarrollan prestación de trabajo, disfrutan de descanso, pero están a disposición de la empresa, que podrá llamarlos en cualquier momento y deberán incorporarse de manera inmediata al trabajo; es la “disponibilidad” o “localización”<sup>229</sup>, denominación a la que suele añadirse otras más confusas (por utilizarse la misma denominación para finalidades diferentes de la disponibilidad) como la de “retén”<sup>230</sup> o “guardia”<sup>231</sup>. Ello supone que el trabajador pone a disposición del empresario tiempo que, en principio, es suyo, pues no es tiempo

---

<sup>226</sup> Sobre esta distinción vid. RODRIGUEZ SANZ DE GALDEANO, R.: “La regulación de los tiempos de disponibilidad (presencia y localización) del trabajador en el derecho comunitario y en el derecho interno”, *Justicia Laboral* nº 41 (2010), páginas 52 y 53.

<sup>227</sup> TRILLO PARRAGA, F.: Op. cit., página 43.

<sup>228</sup> MONREAL BRINGSVAERD, E.: “El cómputo del tiempo de trabajo”, *Revista de Derecho del Trabajo* nº 128 (2005), página 480.

<sup>229</sup> Señala el CC de empresas vinculadas a Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones, SAU (BOE 21-1-2016), que se entiende por disponibilidad, “la situación del trabajador que, a petición de la Empresa, se encuentra, fuera del horario de trabajo habitual, en situación de localización inmediata para incorporarse al trabajo en caso de necesidad”.

<sup>230</sup> Así el CC de Mantenimiento y Montajes Industriales, SA (BOE 29-4-2016), señala que la modalidad de retenes consiste “en que el productor afectado fuera del centro de trabajo debe ser localizable en todo momento para cumplir cualquier necesidad afecta al servicio”. Sin embargo, también podemos encontrar convenios que se refieren a los retenes como la obligación que asumen los trabajadores de incorporar una parte sustancial de la plantilla a la prestación de trabajo, ciertos días del año, abonando en este caso dicha prestación como horas extraordinarias; así el CC de Nokia Solutions and Networks Spain, SL (BOE 25-4-2015).

<sup>231</sup> Así, el CC de Hewlett Packard Customer Delivery Services, SL (BOE 19-4-2016), señala que se denomina “guardia de Stand-By a aquella situación en la que el trabajador debe estar localizable fuera de su horario de trabajo habitual por si fuera requerido por CDS para prestar sus servicios. Esta guardia, en tanto en cuanto el trabajador no tanga que realizar ninguna intervención no tendrá la consideración de tiempo efectivo de trabajo ni de tiempo de presencia sino que debe considerarse simplemente un período de tiempo en el cual el trabajador está a disposición de la Empresa”. El CC de Telefónica Ingeniería de Seguridad, SAU, señala sobre las guardias o disponibilidades que “El servicio de guardia establecido para la atención de los Contratos de Mantenimiento o actuaciones puntuales requeridas por la empresa, fuera de la jornada laboral, tendrá carácter obligatorio de forma que los empleados que realicen estas funciones deben encontrarse disponibles en situación de localización inmediata para incorporarse al servicio en caso de necesidad”.

de trabajo<sup>232</sup>. Es evidente lo que ello supone para el empresario, pues a través de flexibilizar el tiempo de trabajo sometiendo al trabajador a un régimen de disponibilidad, lo que se consigue es que el empresario consiga ahorrar los costes de contar con un servicio permanente de mantenimiento o de atención a usuarios con dificultades técnicas. Evidentemente la atención de estas cuestiones fuera de un horario comercial por un equipo permanente podría suponer un importante gasto para la empresa, cuando el nivel de actividad de estos trabajadores puede ser realmente muy reducido<sup>233</sup>. Ello parece aceptable cuando estamos ante empresas cuyos procesos productivos en los que hay actividades instrumentales que auxilian al buen funcionamiento del proceso productivo fundamental (pensemos en actividades de mantenimiento fuera del horario normal de producción, o atención de averías que se producen fuera del horario comercial o del horario de actividad de la empresa); pero es más cuestionable en aquellas actividades productivas en los que la propia actividad se caracteriza por la inestabilidad permanente, de manera que hay una necesidad constante de atención (pensemos, por ejemplo, en servicios funerarios). Es posible detectar convenios colectivos que utilizan la disponibilidad de una forma mucho más amplia que la mera cobertura de necesidades en períodos en los que hay escasa o nula actividad productiva, de manera que se utiliza la disponibilidad para la cobertura de las ausencias de los trabajadores (excepto las ausencias que expresamente se señalan en el propio convenio)<sup>234</sup>, lo cual invade hasta cierto punto el objetivo o finalidad de las horas extraordinarias, funcionando así como alternativa a este otro mecanismo.

También cabe señalar cómo algún convenio justifica la existencia de estos mecanismos de disponibilidad como un instrumento para mejorar la conciliación de la vida familiar y laboral, al ser situaciones que suelen producirse durante momentos como fin de semana o festivos, en los que la actividad es bastante baja o incluso nula<sup>235</sup>.

Para el adecuado funcionamiento de este sistema de disponibilidad, el trabajador debe estar localizable, ello supone que el empresario facilitará al trabajador los medios oportunos para poder localizarlo cuando sea necesaria su incorporación al trabajo.

Como es lógico, existen alternativas a la disponibilidad o localización, la más evidente es la posibilidad de organizar horarios especiales de trabajo para atender las necesidades de la empresa en período nocturno o en fines de semana<sup>236</sup>, o bien aprovechar las posibilidades del trabajo a turno, que podrá extenderse durante toda la semana, o bien la contratación de trabajadores a tiempo parcial que sólo desarrollan prestación de servicios durante tales períodos<sup>237</sup>. En todos estos casos el trabajador se incorpora a desarrollar su prestación de trabajo; mientras que el trabajador en situación de disponibilidad está en período de descanso, localizable por parte del empresario y con la obligación de incorporarse al trabajo sólo cuando es llamado por este.

En todo caso, el buen funcionamiento de la empresa a través de este mecanismo tiene una evidente y negativa implicación sobre los trabajadores, pues ello supone una

---

<sup>232</sup> RODRIGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: *Flexibilidad de la jornada* (...), op. cit., página 113.

<sup>233</sup> Tal como afirma expresamente el CC de Fertiberia, SA (BOE 25-8-2015) refiriéndose al retén de mantenimiento, “tiene por objeto cubrir las necesidades de la fábrica, en cuanto a atender emergencias o averías que se produzcan en sus instalaciones, durante las horas comprendidas fuera del horario normal de trabajo, así como en festivos, sábados y domingos, para lo cual el trabajador incluido en este sistema deberá estar localizable y disponible con la obligación de acudir a fábrica en cualquier momento durante su semana de Retén”.

<sup>234</sup> CC de Repsol Petróleo, SA (BOE 12-8-2016).

<sup>235</sup> CC de empresas vinculadas a Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones, SAU (BOE 21-1-2016); BSH Electrodomésticos España, SA, Servicio BSH al cliente (BOE 2-8-2016); Vestas Eólica, SAU (BOE 12-8-2016); Teleinformática y Comunicaciones, SAU (BOE 17-8-2016).

<sup>236</sup> Así, podemos señalar, como ejemplo el CC de Automáticos Orenes, SLU (BOE 6-6-2016).

<sup>237</sup> Vid. sobre estas posibilidades el CC de Lidl Supermercados, SAU (BOE 8-6-2016).

reducción de la libertad que tiene para disfrutar de su tiempo de descanso como estime más oportuno: si bien tradicionalmente se ha contrapuesto la noción de tiempo de trabajo (tiempo durante el cual el trabajador permanece subordinado al empresario y desarrollando su prestación), frente a la de tiempo de descanso (período de no trabajo<sup>238</sup>, durante el que no existe subordinación); lo cierto es que a través de este tipo de pacto se genera una extensión de las facultades directivas que llega a interferir con la posibilidad de que el trabajador pueda desarrollar fuera de la empresa una actividad social ordinaria, aportando, por tanto, dosis de alienación a la situación laboral. En definitiva, estamos ante una situación en la que la contraposición a tiempo de trabajo deja de ser la plena libertad de organización por parte del trabajador de su propio tiempo libre o de descanso, pues en cualquier momento puede ser llamado por el empresario. Paralelamente este sistema implica una ampliación de las facultades directivas del empresario, pues estas alcanzan, no sólo al tiempo de trabajo en que el trabajador desarrolla efectivamente su prestación, sino que incluso pueden ejercerse las facultades empresariales durante el tiempo de descanso del trabajador; lo cual no deja de ser, desde nuestro punto de vista, una efectiva intromisión empresarial en los períodos de descanso<sup>239</sup>.

No existe en nuestro ordenamiento una regulación legal o reglamentaria sobre esta cuestión, lo que ha favorecido que los convenios colectivos puedan establecer este mecanismo de flexibilidad en el tiempo de trabajo; de hecho la jurisprudencia viene admitiendo que a través de convenios colectivos pueda pactarse esta cuestión, favoreciendo así la mayor flexibilización de la jornada de trabajo, si bien reconoce ciertamente la posibilidad de que este tipo de acuerdo pueda ser utilizado de manera abusiva por parte empresarial. En este caso, la aplicación de una regulación abusiva, implica la falta de validez de las órdenes empresariales y la posibilidad de que el trabajador se niegue a cumplir las órdenes empresariales en tales casos<sup>240</sup>. Un ejemplo de abusividad, a mi juicio, es la de aquellos convenios que establecen la obligación de los trabajadores de permanecer durante la situación de disponibilidad en su domicilio o en su proximidad<sup>241</sup>: cierto es que la finalidad de la disponibilidad o retenes es facilitar que el trabajador pueda volver de manera inmediata o lo más inmediata posible a la empresa para reiniciar la prestación de trabajo, pero ello no es causa para intentar imponer al trabajador la obligatoriedad de permanecer en un lugar determinado. También encontramos que son acuerdos que pueden lindar con la ilegalidad, aquellos que establecen situaciones de disponibilidad de 24 horas, sin que ello suponga una ampliación de la jornada anual, pero sin referencia alguna a los límites del descanso diario entre jornadas, ni el descanso semanal, pues ello podría conducir al incumplimiento de tales límites<sup>242</sup>. En todo caso, hay que entender que estos límites legales son de carácter público y, por tanto, aplicables.

En cuanto a la forma de regular estos casos de disponibilidad, podemos encontrar convenios que establecen la situación de disponibilidad entre ciertas categorías de trabajadores (mantenimiento, asistencia técnica a usuarios, soporte

---

<sup>238</sup> Recordemos como la Directiva 2003/88/CEE define el período de descanso como “todo período que no sea tiempo de trabajo” (art. 2.2).

<sup>239</sup> Por cierto, que esto pone de manifiesto como cada vez son más frecuentes las situaciones en las que se produce una intromisión del período de trabajo y de la actividad productiva, de la subordinación en definitiva, en la esfera privada del trabajador. Sobre esta cuestión, SUPLOT, A.: “Alla ricerca della concordanza dei tempi (le disavventure europee del «tempo di lavoro»)”, *Lavoro e Diritto* n° 1 de 1997, página 21.

<sup>240</sup> En este sentido podemos ver la STS de 6 de julio de 2006, RJ 2006\6636.

<sup>241</sup> Sería el caso del CC de HM Clause Ibérica, SA (BOE 11-2-2015).

<sup>242</sup> CC del Grupo ASV Servicios Funerarios, (BOE 26-2-2015).

técnico, etc.)<sup>243</sup> o trabajadores con una determinada experiencia<sup>244</sup>, siendo normal el establecimiento de rotaciones o sistemas de distribución entre los diferentes trabajadores<sup>245</sup>, pudiendo establecerse turnos de duración semanal<sup>246</sup>. Otra alternativa que no resulta extraña es el establecimiento en convenio colectivo de un criterio de voluntariedad, de manera que sólo ante la falta de trabajadores voluntarios se procederá a incorporar de manera obligatoria a los trabajadores necesarios, aplicándose normalmente un criterio de rotación en estos casos<sup>247</sup>, criterio relacionado con el número de disponibilidades que haya cubierto el trabajador a lo largo del año o de un período de referencia, de manera que el designado sea el trabajador con un menor número de ellas<sup>248</sup>.

Será obligación de los trabajadores que contacten con los responsables o quien requiera su intervención en un período determinado de tiempo<sup>249</sup>, o bien presentarse en la empresa en un plazo de tiempo determinado<sup>250</sup>; todo ello previa localización, para lo cual la empresa facilita al trabajador un medio adecuado para ello<sup>251</sup>; no obstante, en algún convenio es el trabajador quien ha facilitar a la empresa un número de teléfono donde éste podrá ser localizado<sup>252</sup>, lo cual es paradójico, pues ello supone siempre que el trabajador ha de realizar una inversión económica para poder estar a disposición del empresario. Es posible que en empresas de alto nivel tecnológico, los trabajadores en situación de disponibilidad no tengan que desplazarse físicamente, pudiendo realizar la atención de manera remota<sup>253</sup>. En todo caso, cuando los sistemas tienen carácter rotatorio, los trabajadores han de tener derecho a conocer que pasan a situación de disponibilidad con una antelación suficiente para poder adaptar sus necesidades familiares a esta situación. Tampoco es extraño que los convenios ofrezcan a los trabajadores la posibilidad de acuerdos entre trabajadores para cambiar los turnos de disponibilidad, siempre y cuando la empresa tenga conocimiento con antelación suficiente<sup>254</sup>.

Ciertamente en estos casos no podemos estar ante tiempo de trabajo efectivo cuando el trabajador se compromete a una situación de disponibilidad, pues el trabajador está en situación de descanso, estando incluso fuera del centro de trabajo y disfrutando de sus períodos de ocio<sup>255</sup>: el trabajador se compromete a estar localizable para el empresario y a acudir a la empresa para reincorporarse al trabajo cuando la empresa se lo demande; pero es claro que durante estos períodos el trabajador está descansando o disfrutando de su ocio<sup>256</sup>, sin desarrollar prestación alguna de trabajo, tal

---

<sup>243</sup> CC de Alcatel Lucent España, SAU (BOE 10-2-2015); CC de Fertiberia, SA (BOE 25-8-2015).

<sup>244</sup> CC de HM Clause Ibérica, SA (BOE 11-2-2015).

<sup>245</sup> CC de Alcatel Lucent España, SAU (BOE 10-2-2015).

<sup>246</sup> CC de HM Clause Ibérica, SA (BOE 11-2-2015).

<sup>247</sup> CC de Fertiberia, SA (BOE 25-8-2015); Mantenimiento y Montajes Industriales, SA (BOE 29-4-2016); Telefónica Ingeniería de Seguridad, SAU (BOE 28-6-2016); Teleinformática y Comunicaciones, SAU (BOE 17-8-2016).

<sup>248</sup> CC de Repsol Petróleo, SA (BOE 12-8-2016).

<sup>249</sup> CC de Alcatel Lucent España, SAU (BOE 10-2-2015).

<sup>250</sup> CC de HM Clause Ibérica, SA (BOE 11-2-2015).

<sup>251</sup> CC de Fertiberia, SA (BOE 25-8-2015); BSH Electrodomésticos España, SA, Servicio BSH al cliente (BOE 2-8-2016).

<sup>252</sup> CC de Repsol Petróleo, SA (BOE 12-8-2016).

<sup>253</sup> CC de Alcatel Lucent España, SAU (BOE 10-2-2015).

<sup>254</sup> No obstante, algún convenio colectivo recoge la posibilidad de preavisar al trabajador hasta el último día laborable dentro del horario ordinario, tal como ocurre con el CC de Vestas Eólica, SAU (BOE 12-8-2016).

<sup>255</sup> En este sentido MONREAL BRINGSVAERD, E.: “El computo del tiempo (...)”, op. cit., página 480.

<sup>256</sup> STS de 29 de noviembre de 1994, RJ 1994\9246: “La mera situación de disponibilidad, en la que el trabajador tan sólo está localizable y a disposición de la empresa, no implica, por sí sola, el desarrollo de ningún trabajo y por ende está claramente fuera de la jornada laboral y no puede en absoluto ser calificada



como destaca la doctrina laboral<sup>257</sup>. Sin embargo, en estos casos es habitual que el trabajador reciba una percepción retributiva por el hecho de la disponibilidad, dado que sacrifica su libertad poniéndose a disposición del empresario durante sus períodos de ocio y descanso y comprometiéndose a reincorporarse al trabajo cuando sea necesario<sup>258</sup>. Lo más habitual es el abono de un complemento por disponibilidad o localización o una prima por tal situación<sup>259</sup>. Además, como es lógico, será necesario el pertinente abono de los servicios realizados<sup>260</sup>, pues una vez que el trabajador es llamado o localizado, se incorporará al trabajo y ello es, evidentemente, trabajo efectivo<sup>261</sup>. En estos casos podemos encontrar convenios que establecen una cuantía mínima equivalente a X horas aún cuando el tiempo de trabajo sea realmente inferior<sup>262</sup>; o se fija un complemento o cuantía por estar en situación de disponibilidad, cuya cuantía se incrementa o incluso se duplica, cuando el trabajador debe atender alguna incidencia o debe prestar algún servicio<sup>263</sup>.

No debe confundirse la percepción de este complemento con la retribución de las horas efectivamente trabajadas una vez que el trabajador es localizado y se reincorpora al trabajo: una cuestión es el abono del trabajo efectivamente realizado (sólo se abona cuando se realiza la prestación de trabajo), y otra diferente abonar un complemento salarial por estar a disposición (se abonará siempre que el trabajador está a disposición, sea o no llamado por el empresario)<sup>264</sup>. Sin embargo, en algún caso la negociación colectiva señala que el trabajador no cobrará la cuantía por disponibilidad si debe realizar alguna intervención, cobrando en este caso exclusivamente las cuantías pactadas por dicha intervención<sup>265</sup>. Tampoco resulta extraño encontrar en la negociación colectiva pactos por los que el empresario asume los costes de desplazamiento del

---

como tiempo de trabajo ni como horas extraordinarias. En consecuencia, el establecimiento en Convenio de esta obligación de disponibilidad es totalmente lícito y válido, sin que vulnere los artículos 37 y 40.2 de la Constitución, 34, 35 y 82.1 del Estatuto de los Trabajadores, ni el artículo 29 bis del Convenio”. En el mismo sentido la STSJ de Galicia de 24 de enero de 2008, AS 2008\3050: “En concreto, se ha afirmado que “la mera situación de disponibilidad, en la que el trabajador tan sólo está localizable y a disposición de la empresa, no implica por sí sola el desarrollo de ningún trabajo y, por ende, está claramente fuera de la jornada laboral y no puede en absoluto ser calificada ni como tiempo de trabajo ni como horas extraordinarias”. Aunque se entendiese que durante las guardias de localización, el trabajador está sometido a las decisiones de disponibilidad de la empresa, es evidente, que no concurre el lugar de trabajo”. De igual manera la STSJ de Cataluña de 27 de abril de 2005, AS 2005\1677.

<sup>257</sup> En este sentido MARTINEZ MOYA, J.: “El tiempo de trabajo: una visión jurisprudencial”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* nº 38 (2002).

<sup>258</sup> DE LA FUENTE LAVIN, M.: *El régimen jurídico de las horas extraordinarias*, Comares, Granada 2002, página 59.

<sup>259</sup> CC del Grupo ASV Servicios Funerarios, (BOE 26-2-2015); empresas vinculadas a Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones, SAU (BOE 21-1-2016); Hewlett Packard Customer Delivery Services, SL (BOE 19-4-2016); Radio Popular SA-COPE (BOE 20-5-2016); Telefónica Ingeniería de Seguridad, SAU (BOE 28-6-2016).

<sup>260</sup> CC de HM Clause Ibérica, SA (BOE 11-2-2015); Fertiberia, SA (BOE 25-8-2015); empresas vinculadas a Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones, SAU (BOE 21-1-2016); Telefónica Ingeniería de Seguridad, SAU (BOE 28-6-2016).

<sup>261</sup> MONREAL BRINGSVAERD, E.: Op. cit., página 480.

<sup>262</sup> CC de Fertiberia, SA (BOE 25-8-2015).

<sup>263</sup> CC de Teleinformática y Comunicaciones, SAU (BOE 17-8-2016).

<sup>264</sup> Vid. la distinción en el CC de Mantenimiento y Montajes Industriales, SA (BOE 9-6-2015); o el de empresas vinculadas a Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones, SAU (BOE 21-1-2016), que diferencia entre el plus de localización y el plus de actuación; el CC de Mantenimiento y Montajes Industriales, SA (BOE 29-4-2016) diferencia entre la compensación económica por estar en situación de retén y el abono de horas extraordinarias por prestar los servicios.

<sup>265</sup> CC de Hewlett Packard Customer Delivery Services, SL (BOE 19-4-2016).

trabajador o las dietas por alimentación cuando los períodos de actividad coincidan con horarios normales de comidas<sup>266</sup>; o bien hay convenios en los que se establece que el plus de actuación que se abona una vez que el trabajador es llamado para prestar trabajo, compensa también el tiempo de desplazamiento<sup>267</sup>.

Si bien el período de disponibilidad no es tiempo de trabajo efectivo, debe aclararse cuál es la naturaleza del tiempo dedicado al trabajo una vez que el trabajador es localizado y presta sus servicios. Evidentemente en este caso estamos ante tiempo de trabajo efectivo. Pero dicho tiempo puede ser considerado como ordinario o extraordinario. Entiendo que ello va a depender de cómo está regulado el tiempo de trabajo en el propio convenio colectivo, pues si el trabajador se compromete al desarrollo de una jornada ordinaria de trabajo determinada, a las que habría que sumar las horas que desarrolle mediante la disponibilidad, superando así dicha jornada ordinaria, habrá que estimar que estamos ante horas extraordinarias<sup>268</sup>. En todo caso, hay que estar a lo regulado en convenio, que puede plantear que este tiempo de disponibilidad forma parte de la jornada anual pactada, compensando el tiempo de trabajo efectivo derivado de la disponibilidad con descansos dentro de la jornada de trabajo ordinaria del trabajador<sup>269</sup>; o simplemente considerando que las horas en que se desarrolla la prestación de servicios tras ser localizado, son horas extraordinarias<sup>270</sup>.

De otro lado, la disponibilidad no exime al trabajador de realizar su jornada habitual, por lo que el hecho de ser llamado para realizar la prestación de trabajo estando en situación de disponibilidad supone un incremento de la jornada de trabajo, por lo que entiendo que resultan de aplicación las reglas de carácter imperativas, tanto en materia de descansos de los trabajadores (específicamente el trabajo entre jornadas, lo que puede suponer que aquellos trabajadores que hayan sido localizados y prestado servicios, se beneficien de alteraciones de turnos de trabajo para permitir el descanso de

---

<sup>266</sup> CC de Fertiberia, SA (BOE 25-8-2015); Grupo Ortiz (BOE 21-4-2016); Teleinformática y Comunicaciones, SAU (BOE 17-8-2016).

<sup>267</sup> CC de empresas vinculadas a Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones, SAU (BOE 21-1-2016).

<sup>268</sup> En este sentido la anteriormente citada STS de 29 de noviembre de 1994, RJ 1994\9246: “Es cierto que si el operario es requerido, en ese tiempo de disponibilidad, para la realización de un trabajo, ha de llevarlo a cabo, percibiendo en tal caso, por el tiempo invertido en el mismo, la remuneración propia de las horas extraordinarias. Ahora bien, en la sentencia de instancia no existe declaración fáctica de ninguna clase en la que se constate que la realización de este trabajo extraordinario haya supuesto, ni siquiera en algún caso y para algún trabajador, el incumplimiento del tiempo de descanso entre jornadas que impone el artículo 34.2 del Estatuto, o la superación del límite máximo que fija el artículo 35.2; y el sindicato recurrente no ha pedido revisión fáctica alguna a este respecto. Resulta claro, por consiguiente que no se han conculcado estos preceptos, ni el artículo 40.2 de la Constitución (...). También es verdad que la prestación de horas extraordinarias es de carácter voluntario, dado lo que dispone el artículo 35.4 del tan citado Estatuto, pero este mismo precepto establece la salvedad o excepción de que «su realización se haya pactado en convenio colectivo o contrato individual de trabajo, dentro de los límites del apartado 2 de este artículo». Y como en este caso su realización se estipuló en el convenio antedicho (artículo 29) y no consta, como se ha indicado, que se hubiesen superado los límites del número 2 del artículo 35, ha de mantenerse obligatoriamente la plena legalidad de lo que este Convenio dispone, sin que resulten infringidos ni ese artículo 35 del Estatuto ni el artículo 37 de la Constitución”. El CC de Mantenimiento y Montajes Industriales, SA (BOE 9-6-2015), considera que el tiempo realizado como retén, supone una hora extraordinarias, siendo retribuidas de esta manera.

<sup>269</sup> CC de Fertiberia, SA (BOE 25-8-2015); o incluso el CC de Radio Popular SA-COPE (BOE 20-5-2016), establece expresamente la compensación de de los servicios prestados efectivamente durante las guardias, con tiempo de descanso.

<sup>270</sup> CC de Hewlett Packard Customer Delivery Services, SL (BOE 19-4-2016), Mantenimiento y Montajes Industriales, SA (BOE 29-4-2016); Grupo Enagas (BOE 16-5-2016).

doce horas entre jornadas<sup>271</sup>), como en materia de no superación del número de horas extraordinarias máximas de trabajo, si es que se otorga esta consideración al tiempo de trabajo en estos casos. No obstante, hay que insistir que hay que estar a lo que establezcan los convenios colectivos; así, podemos encontrar convenios que establecen un régimen compensatorio muy similar a las horas extraordinarias que se compensan con descansos o similar a la distribución irregular de la jornada, de manera que la realización de una intervención en período de disponibilidad supondrá el derecho a un descanso compensatorio equivalente al día siguiente, o si ello no es factible, en un plazo de tiempo inmediato, pactándose que en ningún modo podrán entenderse como horas extraordinarias, pues compensándolas de esta manera no habrá incremento alguno de jornada<sup>272</sup>. También podemos detectar convenios que además de la retribución por realizar trabajo efectivo en caso de localización, establecen que si tales servicios superan un determinado número de horas darán lugar a un día de descanso<sup>273</sup>.

De otro lado, siguiendo con la naturaleza del tiempo dedicado en estos casos de disponibilidad queda una duda: como hemos visto el tiempo dedicado a la prestación de trabajo es tiempo efectivo de trabajo, pero, ¿desde cuando ha de considerarse tiempo efectivo de trabajo? Siguiendo la lógica de la jurisprudencia española a la hora de interpretar el art. 34.5 ET, el tiempo de desplazamiento a la empresa no es tiempo de trabajo efectivo. Sin embargo, en estos casos de disponibilidad no es extraño encontrar convenios que consideran tiempo de trabajo efectivo desde el momento en que se produce la llamada al trabajador para la incorporación al servicio y hasta una vez que ha finalizado el mismo<sup>274</sup>.

Otro fenómeno que acompaña a la disponibilidad es el de las guardias, que afecta sobre todo a un ámbito productivo concreto, el de la sanidad. Se trata de una cuestión diferente a la disponibilidad, pues cuando nos referimos a las guardias queremos hacer referencia a aquellas en las que se exige presencia física (cuando se trata de guardias que no requiere de presencia física, de manera que el trabajador puede disponer de su tiempo hasta que surge la necesidad y es localizado o llamado por el empresario, estamos realmente ante la disponibilidad que hemos analizado hasta ahora, de manera que es tiempo de descanso, hasta la localización y a partir de ahí podrá ser tiempo de trabajo). Las guardias de presencia, implican que el trabajador no pueda dejar el centro de trabajo, permaneciendo físicamente en el mismo, o en sus alrededores, para que de manera inmediata, tales trabajadores se incorporen y desarrollen su prestación de trabajo en cuanto sea necesario<sup>275</sup>. Teniendo en cuenta esta situación, tales “guardias” de presencia deben considerarse completamente como tiempo de trabajo, y así lo admite

---

<sup>271</sup> CC de Fertiberia, SA (BOE 25-8-2015); empresas vinculadas a Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones, SAU (BOE 21-1-2016); Repsol Petróleo, SA (BOE 12-8-2016).

<sup>272</sup> CC de Alcatel Lucent España, SAU (BOE 10-2-2015); Fertiberia, SA (BOE 25-8-2015).

<sup>273</sup> CC de empresas vinculadas a Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones, SAU (BOE 21-1-2016).

<sup>274</sup> CC del Grupo ASV Servicios Funerarios, (BOE 26-2-2015).

<sup>275</sup> Así, podemos recordar cómo configuraba las guardias de presencia la STS de 21 de junio de 1989, Ar 4828: “Pretende sostenerse que el actor no podía abandonar el centro de urgencia porque la guardia se lo impedía. Pero la presencia física durante las guardias no consiste en no poder abandonarlas para prestar un servicio sino en hallarse siempre presente, o al menos localizable, durante el tiempo de su duración, precisamente para poder prestar los servicios que resulten precisos, sean éstos dentro o fuera del centro (...). Es decir, lo que esos preceptos exigen es que, durante determinados períodos de tiempo, considerados como períodos de guardia, los facultativos se hallen físicamente presentes en el centro, o en una situación de disponibilidad que haga posible su localización y presencia inmediata, pero ello precisamente con la finalidad de atender aquellos casos que requieran los servicios médicos”.

la jurisprudencia española, influida sin duda por la jurisprudencia comunitaria dictada al interpretarse la anterior Directiva 93/104/CE<sup>276</sup>.

Dichas guardias de presencia consisten en períodos de tiempo durante los que el personal médico debe permanecer en el hospital; se trata, por tanto, de guardias de presencia física, si bien en instalaciones específicas donde puede descansar, en situación de espera hasta que sean llamados para cubrir necesidades de atención médica<sup>277</sup>. Sobre esta cuestión cabe señalar que la jurisprudencia ha venido considerando que tales guardias de presencia, al tratarse de períodos de tiempo durante los que el personal médico debe permanecer en las instalaciones de la empresa, son realmente tiempo de trabajo y no tiempo de descanso<sup>278</sup>, dado que el trabajador no tiene la posibilidad de disponer con plena libertad de su tiempo, debiendo permanecer en las instalaciones hospitalarias. A esta conclusión no se opone el hecho de que puedan permanecer en instalaciones destinadas al descanso de los facultativos, pues han de atender cualquier necesidad médica cuando son demandados para ello, pudiendo descansar cuando no son requeridos sus servicios<sup>279</sup>. En definitiva, tal como afirma el art. 2.1 de la Directiva 2003/88/CE, tiempo de trabajo es “todo período de tiempo durante el cual el trabajador permanezca en el centro de trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones”.

Un tercer mecanismo que encontramos es el denominado tiempo de presencia, que se plantea en la actividad del transporte. Este mecanismo, a diferencia de los anteriores cuenta con una regulación reglamentaria y no simplemente convencional, pues se recoge en el art. 8 del RD 1561/1995 en relación a las actividades de transporte por carretera, ferroviario, aéreo y trabajo en el mar; ámbitos caracterizados por un conjunto de peculiaridades que ha requerido de una regulación específica en materia de tiempo de trabajo, no sólo en la regulación nacional, sino también comunitaria<sup>280</sup>. A tenor de dicho precepto, en el cómputo de la jornada en los diferentes sectores del transporte y en el trabajo en el mar se distinguirá entre tiempo de trabajo efectivo y tiempo de presencia. Por el primero ha de entenderse aquel en el que el trabajador se encuentre a disposición del empresario y en el ejercicio de su actividad, realizando las funciones propias de la conducción del vehículo o medio de transporte u otros trabajos durante el tiempo de circulación de los mismos, o trabajos auxiliares que se efectúen en relación con el vehículo o medio de transporte, sus pasajeros o su carga. Por tiempo de

---

<sup>276</sup> Vid. la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 3 de octubre de 2000, TJCE 2000\34 (Asunto Simap); o la posterior de 9 de septiembre de 2003, TJCE 2003\250 (Asunto Jaeger). En la práctica esta jurisprudencia, al analizar los tres elementos que conforman el concepto de tiempo de trabajo efectivo, estar en el puesto de trabajo, a disposición del empresario y en el desarrollo de las funciones, esta última se presume siempre y cuando el trabajador esté en el puesto de trabajo y a disposición del empresario. Un análisis de las mismas puede verse en RODRIGUEZ SANZ DE GALDEANO, R.: “La regulación de los tiempos de disponibilidad (...)”, op. cit., páginas 56 y ss; también TRILLO PARRAGA, F.: Op. cit., páginas 99 y 100.

<sup>277</sup> Tal como señala la STS de 1 de febrero de 2007, RJ 2008\5343, en estos casos se considera tiempo de trabajo el de las guardias de presencia “desde el momento en que, el trabajador se encuentra en los locales del hospital, desempeñando o en disposición de desempeñar su actividad, que, en esencia, se corresponde con su profesión realizada «de planta», pues se trata de proyectar los conocimientos y experiencia médica sobre los casos a los que ha de atender, con mayor incomodidad de horario que el de la actividad cotidiana”.

<sup>278</sup> Sobre esta cuestión podemos señalar que la jurisprudencia es, en la actualidad, unánime respecto de los supuestos de guardias médicas de presencia, considerándolas a todos los efectos como tiempo efectivo de trabajo: SS.TS de 18 de septiembre de 2007, RJ 2007\8491; 5 de julio de 2007, RJ 2007\5485; 1 de febrero de 2007, RJ 2008\5343; 5 de diciembre de 2006, RJ 2007\89; 27 de noviembre de 2006, RJ 2006\10032; 27 de noviembre de 2006, RJ 2006\9293.

<sup>279</sup> En este sentido la STS de 1 de febrero de 2007, RJ 2008\5343, con argumentos de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la CEE de 9 de septiembre de 2003, TJCE 2003\250 (Asunto Jaeger).

<sup>280</sup> Sobre la misma vid. RODRIGUEZ SANZ DE GALDEANO, R.: Op. cit., página 61.

presencia se entiende aquel en el que el trabajador se encuentre a disposición del empresario sin prestar trabajo efectivo, por razones de espera, expectativas, servicios de guardia, viajes sin servicio, averías, comidas en ruta u otras similares; especificándose que los convenios colectivos determinarán en cada caso los supuestos concretos conceptuales como tiempo de presencia. Una primera cuestión que ha de señalarse es si este precepto es conforme o no a lo dispuesto por la Directiva 2002/15, de 11 de marzo, reguladora del tiempo de trabajo en el sector del transporte, cuyo art. 3 que estima que el tiempo de trabajo efectivo incluye, además de la conducción, los períodos de carga y descarga, la asistencia a los pasajeros en la subida y bajada del vehículo, la limpieza y el mantenimiento técnico, y todas las demás tareas cuyo objeto es garantizar la seguridad del vehículo, de la carga y pasajeros, o cumplir con las obligaciones legales o reglamentarias vinculadas al transporte (control de la carga, trámites administrativos de policía y aduanas, inmigración); además, también es tiempo de trabajo efectivo “los períodos durante los cuales el trabajador móvil no puede disponer libremente de su tiempo y tiene que permanecer en su lugar de trabajo, dispuesto a realizar su trabajo normal, realizando determinadas tareas relacionadas con el servicio, en particular, los períodos de espera de carga y descarga, cuando no se conoce de antemano su duración previsible, es decir, o bien antes de la partida o antes del inicio efectivo del período de que se trate, o bien en las condiciones generales negociadas entre los interlocutores sociales o definidas por la legislación de los Estados miembros”. Por el contrario, se entiende por tiempo de “disponibilidad” (lo que parece equivaler en la Directiva al tiempo de presencia del art. 8 del RD 1561/1995, los períodos distintos de los períodos de pausa o de descanso durante los que el trabajador móvil no está obligado a permanecer en su lugar de trabajo, pero tiene que estar disponible para responder a posibles instrucciones que le ordenen emprender o reanudar la conducción o realizar otros trabajos. En particular, se considera tiempo de disponibilidad los períodos durante los que el trabajador móvil acompaña un vehículo transportado en transbordador o en tren y los períodos de espera en las fronteras o los causados por las prohibiciones de circular; o bien para los trabajadores móviles que conducen en equipo, el tiempo transcurrido durante la circulación del vehículo sentado junto al conductor o acostado en una litera. A tenor de lo señalado, hay situaciones que el art. 8 del RD 1561/1995 considera tiempo de presencia que la Directiva estima que es tiempo de trabajo efectivo, lo que puede generar interesantes problemas interpretativos<sup>281</sup>.

Es perfectamente posible encontrar convenios colectivos que repiten este esquema al regular la actividad de transporte<sup>282</sup>. En algún convenio se señala la existencia junto con el tiempo de trabajo efectivo y el tiempo de presencia, un denominado “tiempo a la inmediata disposición”, aquel en que el trabajador se encuentra en el lugar designado por el empresario y se ha producido la activación del mismo, conociendo que ha de realizar trabajo efectivo, y se prepara para dar comienzo de manera inmediata al período de trabajo efectivo<sup>283</sup>. En estos casos, la cuestión de calificar de esta manera este período de este modo parece obedecer a que el convenio evita calificar este período de tiempo como tiempo de trabajo, lo cual es dudoso, pues se trata de una actividad que parece requerir una cierta preparación por parte del trabajador

---

<sup>281</sup> Sobre esta cuestión vid. RODRIGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: “La regulación de los tiempos de disponibilidad (...)”, op. cit., página 66.

<sup>282</sup> Así es posible remitirnos a los CC de empresas del sector de harinas panificables y sémolas (BOE 15-7-2015), cuando regula el tiempo de trabajo de los trabajadores que realizan la actividad de transporte, Inaer Helicópteros, SAU (BOE 19-8-2015); CC estatal del sector de industrias cárnicas (BOE 11-2-2016), cuando regula la actividad de trabajadores dedicados al transporte.

<sup>283</sup> Inaer Helicópteros, SAU (BOE 19-8-2015).

para el desarrollo de su actividad, lo que debería conducir a que en realidad es tiempo de trabajo efectivo.

A tenor de lo previsto por el art. 8 RD 1561/1995, al tiempo de trabajo efectivo resulta de aplicación la regulación del art. 34 del ET sobre duración máxima de la jornada y los dispuesto por el art. 35 ET sobre horas extraordinarias. A dicha jornada ordinaria se suma el tiempo de presencia, que no podrá exceder en ningún caso de veinte horas semanales de promedio en un período de referencia de un mes; distribuyéndose el tiempo de presencia según se pacte colectivamente y sin que la existencia del mismo pueda afectar a los límites relativos al descanso entre jornadas y al descanso semanal propio de cada actividad. Es decir, que en estas actividades tenemos realmente tres componentes contractuales desde el punto de vista del tiempo: junto a los componentes ya conocidos de tiempo de trabajo efectivo y tiempo de descanso, se añade el tiempo de presencia, que no es realmente tiempo de trabajo efectivo, de hecho, el art. 8.3 del RD 1561/1995, señala que éste no se computa ni a los efectos de la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, ni para el límite máximo de las horas extraordinarias. Ahora bien, es un tiempo intermedio entre el de trabajo efectivo y el descanso, pues sin desarrollarse prestación de trabajo efectivo, se está a disposición del empresario; de ahí que el mencionado art. 8.3 señala que salvo que se acuerde su compensación con períodos equivalentes de descanso retribuido, se abonarán con un salario de cuantía no inferior al correspondiente a las horas ordinarias. A partir de aquí, como es lógico los convenios colectivos pueden establecer regulaciones en las que se mejore las normas reglamentarias<sup>284</sup>. En definitiva, nos estamos planteando un verdadero *tertium genus* junto con el tiempo de trabajo efectivo y el tiempo de descanso<sup>285</sup>.

No sólo existe una regulación sobre tiempo de presencia en el ámbito del transporte, pues hay relaciones laborales especiales en las que también se plantea esta institución. Así ocurre con el RD Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, cuyo art. 9.1 señala que la jornada máxima será de 40 horas semanales, “sin perjuicio de los tiempos de presencia, a disposición del empleador, que pudieran acordarse entre las partes”; y el apartado segundo de este mismo precepto establece que “el tiempo de presencia tendrá la duración y será objeto de retribución o compensación en los mismos términos que acuerden las partes. En todo caso, salvo que se acuerde su compensación con períodos equivalentes de descanso retribuido, las horas de presencia no podrán exceder de veinte horas semanales de promedio en un periodo de referencia de un mes y se retribuirán con un salario de cuantía no inferior al correspondiente a las horas ordinarias”.

De otro lado, también ha de señalarse lo dispuesto por el RD 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales en relación a los períodos de concentración previos a las competiciones, que no se consideran como tiempo de trabajo efectivo; lo que supone una clara invasión de las esferas personales de los trabajadores.

Una cuestión que es importante aclarar es si es posible pactar en convenio colectivo una distribución del tiempo de trabajo, en base a estos tres elementos (tiempo

---

<sup>284</sup> CC de empresas del sector de harinas panificables y sémolas (BOE 15-7-2015), que establece que las horas de presencia se abonará como horas ordinarias, si bien las que excedan de once, se abonarán como horas extraordinarias. En cuanto a la compensación por descanso, se establece que las horas que superen las once, se compensarán con una hora y treinta minutos de descanso, pudiendo acumularse por días completos de trabajo, que podrá disfrutar el trabajador a su conveniencia preavisando con 15 días de antelación, salvo que la empresa alegue causa justificada para no otorgar ese descanso.

<sup>285</sup> RODRIGUEZ SANZ DE GALDEANO, R.: “La regulación de los tiempos de disponibilidad (...)”, op. cit., página 62.

de trabajo efectivo, tiempo de descanso y tiempo de presencia), fuera de los supuestos expresamente regulados por parte de la normativa reglamentaria señalada. Es decir, lo que estamos planteando es si es factible trasladar este esquema a ámbitos productivos que no están expresamente recogidos por parte de la regulación sobre jornadas especiales o relaciones laborales especiales. Desde mi punto de vista, la regulación contenida en el reglamento de jornadas especiales obedece a la expresa delegación que establece el art. 34.7 ET, mientras que las relaciones laborales especiales obedecen a lo expresamente dispuesto por el art. 2 ET; de esta manera, las especialidades que son propias de esta regulación, y que son contrarias al ordenamiento laboral común, deben quedar recludas a esta regulación reglamentaria expresamente autorizada por la normativa legal. Consecuentemente, este esquema de jornada de trabajo basado en estos tres elementos no puede extenderse a través de la negociación colectiva a otros ámbitos diferentes de los expresamente previstos<sup>286</sup>.

### **9. Flexibilidad del tiempo de trabajo a través de la regulación de las horas extraordinarias**

Ya con anterioridad hemos señalado que la evolución normativa de las horas extraordinarias también ha caminado en la dirección de facilitar una mayor flexibilidad a favor del empresario, conjugando para ello reglas como la posibilidad de pactar excepciones al principio básico de voluntariedad en la realización de horas extraordinarias, la supresión de la regla mínima del abono del 75% sobre el valor de la hora ordinaria, la posibilidad de compensar las horas extraordinarias con descanso y el hecho de que no se computen estas horas extraordinarias así compensadas, dentro del máximo de las ochenta horas anuales. Pero cómo se regula esta cuestión por parte de la negociación colectiva. En líneas generales, podemos señalar que los convenios colectivos reflejan estas posibilidades establecidas en la regulación legal, si bien, con la pretensión de establecer una cierta política de empleo, pretenden reducir la realización de horas extraordinarias, al regular que sólo será posible cuando existen circunstancias excepcionales, de modo que se limita la utilización de las horas extraordinarias como un recurso estructural de las empresas.

Como punto de partida hemos de señalar algo a lo que ya nos hemos referido con anterioridad: dado que las horas extraordinarias pueden compensarse con descanso y estas horas extraordinarias así compensadas no computan para el tope máximo, en la práctica las horas extraordinarias pueden utilizarse como un mecanismo de redistribución de la jornada (especialmente cuando, además, se pacta su obligatoriedad)<sup>287</sup>. Pues bien, esta finalidad es coincidente con otro de los mecanismos que ya hemos analizado, la distribución irregular de la jornada que se regula en el art. 34.2 ET; de hecho la distribución irregular de la jornada es una alternativa a los costes que supone la realización de las horas extraordinarias<sup>288</sup>. Tal y como ya hemos visto *supra*, la negociación colectiva, en líneas generales, no deslinda la utilización de uno y otro instrumento; muy al contrario, lo habitual es encontrar como los convenios colectivos regulan ambas cuestiones sin ningún tipo de deslinde, de manera que junto con los porcentajes de distribución irregular de jornada, encontramos también la posibilidad de añadir las horas extraordinarias compensadas con descanso, incrementando de esta manera la capacidad empresarial para dicha distribución irregular o redistribución de la jornada; incluso algún convenio regula ambas cuestiones en el

---

<sup>286</sup> En este mismo sentido RODRIGUEZ SANZ DE GALDEANO, R.: “La regulación de los tiempos de disponibilidad (...)”, op. cit., página 62.

<sup>287</sup> En este sentido MONREAL BRINGSVAERD, E.: La jornada de trabajo (...), op. cit., página 193.

<sup>288</sup> DE LA FUENTE LAVIN, M.: El régimen jurídico de las horas extraordinarias, Comares, Granada 2002, página 44.

mismo precepto<sup>289</sup>. De hecho algún sector doctrinal ha señalado que en realidad la regulación de la distribución irregular de la jornada obedece al cuestionamiento de la regulación sobre horas extraordinarias, por el uso inadecuado de las mismas, en contra de lo regulado legalmente y sin respetar el tope máximo a la realización de las horas extraordinarias<sup>290</sup>. Sin embargo, este planteamiento es, a mi juicio, poco entendible: si el legislador hubiese importado a nuestro ordenamiento la distribución irregular como alternativa a las horas extraordinarias y a su funcionamiento inadecuado (crítica esta última con la que estoy totalmente de acuerdo), hubiese suprimido, limitado o reducido de manera significativa la posibilidad de realizar horas extraordinarias, sin embargo, ha mantenido en todo su régimen jurídico y, de hecho, la negociación colectiva utiliza ambas cuestiones de manera conjunta, incrementando así el conjunto de horas (las procedentes de la distribución irregular, más las horas extraordinarias) a disposición del empresario.

Una de las primeras cuestiones a las que se enfrenta la negociación colectiva es su propia delimitación, es decir, qué ha de entenderse por ellas. Esta primera cuestión obedece al hecho de la dificultad que supone determinar cuándo estamos frente a una hora extraordinaria, si junto a esta institución el empresario hace uso de la anualización de la jornada y la distribución irregular de la misma. En algunos casos se simplifica la cuestión al señalar simplemente que serán extraordinarias aquellas horas que se realicen sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo<sup>291</sup> (lo cual no genera especiales problemas cuando el mismo convenio no regula una distribución irregular de la jornada, pero dificulta la cuestión en caso contrario<sup>292</sup>); en otros casos se precisa la consideración de hora extraordinaria respecto de aquellas que superen la jornada anual pactada<sup>293</sup> (lo que en la práctica supone que hasta el final del año no sea posible determinar con exactitud esta cuestión). Podemos, no obstante, encontrar convenios que intentan precisar de una manera más adecuada la cuestión, aprovechando de la existencia de calendarios mensuales, de modo que será considerada extra, las horas que superen el máximo mensual<sup>294</sup>. Son escasos los convenios que consideran la hora extraordinaria como aquella que supera la jornada pactada diaria de trabajo<sup>295</sup>. En algún caso se considera hora extraordinaria ciertos períodos de espera<sup>296</sup>.

Otra cuestión habitual en la regulación de las horas extraordinarias es que la negociación colectiva intente limitar su realización: ya sea a través de meros llamamientos a limitar la realización de horas extraordinarias exclusivamente cuando

---

<sup>289</sup> CC de BSH Electrodomésticos España, SA, Servicio BSH al cliente (BOE 2-8-2016).

<sup>290</sup> MONREAL BRINGSVAERD, E.: “La duración de la jornada (...)”, op. cit., páginas 95 y 96.

<sup>291</sup> CC de Servicios Integrales de Fincas Urbanas de Madrid, SL (BOE 5-1-2016); Uniprex, SAU (BOE 21-7-2016); empresas vinculadas a Telefónica España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones, SAU (BOE 21-1-2016); Prosegur BPO España, SL (BOE 16-2-2016); Soluciones de Externalización Hotelera, SL (BOE 16-5-2016).

<sup>292</sup> Sobre la cuestión vid. DE LA FUENTE LAVIN, M.: Op. cit., páginas 45 y ss.

<sup>293</sup> Vid. CC de Marc Clear, SL (BOE 6-6-2016); CC interprovincial de para el comercio de flores y plantas (BOE 14-7-2016); Vestas Eólica, SAU (BOE 12-8-2016); ESC Servicios Generales, SL (BOE 2-2-2016); Tankant Seguridad, SLU (BOE 29-4-2016); Ticketbits, SL (BOE 23-5-2016); TM Resources, SL (BOE 23-5-2016).

<sup>294</sup> CC de NTV Logística, SA (BOE 2-2-2016); Ilunión Seguridad, SA (BOE 5-4-2016); Refresco Iberia, SAU (BOE 2-5-2016); Schweppes, SA (BOE 25-5-2016).

<sup>295</sup> CC estatal regulador de las relaciones laborales entre los productores de obras audiovisuales y los figurantes que prestan servicios en las mismas (BOE 18-5-2016).

<sup>296</sup> Así ocurre con el CC de Uniprex, SAU (BOE 21-7-2016), que plantea como horas extraordinarias aquellas en las que el trabajador ha de esperar por imperativo de los controles de grabación, para el envío de la información; o el CC de Servicios Integrales de Fincas Urbanas de Madrid, SL (BOE 5-1-2016), que señala como horas extraordinarias las necesarias en períodos punta, las originadas por ausencias imprevistas, por actuaciones urgentes, cambios de turno o pérdidas imprevistas.



sean imprescindibles<sup>297</sup>, o se señala la conveniencia de disminuir al máximo estas horas<sup>298</sup>; o bien llamamientos a limitar estas horas pues generan distorsiones sobre el empleo<sup>299</sup>; o simplemente se señala la consideración de las horas extraordinarias como algo excepcional<sup>300</sup>. No obstante estos llamamientos suelen ser una declaración de escaso contenido, pues o bien se trata de meras declaraciones de evitar la realización de estas horas<sup>301</sup>, o bien junto a esta declaración se pacta la obligatoriedad de realizar ciertas horas extraordinarias, o que con carácter excepcional estas puedan realizarse<sup>302</sup>. En otros casos se establece expresamente la supresión de las horas extraordinarias habituales, pero ni se determina que ha de entenderse por ello (parecería que con esta terminología se refiere a las horas estructurales) y, a continuación, se establece, tal como hemos advertido, la obligatoriedad de realizar ciertas horas que realmente son estructurales<sup>303</sup>. Por lo tanto, una primera conclusión que podríamos extraer es el hecho de que hay un aparente intento de limitar la realización de horas extraordinarias, si bien, es más una verdadera apariencia que una auténtica realidad. No obstante lo anterior, también es posible encontrar supuestos en los que el convenio procede a una efectiva limitación de las horas extraordinarias, distinguiendo entre horas de salvamento y horas por ausencias imprevistas, cambios de turno u otras circunstancias imprevisibles, que se mantienen, mientras que el resto de horas extraordinarias se prohíben; o que distinguen qué tipos de horas extraordinarias pueden realizarse<sup>304</sup>. Incluso hay convenios que con esta orientación plantean la creación de una comisión que tiene como finalidad estudiar el procedimiento a seguir para conseguir la reducción de las horas extraordinarias, o el estudio de esta cuestión por parte de las empresas y los representantes de los trabajadores<sup>305</sup>.

También es frecuente encontrarnos la distinción entre horas extraordinarias debidas a fuerza mayor y horas extraordinarias “normales”. En algún caso esta distinción se vincula con limitación de realizar horas extraordinarias; o en otros casos la distinción se centra en la obligatoriedad de las primeras y la voluntariedad de las segundas<sup>306</sup>.

En el sentido de lo que acabamos de afirmar, con carácter general suele pactarse la voluntariedad de las horas extraordinarias, tal como establece la regulación legal

---

<sup>297</sup> CC de Faiges, SL (BOE 12-7-2016); Refresco Iberia, SAU (BOE 2-5-2016).

<sup>298</sup> CC de BSH Electrodomésticos España, SA, Servicio BSH al cliente (BOE 2-8-2016); Repsol Química, SA (BOE 11-8-2016); empresas vinculadas a Telefónica España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones, SAU (BOE 21-1-2016); CC del sector de empresas de publicidad (BOE 10-2-2016); Iberdrola Inmobiliaria, SAU (BOE 23-2-2016); Hewlett Packard Customer Delivery Services, SL (BOE 19-4-2016); Mantenimiento y Montajes Industriales, SA (BOE 29-4-2016).

<sup>299</sup> CC Iberdrola Ingeniería y Construcción, SAU (BOE 6-6-2016); Acuerdo Marco del Grupo Repsol (BOE 12-8-2016).

<sup>300</sup> CC de NTV Logística, SA (BOE 2-2-2016).

<sup>301</sup> CC de Telefónica Ingeniería de Seguridad, SAU (BOE 28-6-2016).

<sup>302</sup> CC Grupo de Empresas Rodilla (BOE 21-1-2016).

<sup>303</sup> Así el CC de Lidl Supermercados, SAU (BOE 8-6-2016); CC de las industrias del frío industrial (BOE 18-5-2016).

<sup>304</sup> Vid. CC estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (BOE 10-8-2016); CC estatal de perfumerías y afines (BOE 19-1-2016); CC nacional para las industrias de pastas alimenticias (BOE 22-4-2016); Refresco Iberia, SAU (BOE 2-5-2016).

<sup>305</sup> CC de Repsol Petróleo, SA (BOE 12-8-2016); CC estatal de perfumería y afines (BOE 19-1-2016); Grupo Enagas (BOE 16-5-2016).

<sup>306</sup> En este sentido el CC de CC de BSH Electrodomésticos España, SA, Servicio BSH al cliente (BOE 2-8-2016), que califica como horas extras por fuerza mayor a “aquellas que vengan exigidas por la necesidad de prevenir o reparar siniestros y otros análogos cuya no realización produzca evidentes y graves perjuicios a la propia empresa o a terceros; así mismo, en caso de riesgos de pérdida de materias primas”; por el contrario las horas extras normales “Constituyen el resto de las horas”.

contenida en el art. 35 ET, lo cual se refleja en la negociación colectiva<sup>307</sup>, siendo extraños los convenios que establecen la obligatoriedad de las horas solicitadas por el empresario<sup>308</sup>. No obstante, es absolutamente general en la negociación colectiva establecer excepciones a esta voluntariedad, pudiendo afirmarse que la negociación colectiva ha ido inclinándose cada vez más por aceptar la obligatoriedad de la realización de las horas extraordinarias<sup>309</sup>. Esta obligatoriedad se evidencia desde supuestos en los que el convenio establece la obligatoriedad con carácter general<sup>310</sup>; o bien la obligación de realizar el tiempo necesario para finalizar el trabajo originariamente asignado<sup>311</sup> (lo que supone una generalización de las horas extraordinarias); o se limita las horas extraordinarias a sólo los supuestos de horas de salvamento, las provocadas por puntas de trabajo provocadas por entregas, presentación de proyectos, ausencias imprevistas de trabajadores u otras circunstancias estructurales<sup>312</sup> (todo lo cual supone también implica una gran amplitud para la realización de horas extraordinarias, pues se incluyen situaciones absolutamente estructurales); pero en otros casos los límites son más estrictos, al diferenciar entre horas extras por fuerza mayor y horas extras normales o estructurales, considerando las primeras obligatorias y las segundas voluntarias<sup>313</sup>. En algún convenio se excluye de la voluntariedad tan sólo a las horas de salvamento o fuerza mayor<sup>314</sup>; o bien se considera con carácter general la voluntariedad, excepto en los casos legalmente señalados (expresión con la que parece hacerse referencia a las horas de salvamento)<sup>315</sup>, o aquellas en las que se producen graves perjuicios para las personas, instalaciones o fuerza mayor (lo que también parece hacer referencia a las horas de salvamento)<sup>316</sup>; o se considera obligatorio cubrir las ausencias en los cambios de turno<sup>317</sup>.

En cuanto a su retribución hay dos modalidades: el abono en metálico o la compensación por tiempo de descanso. Ha de recordarse que el art. 35 ET señala que ante la falta de acuerdo en esta materia se procederá a la compensación con descanso, regla que en algún caso se reitera por el convenio colectivo de sector, dejando así que sea el ámbito de empresa quien decida esta cuestión<sup>318</sup>. Teniendo en cuenta la finalidad de flexibilizar el tiempo de trabajo con el que ha sido diseñada la posibilidad de retribuir

---

<sup>307</sup> Así el CC Marco de UGT (BOE 1-1-2016); CC estatal de jardinería (BOE 2-2-2016); CC marco para establecimientos financieros de crédito (BOE 1-3-2016); Ilunión Seguridad, SA (BOE 5-4-2016); CC estatal regulador de las relaciones laborales entre los productores de obras audiovisuales y los figurantes que prestan servicios en las mismas (BOE 18-5-2016); Radio Popular SA-COPE (BOE 20-5-2016).

<sup>308</sup> Sería el caso del CC de Site Logistic, SL (BOE 18-5-2016); Ticketbis, SL (BOE 23-5-2016); TM Resources, SL (BOE 23-5-2016).

<sup>309</sup> Es perfectamente constatable como la doctrina laboral a comienzos del siglo XXI estimaba que la negociación colectiva, mayoritariamente se inclinaba por la voluntariedad; así DE LA FUENTE LAVIN, M.: Op. cit., página 106.

<sup>310</sup> CC de Repsol Butano, SA (BOE 19-8-2016); ECA Entidad colaboradora de la Administración, SLU e Instituto de Calidad, SAU (BOE 16-2-2016).

<sup>311</sup> CC de Marc Clear, SL (BOE 6-6-2016).

<sup>312</sup> CC Iberdrola Ingeniería y Construcción, SAU (BOE 6-6-2016); CC sector de actividades forestales (BOE 22-6-2016); NTV Logística, SA (BOE 2-2-2016); CC sector de empresas de publicidad (BOE 10-2-2016).

<sup>313</sup> Así el CC de BSH Electrodomésticos España, SA, Servicio BSH al cliente (BOE 2-8-2016); CC estatal del sector de industrias cárnicas (BOE 11-2-2016).

<sup>314</sup> CC sector de fabricantes de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados (BOE 2-3-2016); Schweppes, SA (BOE 25-5-2016).

<sup>315</sup> CC de la Fundación Secretariado Gitano, (BOE 2-8-2016). También recoge la obligatoriedad de las horas de salvamento el CC estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (BOE 10-8-2016).

<sup>316</sup> Repsol Química, SA (BOE 11-8-2016); CC estatal de perfumerías y afines (BOE 19-1-2016).

<sup>317</sup> CC de ESC Servicios Generales, SL (BOE 2-2-2016); Prosegur BPO España, SL (BOE 16-2-2016); Servigesplan, SL (BOE 5-5-2016); Soluciones de Externalización Hotelera, SL (BOE 16-5-2016).

<sup>318</sup> CC del sector de fabricantes de yesos, cales y sus prefabricados (BOE 2-3-2016).

las horas con descanso (a lo que se suma el hecho de que tales horas no se tienen en cuenta para alcanzar las 80 horas máximas), resalta el hecho de que la negociación colectiva continúe regulando, en un número tremendamente llamativo de convenios colectivos, la retribución en metálico, pues parecería más lógico la otra opción<sup>319</sup>. En cuanto a la retribución en metálico, podemos encontrar desde convenios que plantean una retribución equivalente a la hora ordinaria de trabajo (lo cual facilita una importante dosis de flexibilidad, sólo limitada por el número máximo de horas que pueden realizarse al año)<sup>320</sup>, o convenios en los que la retribución es escasamente superior al valor de la hora ordinaria<sup>321</sup>, hasta convenios que incrementan, incluso sustancialmente, la cuantía a retribuir sobre el valor de la hora ordinaria, lo que supone un coste importante para la empresa y un posible y sustancial incremento de la retribución del trabajador<sup>322</sup>, pudiendo incluso encontrar convenios en los que, bien con carácter general, o en relación a determinadas horas, se iguala e incluso se supera el porcentaje del 75% que había sido tradicional en la regulación nacional hasta su supresión como norma mínima<sup>323</sup>. En otros casos no se establece un porcentaje determinado, sino una cuantía específica de euros<sup>324</sup>. En todo caso, es posible pactar diferentes cantidades en función del momento en que se realicen las horas extraordinarias (en horario normal, en horario nocturno, en festivos o fines de semana, etc.)<sup>325</sup>.

En cuanto a los supuestos de compensación con descansos (que recordemos, ha de ser retribuido<sup>326</sup>, pudiendo localizar convenios que establecen reglas cuantitativamente muy favorables a los trabajadores, estableciendo incrementos a la

---

<sup>319</sup> No obstante hay convenios que si reflejan este planteamiento, y señalan expresamente que la retribución de las horas extraordinarias puede hacerse en metálico, salvo que se superen las 80 anuales, siendo obligatorio a partir de ahí la compensación en descanso; lo que evidencia que si se ha constatado que este tipo de horas facilitan esta mayor capacidad empresarial para distribuir el tiempo de trabajo. Así el CC de Site Logistic, SL (BOE 18-5-2016).

<sup>320</sup> En este sentido el CC de Servicios Integrales de Fincas Urbanas de Madrid, SL (BOE 5-1-2016), que se limita a señalar que las horas extras se retribuirán con un importe igual o superior al valor de la hora ordinaria.

<sup>321</sup> CC de Gold Advance Investments, SL (BOE 29-4-2016).

<sup>322</sup> Así el CC de Lidl Supermercados, SAU (BOE 6-6-2016) que establece una retribución equivalente al 50% sobre el valor de la hora ordinaria; el CC de Telefónica Ingeniería de Seguridad, SAU (BOE 28-6-2016), puede ir desde un incremento del 75% al 125% dependiendo de las circunstancias; el CC estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (BOE 10-8-2016) establece un 25% sobre el valor de la hora ordinaria; el CC de Grupo Rodilla (BOE 21-1-2016) fija el incremento retributivo en el 75% del valor de la hora ordinaria. El CC de Mediapost Spain, SL (BOE 16-2-2016) establece un incremento del 50, salvo que sea horas en días festivos, que se incrementa al 75%.

<sup>323</sup> Así el CC de F. Faiges, SL (BOE de 12-7-2016), que retribuye las horas extraordinarias con un incremento del 80% sobre el valor de la hora ordinaria de trabajo; también el CC interprovincial para el comercio de flores y plantas (BOE 14-7-2016), que establece con carácter general el abono del 75% sobre el valor de la hora ordinaria, salvo en domingos y festivos, que habrá de abonarse el 150% sobre la hora ordinaria. El CC de Vestas Eólica, SAU (BOE 12-8-2016) establece un 40% de incremento, salvo en las que se realizan en festivo y domingos, que alcanza el 100%. El CC de empresas vinculadas a Telefónica España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones, SAU (BOE 21-1-2016) establece una remuneración equivalente al 75% sobre la hora ordinaria, y un 100% si es en domingo, festivo u horario nocturno (dado que el art. 36 ET prohíbe las horas extraordinarias nocturnas, parece que esta regla ha de referirse tan sólo a las horas de salvamento). El CC del Grupo Zena establece un incremento del 75% sobre la hora ordinaria. El CC estatal para el sector de ortopedias y ayudas técnicas (BOE 15-3-2016) establece el incremento del 75%, que asciende al 150% en festivos. Idéntico porcentaje establece el CC de Hewlett Packard Customer Delivery Services, SL (BOE 19-4-2016). En idéntico sentido el CC interprovincial para el comercio de flores y plantas.

<sup>324</sup> CC de Uniprex, SAU (21-7-2016); ESC Servicios Generales, SL (BOE 2-2-2016).

<sup>325</sup> CC interprovincial para el comercio de flores y plantas (BOE 14-7-2016); CC Uniprex, SAU (21-7-2016); Vestas Eólica, SAU (BOE 12-8-2016).

<sup>326</sup> De hecho es posible encontrar convenios que regulan esta cuestión, como el CC de Repsol Química, SA (BOE 11-8-2016).

retribución, lo que en la práctica supone retribuir y compensar las horas extraordinarias al mismo tiempo<sup>327</sup>), hay que reiterar la enorme potencia flexibilizadora que ello supone, pues en la práctica este sistema se convierte en un mecanismo de redistribución de la jornada<sup>328</sup> (sobre todo si a ello se suma que las horas compensadas de esta manera no se tienen en cuenta para el límite máximo de las 80 horas). En cuanto a su regulación, podemos encontrar convenios colectivos que con carácter general prevén compensar las horas extraordinarias con descansos<sup>329</sup>; ya sea simplemente con una cuantía idéntica de horas de descanso<sup>330</sup>, si bien es más habitual que los convenios que amplían el tiempo de descanso con carácter general<sup>331</sup>, o bien sólo en ciertos casos<sup>332</sup>.

En estos casos de recuperación con descanso una cuestión relevante es el plazo dentro del cual ha de producirse la compensación<sup>333</sup>: dado que no estamos en una distribución irregular del tiempo de trabajo, ha de imperar el principio de anualidad, por lo que, al margen del plazo que pueda fijarse en convenio colectivo para ello, la compensación a horas realizadas dentro de un año deben recuperarse dentro del año natural en que se realizan, tal como expresamente recogen algunos convenios colectivos<sup>334</sup>. En todo caso es normal establecer plazos para la compensación en períodos de descanso<sup>335</sup>. Ante la falta de acuerdo sobre esta cuestión, el art. 35.1 ET señala que se deben compensar en el plazo de cuatro meses, lo cual ha dado pie a algún

---

<sup>327</sup> Así el CC de Repsol Butano, SA (BOE 19-8-2016), que establece la compensación en período de descanso, por tiempo equivalente, y retribuido, especificando que esta retribución oscila entre el 75% y el 150% del valor de la hora extra. De igual manera el CC del sector de fabricantes de yesos, cales y sus prefabricados (BOE 2-3-2016, que prevé la compensación y la retribución de la hora de descanso con un incremento o complemento equivalente al 50% del valor de una hora ordinaria. También el CC de Radio Popular, SA-COPE (BOE 20-5-2016) que retribuye con descanso retribuido incrementado en un 25% sobre el valor de la hora ordinaria.

<sup>328</sup> DE LA FUENTE LAVIN, M.: Op. cit., página 159.

<sup>329</sup> CC Fundación Secretariado Gitano (BOE 2-8-2016); Repsol Química, SA (BOE 11-8-2016); Mantenimiento y Montajes Industriales, SA (BOE 29-4-2016).

<sup>330</sup> CC sector de actividades forestales (BOE 22-6-2016); ECA Entidad colaboradora de la Administración, SLU e Instituto de Calidad, SAU (BOE 16-2-2016).

<sup>331</sup> CC Iberdrola Ingeniería y Construcción, SAU (BOE 6-6-2016); Lidl Supermercados, SAU (BOE 8-6-2016), que limita esta posibilidad a las horas realizadas para garantizar el suministro en las plataformas de distribución y almacenes de horas extraordinarias; Telefónica Ingeniería de Seguridad, SAU (BOE 28-6-2016), en caso de realización de horas en fin de semana o festivos; CC estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (BOE 10-8-2016); el CC Marco de UGT (BOE 1-1-2016) señala que se compensará con un descanso equivalente al 175% del tiempo de trabajo de exceso; Grupo Muerde la Pasta (BOE 19-1-2016); CC del personal asalariado al servicio de la Comisión Ejecutiva Confederada de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras (BOE 19-1-2016), que establece un incremento del descanso del 175% por cada hora extraordinaria y si se realiza en festivo o no laborable, se compensa con dos días de descanso; CC estatal de perfumerías y afines (BOE 19-1-2016) que retribuye cada hora de exceso con 1,25 horas de descanso. El CC de empresas vinculadas a Telefónica España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones, SAU (BOE 21-1-2016) fija la compensación en una hora y cuarenta y cinco minutos si es diurna, y en dos horas si es en festivo o en horario nocturno. El CC de Hewlett Packard Customer Delivery Services, SL (BOE 19-4-2016) compensa cada hora extra con dos horas de descanso. El CC de Dürr System Spain, SA (BOE 20-4-2016) establece una compensación de 1 hora y 20 minutos por cada hora extra, ascendiendo a 1 hora y 40 minutos si es en festivos. El CC de Schweppes, SA (BOE 25-5-2016) establece una compensación del 200%.

<sup>332</sup> CC de Uniprex, SAU (BOE 21-7-2016); Fundación Secretariado Gitano (BOE 2-8-2016).

<sup>333</sup> Sobre esta cuestión vid. TRILLO PARRAGA, F.: Op. cit., páginas 116 y 117.

<sup>334</sup> CC Iberdrola Ingeniería y Construcción, SAU (BOE 6-6-2016); Uniprex, SAU (21-7-2016); Iberdrola Inmobiliaria, SAU (BOE 23-2-2016); CC estatal de pastas, papel y cartón (BOE 19-5-2016).

<sup>335</sup> CC Marco de UGT (BOE 1-1-2016); Hewlett Packard Customer Delivery Services, SL (BOE 19-4-2016); Mantenimiento y Montajes Industriales, SA (BOE 29-4-2016); Refresco Iberia, SAU (BOE 2-5-2016).

autor para sostener que ello permite la compensación en el año siguiente, rompiendo así el principio de anualidad<sup>336</sup>.

En algún caso es posible detectar la posibilidad de acumular los descansos compensatorios en días o jornadas completas o incluso añadirse a las vacaciones<sup>337</sup>, pudiendo requerirse en estos casos el acuerdo entre la empresa y el trabajador<sup>338</sup>. También es posible encontrar casos en los que se exige un mínimo de horas para poder optar a la compensación<sup>339</sup>.

También hay modalidades intermedias a la hora de la retribución, que establecen la retribución en metálico, pero con la posibilidad de acuerdo de compensación con tiempo de descanso<sup>340</sup>; o bien condiciona la compensación a que se alcance un acuerdo entre empresario y trabajador<sup>341</sup>. Hay convenios que establecen sistemas de compensación con descansos, pero si esta no se produce en un determinado plazo, o no resulta posible la compensación en descanso, se establece la obligación de abonar las horas en metálico<sup>342</sup>; o bien convenios que establecen la compensación como sistema general, salvo casos de fuerza mayor o imposibilidad, que se abonarán en metálico<sup>343</sup> o en los que se señala simplemente el carácter preferente de la compensación con descanso<sup>344</sup>. Es posible encontrar convenios que regulan sistemas totalmente mixtos, en los que tanto es posible la retribución en metálico, como la retribución en descanso<sup>345</sup>. En estos convenios resulta esencial señalar qué sujeto es el que tiene la capacidad para optar por un sistema de retribución u otro, que es normalmente el trabajador<sup>346</sup>, pero también hay convenios que otorgan esta facultad al empresario<sup>347</sup>. En algún caso incluso se evidencia que se pretende fomentar la compensación con descanso, por la vía de incrementar el descanso, superando así el tiempo de realización de las horas extraordinarias, y superando el incremento del salario que supondría optar por esta otra alternativa<sup>348</sup>.

---

<sup>336</sup> RODRIGUEZ PASTOR, G.E.: Op. cit., página 97.

<sup>337</sup> CC Fundación Secretariado Gitano (BOE 2-8-2016); CC estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (BOE 10-8-2016); CC estatal de perfumerías y afines (BOE 19-1-2016); Iberdrola Inmobiliaria, SAU (BOE 23-2-2016); Radio Popular, SA-COPE (BOE 20-5-2016).

<sup>338</sup> CC Iberdrola Ingeniería y Construcción, SAU (BOE 6-6-2016).

<sup>339</sup> Así el CC Fundación Secretariado Gitano (BOE 2-8-2016), que señala que el período mínimo a compensar es de una hora.

<sup>340</sup> CC de Marc Clear, SL (BOE 6-6-2016); ESC Servicios Generales, SL (BOE 2-2-2016).

<sup>341</sup> CC marco para establecimientos financieros de crédito (BOE 1-3-2016).

<sup>342</sup> CC Grupo Muerde la Pasta (BOE 19-1-2016); CC estatal de perfumerías y afines (BOE 19-1-2016); ECA Entidad colaboradora de la Administración, SLU e Instituto de Calidad, SAU (BOE 16-2-2016); Mediapost Spain, SL (BOE 16-2-2016).

<sup>343</sup> CC de Dürr System Spain, SA (BOE 20-4-2016).

<sup>344</sup> CC de Tankant Seguridad, SLU (BOE 29-4-2016).

<sup>345</sup> CC de Grupo Rodilla (BOE 21-1-2016); NTV Logística, SA (BOE 2-2-2016); sector de empresas de publicidad (BOE 10-2-2016); Hewlett Packard Customer Delivery Services, SL (BOE 19-4-2016).

<sup>346</sup> Así, el CC de Uniprex, SAU (BOE 21-7-2016) señala que cabe tanto la compensación económica como en tiempo de descanso, correspondiendo durante los tres primeros meses a la empresa la opción y, a partir de ahí, al trabajador (salvo coincidencia de varias solicitudes de trabajadores, que deben ser resueltas por la empresa en base al orden de prelación que ella establezca). El CC estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (BOE 10-8-2016) otorga la opción al trabajador, si bien en caso de optarse por el período de descanso, es necesario el acuerdo con el empresario para concretar el día de disfrute. El CC de Hewlett Packard Customer Delivery Services, SL (BOE 19-4-2016) establece que será competencia del trabajador optar por un sistema u otro; de igual manera el CC nacional para la industria de pastas alimenticias (BOE 22-4-2016); o el CC estatal de pastas, papel y cartón (BOE 19-5-2016).

<sup>347</sup> CC de Gold Advance Investments, SL (BOE 29-4-2016).

<sup>348</sup> Así el CC estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (BOE 10-8-2016), que establece un incremento del salario del 25% respecto del valor de la hora ordinaria, pero un incremento de un 50% del descanso respecto del período de la hora/s extraordinaria/s realizadas.

Se puede localizar la existencia de convenios colectivos que establecen sistemas aún más complejos, fijando alternativamente tanto la posibilidad de compensación con descanso como con retribución de un complemento económico; pero además, se establecen sistemas de compensación y retribución, es decir actuando conjuntamente, de manera que se retribuye por debajo del valor de la hora ordinaria y por debajo de la hora completa de descanso por cada hora extraordinaria, pero con ambos conceptos al mismo tiempo<sup>349</sup>.

Debe tenerse en cuenta que la realización de horas extraordinarias supone un incremento a la jornada realizada, pero este incremento no debe afectar a los descansos entre jornada y jornada, de manera que deba respetarse estrictamente esta cuestión, lo cual ha sido puesto de manifiesto por algún convenio, que señala la necesidad de que se altere el inicio de la jornada laboral siguiente para dar cumplimiento a esta exigencia<sup>350</sup>.

## **10. La flexibilidad del tiempo de descanso: el caso de las vacaciones**

En materia de vacaciones también es perfectamente posible encontrar mecanismos de flexibilidad que se introducen a través de la negociación colectiva. De entrada, hay que hacer referencia a una cuestión que ya hemos señalado con anterioridad, el tema de la retribución: el art. 38.1 ET establece el carácter retribuido de las vacaciones (que en realidad ya está reconocido por la propia Constitución en su art. 40.2), pero no aclara cuál ha de ser el salario a percibir por el trabajador durante. Ello hace que surja la duda, duda de enorme relevancia, no sólo por el hecho de que las vacaciones deban ser necesariamente retribuidas, sino por el hecho de que la retribución es la principal garantía del efectivo disfrute de las mismas<sup>351</sup>. En principio ésta se resuelve por parte de la negociación colectiva que establece la retribución de las vacaciones. La cuestión es si existe un mínimo que la negociación colectiva debería necesariamente respetar<sup>352</sup>. Pues bien, tanto el art. 38.1 ET, ni el art. 7 de la Directiva 2003/88/CE se limitan a reconocer el carácter retribuido de las vacaciones, pero sin especificar nada respecto de su cuantía. Sin embargo, el Convenio 132 OIT en su art. 7.1 establece el principio de equivalencia en la retribución de las vacaciones<sup>353</sup>; es decir, que el trabajador ha de percibir “por lo menos su remuneración normal o media”. Pese a ello, no es extraño encontrar en la negociación colectiva ejemplos de salarios de vacaciones por debajo de la retribución mensual normal y, de hecho, este planteamiento ha sido apoyado ampliamente por parte de la jurisprudencia laboral nacional<sup>354</sup>, que estima que en caso de conflicto entre lo establecido por el art. 7.1 del Convenio 132 OIT y los convenios colectivos que regulan un salario de vacaciones inferior al ordinario o normal, y ello tanto en base al derecho a la negociación colectiva, como a la interpretación de que el Convenio 132 OIT es la típica norma internacional “non self executing”, que debe ser transpuesta al ordenamiento nacional y en nuestro país este procedimiento lo hacen los propios convenios colectivos<sup>355</sup>. Al Convenio 132 OIT se otorga un papel meramente subsidiario, entendiéndose que es tan sólo de aplicación en aquellos casos en los que no existe regulación sobre la cuantía del salario de vacaciones

---

<sup>349</sup> Así el CC del Grupo Enagas (BOE 16-5-2016)

<sup>350</sup> CC de Repsol Química, SA (BOE 11-8-2016).

<sup>351</sup> En este sentido GORELLI HERNANDEZ, J.: *El derecho al disfrute efectivo de las vacaciones*, Tecnos, Madrid 2014, página 41.

<sup>352</sup> Sobre la cuestión RODRIGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: “Instrumentos de gestión (...)”, op. cit., página 730.

<sup>353</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V. y CHARRO BAENA, P.: *Las vacaciones laborales*, Thomson-Aranzadi, Pamplona 2003, página 114.

<sup>354</sup> Sobre la cuestión vid. GORELLI HERNANDEZ, J.: “Sobre el necesario retorno al principio de equivalencia en el salario de vacaciones”, *Revista de Derecho Social* nº 67, páginas 77 y ss.

<sup>355</sup> GORELLI HERNANDEZ, J.: “Sobre el necesario retorno (...)”, op. cit., páginas 84 y 85.

en el convenio colectivo aplicable (lo cual no deja de ser paradójico, pues es la misma jurisprudencia la que niega la aplicabilidad de la norma OIT en base a la necesidad de que la negociación colectiva la complete, para, a continuación, afirmar que si no hay regulación en convenio colectivo estimar que sí es de aplicación la norma OIT<sup>356</sup>).

No obstante lo anterior, la jurisprudencia comunitaria ha establecido una interpretación del art. 7.1 de la Directiva 2003/88/CE coincidente con el principio de equivalencia que emana del art. 7 del Convenio 132 OIT: las SSTJS de 16 de marzo de 2006, caso Robinson-Steele<sup>357</sup>; 20 de enero de 2009, caso Schultz-Hoff<sup>358</sup>; o las SSTJUE de 15 de septiembre 2011, caso Williams<sup>359</sup> y de 22 mayo de 2014, asunto Lock<sup>360</sup> han fijado una dirección totalmente distinta y contradictoria con la doctrina jurisprudencial española que admite la posibilidad de fijar salarios de vacaciones inferiores al ordinario<sup>361</sup>. Por tanto, puede observarse como la jurisprudencia comunitaria viene a imponer el principio de equivalencia retributiva, el cual, como expusimos, ha venido siendo eludido por la jurisprudencia española, admitiendo regulaciones convencionales que implican un salario de vacaciones inferior a la retribución ordinaria o normal del trabajador<sup>362</sup>. No es, por tanto, anómalo, encontrar en la negociación colectiva convenios que establecen un salario de vacaciones inferior al ordinario o normal<sup>363</sup>.

Pues bien, en base al principio de primacía del ordenamiento comunitario y su interpretación por parte del TJUE, la propia jurisprudencia nacional ha comenzado a dar marcha atrás en la doctrina hasta ahora imperante, y ha comenzado a estimar de aplicación el principio de equivalencia en el salario de vacaciones<sup>364</sup>. En todo caso, es posible encontrar convenios colectivos que apuestan por este principio de equivalencia retributiva<sup>365</sup>, fijando normalmente el salario de vacaciones como el promedio del salario real percibido por el trabajador en los X meses anteriores; si bien todavía es posible ver convenios colectivos que regulan un salario de vacaciones inferior al ordinario<sup>366</sup>.

En segundo lugar, está la cuestión relativa a los períodos de disfrute. Tradicionalmente en nuestro país el período de vacaciones suele hacerse coincidir con el

---

<sup>356</sup> Vid. GORELLI HERNANDEZ, J.: “Sobre el necesario retorno (...)”, op. cit. página 90.

<sup>357</sup> Asuntos acumulados C-131/2004 y C-257/2004.

<sup>358</sup> Asuntos acumulados C-350/2006 y C-520/2006.

<sup>359</sup> Asunto C-155/2010

<sup>360</sup> Asunto C-539/2012.

<sup>361</sup> Sobre este tema puede verse a GORELLI HERNANDEZ, J.: “Sobre el necesario retorno (...)”, op. cit., páginas 92 y ss.

<sup>362</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “El impacto de la jurisprudencia comunitaria en la regulación de las vacaciones”. *Temas Laborales*, nº 130 (2015), página 308.

<sup>363</sup> CC de Grupo ASV Servicios Funerarios (BOE 26-2-2015)

<sup>364</sup> Esta cuestión se planteaba ya por algún sector doctrinal, así GORELLI HERNANDEZ, J.: *El derecho al disfrute* (...), op. cit., páginas 85 y ss; este mismo autor en “Sobre el necesario retorno (...)”, op. cit., página 96; confirmándose ahora por esta nueva interpretación jurisprudencial nacional, que ya se recoge en GORELLI HERNANDEZ, J. y GUTIERREZ PEREZ, M.: “La regulación convencional de la retribución de las vacaciones anuales: últimas tendencias jurisprudenciales”, pendiente de publicación en la revista *Trabajo y Derecho*.

<sup>365</sup> CC estatal de las empresas de seguridad (BOE 12-1-2015); CC estatal de industrias de elaboración del arroz (BOE 3-2-2015); Recuperación de Materiales Diversos, SA (BOE 10-2-2015); Vigilancia Integrada, SA (BOE 10-2-2015); Swissport Spain, SA (BOE 11-6-2015); CC de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos (BOE 6-8-2015); CC estatal de la industria metalgráfica y de fabricación de envases metálicos (BOE 11-8-2015); CC general de la Industria Química (BOE 19-8-2015); CC estatal para las empresas de seguridad (BOE 18-9-2015); Sinergias de Vigilancia y Seguridad, SA (BOE 25-9-2015); Repsol Lubricantes y Especialidades, SA (9-11-2015).

<sup>366</sup> CC acuicultura marina nacional (BOE 19-8-2015); Danone, SA (BOE 20-8-2015); Iberdrola Grupo (BOE 25-9-2015).

período estival, de hecho, no es precisamente extraño encontrar que la negociación colectiva sigue focalizando el disfrute de las vacaciones en período estival, pudiendo establecerse diferentes períodos de disfrute entre los meses de junio a septiembre inclusive<sup>367</sup>, o convenios con una preferencia convencional para el disfrute dentro del período veraniego<sup>368</sup>, o que ante la falta de acuerdo estipulan el disfrute de parte de las vacaciones en período estival<sup>369</sup>. Otros convenios aseguran la posibilidad de disfrutar una parte de las vacaciones en período estival<sup>370</sup>; y, por supuesto, también puede pactarse que obligatoriamente un mínimo del período de vacaciones haya de disfrutarse en período estival<sup>371</sup>. También es posible encontrar todavía convenios que establecen las vacaciones en los períodos de cierre o paralización anual de la actividad productiva<sup>372</sup>, lo cual suele coincidir en período estival.

En todo caso, el art. 38.2 ET establece que el período de disfrute se fijará de común acuerdo entre las partes, si bien se hará de conformidad a lo establecido en su caso en los convenios colectivos sobre planificación anual de las vacaciones; lo cual hace que la mayoría de los convenios colectivos, de una u otra manera, tengan en cuenta las necesidades productivas de las empresas, lo que, evidentemente, limita la capacidad del trabajador para concretar las fechas que le interesan. Ello permite la posibilidad de que a través del convenio colectivo se puedan establecer reglas que facilitan el disfrute de las vacaciones en períodos que sean más interesantes para el empresario, evitando, por ejemplo, que la mayoría de los trabajadores disfruten de sus vacaciones en períodos en los que hay puntas de producción. Estos sistemas pueden consistir simplemente en incentivar el disfrute en períodos no estivales (por ejemplo), a través de la ampliación del derecho de vacaciones si el trabajador las disfruta en otro período diferente<sup>373</sup>, o bien el abono de algún complemento salarial por disfrutar las vacaciones fuera del período que se pretende evitar<sup>374</sup>; en otros casos se limita el período máximo de vacaciones que un trabajador puede disfrutar en período estival, de manera que se genera una situación de fraccionamiento de las vacaciones si el trabajador quiere disfrutarlas dentro de dicho período<sup>375</sup>, llegando en algún caso a imponerse este fraccionamiento<sup>376</sup>. En otros casos se plantea una facultad reconocida por convenio a tenor de la cual el empresario pueda adjudicar ciertos períodos de vacaciones (normalmente no todo el período) a grupos específicos de trabajadores por motivos justificados<sup>377</sup>; o bien reconocer el derecho de los trabajadores a las vacaciones en

<sup>367</sup> CC de Federación Farmacéutica, SCCL (BOE 12-1-2015); Mercedes Benz Retail, SA (BOE 7-2-2016); Equipos Nucleares, SA (BOE 26-2-2015); Centro Cooperativo Farmacéutico, SCA (BOE 1-4-2015); Repsol Química, SA (21-5-2016).

<sup>368</sup> CC de Estudios e Ingeniería Aplicada XXI, SA (BOE 3-7-2015); Incatema, SL (BOE 3-7-2015); CC estatal de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón e industrias auxiliares (BOE 15-7-2015); La Veneciana, SA (BOE 4-11-2015); Hermandad Farmacéutica del Mediterráneo, SCL (BOE 6-11-2015); Repsol Lubricantes y Especialidades, SA (9-11-2015).

<sup>369</sup> CC de Servicios de Infraestructuras Electricas de Levante, SL (BOE 25-9-2015).

<sup>370</sup> CC de Burguercampo, SL (BOE 11-6-2015); CC sector ocio educativo y animación sociocultural (BOE 15-7-2015); .

<sup>371</sup> CC Cegedim Hispania, SAU (BOE 10-2-2015); Axafone Telecomunicaciones, SL (BOE 10-3-2015).

<sup>372</sup> ELA Hiermor Asociados, SLU (BOE 31-3-2015).

<sup>373</sup> CC de Supersol Spain, SLU, Cashdiplo, SLU y Superdistribución Ceuta, SLU (BOE 12-1-2015).

<sup>374</sup> CC estatal de industrias de elaboración del arroz (BOE 3-2-2015); Hermandad Farmacéutica del Mediterráneo, SCL (BOE 6-11-2015).

<sup>375</sup> CC de Minas de Almadén y Arrayanes, SA (BOE 14-1-2015), que limita a 15 días las vacaciones que pueden disfrutarse en período estival para los trabajadores del parque minero; Grupo Importaco Frutos Secos (BOE 1-4-2015); Salestarget, SL (BOE 25-5-2016); Asociación de Empleados de Iberia Padres de Minusválidos (BOE 25-6-2015); CC estatal de acción e intervención social (BOE 3-7-2015); Grupo Pastificio (BOE 15-7-2015); CC general de la Industria Química (BOE 19-8-2015).

<sup>376</sup> CC La Casera, SA (BOE 25-9-2015).

<sup>377</sup> ALACTEL LUCENT España, SAU (BOE 10-2-2015).



período estival, pero admitiendo que con carácter extraordinario, la empresa pueda establecer un plan alternativo de vacaciones<sup>378</sup>. También es posible encontrar convenios que reparten la determinación del período de vacaciones a partes iguales entre empresario y trabajador, de manera que cada uno tenga potestad para fijar las fechas de 15 días no del 50% de la duración de las vacaciones<sup>379</sup>. Otros convenios establecen que las vacaciones han de disfrutarse en los períodos de menor actividad productiva en la empresa<sup>380</sup>; y en la misma dirección también es posible encontrar convenios que reconocen al empresario la posibilidad de excluir del período de disfrute de las vacaciones, los períodos de producción punta o de mayor actividad productiva de la empresa<sup>381</sup>.

Muy relacionado con lo anterior, encontramos la posibilidad de disfrute fraccionado de las vacaciones, una cuestión que inicialmente se planteaba en la negociación colectiva como un mecanismo que favorecía la posición del trabajador que podía adaptar mejor las vacaciones a sus necesidades (de hecho no son extraños los convenios que plantean el disfrute fraccionado a opción del trabajador<sup>382</sup>), pero que en la actualidad comienza a verse como una necesidad de las empresas para no ver reducida su capacidad productiva en una época determinada del año (especialmente durante el período veraniego), pudiendo encontrar convenios que autorizan a la empresa a fraccionar el disfrute de las vacaciones<sup>383</sup>. Nuestro ordenamiento no regula de manera expresa el disfrute fraccionado, si bien de la literalidad del art. 38.2 ET podría deducirse esta posibilidad, al referirse a “El período o períodos de su disfrute (...)”<sup>384</sup>. En todo caso se cuenta con el Convenio 132 OIT cuyo art. 8 admite esta posibilidad, si bien establece la necesidad de que una de las fracciones tenga una duración mínima de dos semanas ininterrumpidas, favoreciendo de esta manera la consecución del objetivo básico de la institución que no es otro que la recuperación del trabajador, que no sería factible si las vacaciones se dividiese en porciones excesivamente pequeñas. Así, no es extraño encontrar en la negociación colectiva el disfrute fraccionado de las vacaciones, pero con esta limitación de las dos semanas ininterrumpidas, o lo que es lo mismo 10 días laborables<sup>385</sup>. Sin embargo, también es posible encontrar convenios que establecen la posibilidad de períodos inferiores a esos 15 días, lo que supondría una vulneración de lo establecido por el Convenio 132 OIT<sup>386</sup>. También hay convenios que admiten el fraccionamiento en dos períodos, el menor de los cuales tendrá una duración mínima de dos semanas, lo que indirectamente supone que siempre habrá un período superior a dos

---

<sup>378</sup> CC Euro Pool System España, SLU (BOE 10-3-2015).

<sup>379</sup> CC de Ex In Técnicas Tubulares, SL (BOE 1-4-2015); Mediapost Spain, SL (BOE 4-5-2015); CC para la acuicultura marina nacional (BOE 19-8-2015); Fujitsu Technology Solutions, SA (BOE 20-8-2015).

<sup>380</sup> CC del grupo de empresas de servicios del Real Automóvil Club de España (BOE 21-4-2015).

<sup>381</sup> CC de HM Clause Ibérica, SA (BOE 11-2-2015); Servicios Operativos Internos, SAU (BOE 21-4-2015); CC acuicultura marina nacional (BOE 19-8-2015); CC general de la Industria Química (BOE 19-8-2015); Cepl Iberia, SL (BOE 25-9-2016); CC sector de industrias de aguas de bebida envasadas (BOE 9-10-2015); CC estatal para las industrias de turrones y mazapanes (BOE 14-10-2015).

<sup>382</sup> CC estatal de acción e intervención social (BOE 3-7-2015); CC de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos (BOE 6-8-2015).

<sup>383</sup> CC Ediciones Primera Plana, SA, Logística de Medios de Cataluña, SL, Zeta Servicios y Equipos, SA, Zeta Gestión de Medios, SA y Grupo Zeta, SA (BOE 26-3-2015); Grupo Importaco Frutos Secos (BOE 1-4-2015); Compañía Castellana de Bebidas Gaseosas, SL (BOE 15-4-2015); Iberdrola Grupo (BOE 25-9-2015).

<sup>384</sup> GORELLI HERNANDEZ, J.: *El derecho al disfrute (...)*, op. cit., página 159.

<sup>385</sup> CC de Praxair España, SL (BOE 12-1-2015); CC de Supersol Spain, SLU, Cashdiplo, SLU y Superdistribución Ceuta, SLU (BOE 12-1-2015); Minas de Almadén y Arrayanes, SA (BOE 14-1-2015); Recuperación de Materiales Diversos, SA (BOE 10-2-2015); Grupo ASV Servicios Funerarios (BOE 26-2-2015); Swissport Spain, SA (BOE 11-6-2015).

<sup>386</sup> General Optica, SA (BOE 4-11-2015).

semanas ininterrumpidas<sup>387</sup>. En algún caso se establece el número máximo de períodos vacacionales que pueden disfrutarse de manera fraccionada<sup>388</sup>.

Por último, una cuestión no prevista expresamente por la regulación legal, pero que cada vez es más frecuente encontrar en la negociación colectiva: la posibilidad de que el empresario pueda, por sus necesidades productivas, proceder a la paralización del disfrute de las vacaciones del trabajador, que deberá interrumpir sus vacaciones y reincorporarse al trabajo. Se trata de una posibilidad que, a mi juicio, es tremendamente criticable y ha de cuestionarse su legalidad, pues este tipo de planteamiento puede ser contrario a la consecución de los objetivos que se persiguen con el derecho a las vacaciones. De otro lado, también hay que señalar los perjuicios económicos que ello puede suponer: no en vano el art. 38.3 ET establece la necesidad de que el trabajador conozca, al menos, con dos meses de antelación la fecha de disfrute de las vacaciones, permitiéndole prepararlas y proceder a los desembolsos económicos que ellas puedan suponer. Entiendo que una vez fijadas las fechas de vacaciones por acuerdo entre empresario y trabajador, el convenio no puede regular la capacidad de una de las partes para modificar tales fechas; sólo una situación de fuerza mayor podría generar la alteración y, por supuesto, siempre y cuando el empresario se haga cargo de los costes económicos que dicha alteración pudieran suponer para el trabajador. Otra posibilidad sería la de un acuerdo interpartes, pero dicho acuerdo debe ser de carácter individual y nunca una imposición del empresario.

No obstante la negociación colectiva ha reconocido la posibilidad de modificar o alterar el disfrute de las fechas de vacaciones sin exigir una causa específica, sino que la cuestión queda incluida dentro de las facultades directivas del empresario, que puede, con carácter previo a la fecha señalada, obligar al trabajador a retrasar sus vacaciones o interrumpirlas, estableciendo la necesidad de que ambas partes lleguen a un nuevo acuerdo sobre las fechas de vacaciones, si bien, al menos la empresa habrá de hacerse cargo de los gastos ocasionados al trabajador, llegando a fijarse en algún caso una cuantía mínima equivalente a un porcentaje del salario del trabajador, o una cantidad a tanto alzado, e incluso en algún caso al derecho del trabajador a un incremento de las vacaciones, sobre todo cuando su reincorporación ha de producirse durante el disfrute de las vacaciones<sup>389</sup>.

Podemos encontrar la situación contraria, la modificación de fechas de vacaciones por interés del trabajador, pero en este caso no estamos, desde luego, ante la concesión por el convenio de un poder al trabajador para alterar tales fechas, sino simplemente en el reconocimiento de un derecho legalmente establecido, me refiero a los supuestos de coincidencia del disfrute de vacaciones con una incapacidad temporal o con el disfrute de la suspensión del contrato por maternidad, cuestiones actualmente reguladas en el art. 38.3 ET: es ya habitual que la negociación colectiva recoja esta posibilidad, si bien en la mayoría de los casos se trata de una mera remisión a las normas legales mencionadas, o una mera reiteración de las mismas<sup>390</sup>. Nada, por tanto,

---

<sup>387</sup> CC de Centro Cooperativo Farmacéutico, SCA (BOE 1-4-2015); Aunar Group 2009, SL (BOE 13-4-2015); Fertiberia, SA (BOE 25-8-2015).

<sup>388</sup> Es el caso del CC de Minas de Almadén y Arrayanes, SA (BOE 14-1-2015), que fija esta posibilidad en tres períodos diferentes.

<sup>389</sup> CC de Praxair España, SL (BOE 12-1-2015); Repsol Petróleo, SA (BOE 11-6-2015); Philips Ibérica, SAU (BOE 3-7-2015); Fujitsu Technology Solutions, SA (BOE 20-8-2015); Petronor, SA (BOE 4-9-2015); Repsol Lubricantes y Especialidades, SA (9-11-2015).

<sup>390</sup> CC de Federación Farmacéutica, SCCL (BOE 12-1-2015); CC estatal de las empresas de seguridad (BOE 12-1-2015); CC de Supersol Spain, SLU, Cashdiplo, SLU y Superdistribución Ceuta, SLU (BOE 12-1-2015); CC Marco Grupo E.ON España (BOE 30-1-2015); CC estatal de industrias de elaboración del arroz (BOE 3-2-2015); Alcatel Lucent España, SAU (BOE 10-2-2015); Bofrost, SAU (BOE 10-2-2015); Recuperación de Materiales Diversos (BOE 10-2-2015); Vigilancia Integrada, SA (BOE 10-2-

equivalente al reconocimiento convencional (desde mi punto de vista contrario a la legalidad) de una facultad como la del empresario; si bien en algún caso se señala la posibilidad de acumular vacaciones a períodos de IT o maternidad<sup>391</sup>.

Esta posibilidad supone la ruptura del principio de anualidad (la necesidad de que el año natural sirva de plazo de devengo y disfrute de las vacaciones al mismo tiempo), si bien es una posibilidad con aval legal. Sin embargo, la negociación colectiva ha ido incluyendo otra ruptura de este principio al reconocer la posibilidad de proceder a disfrutar de las vacaciones no aprovechadas en un plazo inmediatamente posterior a la finalización del año natural, es decir, dentro del año siguiente, rompiendo así el principio de anualidad<sup>392</sup>, lo cual es cuestionable desde el punto de vista de la regulación legal. Por el contrario, hay convenios que prevén expresamente la pérdida del derecho de vacaciones si no se disfrutaron dentro del año natural<sup>393</sup>; o al menos la necesidad de disfrute dentro del año natural<sup>394</sup>.

## 11. Descanso semanal y flexibilidad laboral

En cuanto al descanso semanal, dos son principalmente las posibilidades que el ordenamiento ha establecido para facilitar la flexibilidad al empresario: de un lado la posibilidad de acumular el descanso semanal por períodos de dos semanas o catorce días; de manera que el trabajador desarrolle una prestación de once días de trabajo continuado y descanse tres días ininterrumpidos. Con ello se facilita que el empresario

---

2015); Equipos Nucleares, SA (BOE 26-2-2015); European Air Transport Leipzig, GMBH (BOE 26-2-2015); Grupo ASV Servicios Funerarios (BOE 26-2-2015); Trane Aire Acondicionado, SL (BOE 5-3-2015); CC peluquerías, institutos de belleza y gimnasios (BOE 31-3-2015); Centro Cooperativo Farmacéutico, SCA (BOE 1-4-2015); Grupo Importaco Frutos Secos (BOE 2-4-2015); Compañía Castellana de Bebidas Gaseosas, SL (BOE 15-4-2015); Swissport Spain, SA (BOE 11-6-2015); Burguercampo, SL (BOE 11-6-2015); Estudios e Ingeniería Aplicada XXI, SA (BOE 3-7-2015); Incatema, SL (BOE 3-7-2015); CC estatal de acción e intervención social (BOE 3-7-2015); Grupo Pastificio (BOE 15-7-2015); CC sector de harinas panificables y sémolas (BOE 15-7-2015); CC de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos (BOE 6-8-2015); CC acuicultura marina nacional (BOE 19-8-2015); CC general de la Industria Química (BOE 19-8-2015); Danone, SA (BOE 20-8-2015); Fujitsu Technology Solutions, SA (BOE 20-8-2015); CC general de la industria textil y confección (BOE 21-8-2015); Fertiberia, SA (BOE 25-8-2015); Frit Ravich, SL (BOE 29-8-2015); Petronor, SA (BOE 4-9-2015); CC estatal para las empresas de seguridad (BOE 18-9-2015); Cepl Iberia, SL (BOE 25-9-2015); Iberdrola Grupo (BOE 25-9-2015); Lufthansa (BOE 25-9-2015); CC estatal para las industrias de turrónes y mazapanes (BOE 14-10-2015); CC sector del corcho (BOE 14-10-2015); General Optica, SA (BOE 4-11-2015); Grupo de empresas VIPS (BOE 19-11-2015); CC sectorial de ámbito estatal de las administraciones de loterías (BOE 7-12-2015); Thales España GRP, SAU (BOE 9-12-2015).

<sup>391</sup> CC del Grupo Asegurador Reale (BOE 29-4-2015); CC sector ocio educativo y animación sociocultural (BOE 15-7-2015); CC estatal de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón e industrias auxiliares (BOE 15-7-2015).

<sup>392</sup> CC de Bofrost, SAU (BOE 10-2-2015); Geodis Logistic Spain, SLU (BOE 5-3-2015); Nokia Solutions and Networks Spain, SL (BOE 25-4-2015); Grupo Asegurador Reale (BOE 29-4-2015); Repsol Química, SA (21-5-2016); Estudios e Ingeniería Aplicada XXI, SA (BOE 3-7-2015); Incatema, SL (BOE 3-7-2015); Philips Ibérica, SAU (BOE 3-7-2015); Grupo Constant Servicios Empresariales, SAU (BOE 19-8-2015); Fujitsu Technology Solutions, SA (BOE 20-8-2015); Dematic Logistic Systems, SA (BOE 5-11-2015); Repsol Lubricantes y Especialidades, SA (9-11-2015).

<sup>393</sup> CC de Salestarget, SL (BOE 25-5-2015); Repsol Petróleo, SA (11-6-2015), en este caso se prevé la pérdida del derecho a las vacaciones, salvo acuerdo entre la empresa y el trabajador; Servicios de Infraestructuras Eléctricas de Levante, SL (BOE 25-9-2015); Lufhansa, Líneas Aéreas Alemanas y su personal en España (BOE 25-9-2015).

<sup>394</sup> CC estatal de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón e industrias auxiliares (BOE 15-7-2015); Alianzas y Subcontratas, SA (BOE 6-8-2015); CC de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos (BOE 6-8-2015); Inaer Helicópteros, SAU (BOE 19-8-2015); Fertiberia, SA (BOE 25-8-2015); Centro Farmacéutico, SL (BOE 14-10-2015); Thales España GRP, SAU (BOE 9-12-2015).

tenga una mayor capacidad para ampliar los períodos de trabajo sin necesidad de que haya interrupciones de carácter semanal. De esta manera el descanso deja de ser meramente semanal, pasando a ser un descanso bisemanal. La otra posibilidad legalmente reconocida es evitar el descanso dominical: el art. 37.1 ET tan sólo establece que el descanso dominical (entendiendo por esta cuestión el descanso durante el sábado por la tarde y el domingo completo, o el domingo completo y mañana del lunes) se disfrutará como regla general; es decir, que la regla del descanso dominical carece en nuestro ordenamiento de imperatividad<sup>395</sup>, de manera que todos los días de la semana son iguales a los efectos del descanso semanal, pudiendo este disfrutarse otros días de la semana (siempre y cuando sean día y medio y tenga carácter ininterrumpido).

Cabe resaltar que el descanso semanal no es precisamente la institución sobre tiempo de trabajo (en este caso, de descanso) que es más frecuentemente regulada por la negociación colectiva: muchos convenios colectivos no regulan esta cuestión, siendo aplicable la regulación legal. Aparentemente esta cuestión se regula por la negociación colectiva cuando se pretende separar del régimen legal, bien por fijar el descanso semanal en días diferentes del fin de semana, o bien por establecer la acumulación del descanso semanal en períodos de hasta catorce días.

En cuanto a la acumulación del descanso semanal, no es precisamente algo extraño dentro de la negociación colectiva, señalándose en algunos casos la posibilidad del descanso acumulado en períodos de catorce días por necesidades de la empresa<sup>396</sup>; o bien el convenio prevé que la empresa pueda organizar el descanso semanal en períodos de dos semanas, sin necesidad de que haya una causa productiva específica<sup>397</sup>.

Cabría preguntarse si, a tenor de la literalidad del art. 37.1 ET, que permite la acumulación por períodos de “hasta” catorce días, es factible una acumulación del descanso semanal por períodos inferiores a las dos semanas, pero superior a la semana. Sobre esta cuestión hay que señalar la complejidad de un sistema de estas características, pues es difícil cuadrar descansos en días completos, resultando normalmente fracciones de día de descanso, lo que hace que esta posibilidad no se haya planteado en la negociación colectiva. Pero, sobre todo, entiendo que esta posibilidad no es viable y sería contraria a la legalidad: entiendo que el descanso semanal ha de disfrutarse por semanas completas, o por dos semanas completas, pues el módulo es necesariamente semanal. Podemos afirmar que la interpretación correcta de la literalidad de la norma legal es la de estimar que el módulo del descanso semanal, es, como su propia denominación indica, semanal.

De igual manera, también es frecuente encontrar en los convenios colectivos reglas que señalan que no es obligatorio el descanso dominical, pudiendo disfrutarse los descansos de manera ininterrumpida otros días de la semana, lo cual se suele vincular a las necesidades productivas de la empresa<sup>398</sup>, pudiendo establecerse sistemas rotatorios en la distribución del descanso semanal<sup>399</sup>. En algún caso se garantiza un mínimo de

---

<sup>395</sup> MONREAL BRINGSVAERD, E.: *La jornada de trabajo (...)*, op. cit., página 138.

<sup>396</sup> CC de Servicios Integrales de Fincas Urbanas de Madrid, SL (BOE 5-1-2016); ECA Entidad colaboradora de la Administración, SLU, e Instituto de Calidad, SAU (BOE 16-2-2016) Radio Popular SA-COPE (BOE 20-5-2016).

<sup>397</sup> Grupo de empresas Rodilla (BOE 21-1-2016).

<sup>398</sup> CC de Servicios Integrales de Fincas Urbanas de Madrid, SL (BOE 5-1-2016) Soluciones de Externalización Hotelera, SL (BOE 16-5-2016); Grupo Enagas (BOE 16-5-2016); CC nacional de universidades privadas, centros universitarios privados y centros de formación de postgraduados (BOE 16-5-2016).

<sup>399</sup> CC del Grupo de empresas muerde la pasta (BOE 19-1-2016); Grupo de empresas Rodilla (BOE 21-1-2016); Dealz España, SL (BOE 5-2-2016); Unión de Detallistas Españoles, Soc. Coop., Grupo Técnico, SA y Coidec, SA (BOE 10-2-2016); Grupo Zena (BOE 3-3-2016); Ticketbis, SL (BOE 23-5-2016); TM Resources, SL (BOE 23-5-2016).

descansos durante fin de semana a lo largo del año<sup>400</sup>. También es posible encontrar convenios que si bien consagran el descanso semanal, establecen ciertas actividades que han de prestarse a lo largo de toda la semana (mantenimiento, reparación, limpieza, vigilancia, etc.), de manera que en estos casos los trabajadores deben ir rotando en su descanso semanal en días que pueden ser diferentes de los propios del descanso dominical<sup>401</sup>. Ciertamente en alguno de estos casos se utiliza este mecanismo como alternativa a las horas extraordinarias o al mecanismo de bolsa de horas, especialmente cuando se contempla por el convenio el trabajo dominical por circunstancias perentorias derivadas de fuerza mayor.

Es posible encontrar convenios que prevén la posibilidad de modificar el descanso semanal establecido, de manera que el trabajador pueda recuperar el día de descanso modificado en un plazo determinado. Ha de tenerse en cuenta que alguno de estos convenios al prever que ello afecte a sólo uno de los días de descanso semanal, en la práctica impone una regla que es contraria a la legalidad, pues se impediría el disfrute ininterrumpido del descanso semanal<sup>402</sup>.

En la misma dirección de romper el principio de no interrupción del descanso semanal, podemos encontrar convenios que permiten la acumulación del medio día del período de día y medio ininterrumpidos que regula el art. 37.1 ET, facilitando su acumulación por períodos de hasta cuatro semanas<sup>403</sup>. Es evidente que una regulación de estas características viola tanto el principio de no interrupción del descanso semanal, como el carácter semanal del módulo de referencia de este descanso (sólo se permite la acumulación por períodos de catorce días, no veintiocho).

## **12. La regulación convencional de la modificación de condiciones vinculadas al tiempo de trabajo**

Con anterioridad hemos señalado que la modificación sustancial es uno de los mecanismos extraordinarios que puede utilizar el empresario para obtener más flexibilidad, una vez que ya se han fijado las condiciones de trabajo. Cabe señalar que es de los pocos mecanismos de flexibilidad extraordinarios que es posible encontrar regulado en la negociación colectiva. No quiero señalar que se trate del único instrumento extraordinario que requiere a la negociación colectiva para su puesta en marcha, pues ello es necesario, en mayor o menor medida, en los diferentes mecanismos extraordinarios, sino que pretendemos subrayar el hecho de que hay convenios que se refieren expresamente a esta cuestión<sup>404</sup>.

En realidad los convenios que se refieren a esta cuestión son escasos, lo cual es reflejo de la escasa utilización de este tipo de mecanismos, pues normalmente las alteraciones que pretende el empresario suelen ser de escasa entidad y no alcanzan la condición de modificación sustancial. La doctrina laboral ha señalado que este mecanismo es fundamentalmente útil cuando se pretende alterar la distribución del horario pactado con carácter estable, por otro horario que tiene la misma estabilidad, o cuando se pretende alterar las condiciones del pacto sobre distribución irregular de la jornada<sup>405</sup>.

---

<sup>400</sup> Así en el caso del CC del Grupo de empresas muerde la pasta (BOE 19-1-2016), que garantiza al menos que el descanso semanal coincida con seis fines de semana al año.

<sup>401</sup> CC estatal del sector de industrias cárnicas (BOE 11-2-2016).

<sup>402</sup> Grupo de empresas Rodilla (BOE 21-1-2016).

<sup>403</sup> CC estatal de pastas, papel y cartón (BOE 19-5-2016).

<sup>404</sup> No obstante podemos encontrar algún ejemplo de convenio que regula el descuelgue o inaplicación de las condiciones pactadas en el propio convenio colectivo, tal como ocurre con el CC general de la industria química (BOE 19-8-2015), si bien no se refiere en exclusiva a las condiciones de tiempo de trabajo, sino a todas las condiciones pactadas en el convenio.

<sup>405</sup> BALLESTER PASTOR, M.A.: Op. cit., páginas 80 y 81.

En diferentes ocasiones los convenios se limitan a remitirse a la regulación legal, es decir, que vienen simplemente a señalar la posibilidad que tiene el empresario, sin añadir nada más o añadiendo poco más<sup>406</sup>; se trata, por tanto, de un mero reconocimiento de la posibilidad que se establece legalmente, si bien se refieren, al menos, a la alteración de las condiciones sobre tiempo de trabajo. En otros casos se regula la modificación sustancial con carácter general; es decir, afectando a todo tipo de condiciones y no específicamente a las vinculadas con el tiempo de trabajo<sup>407</sup>.

En todo caso, la cuestión es paradójica: como sabemos el procedimiento del art. 41 ET se aplica a la modificación de condiciones sustanciales a nivel individual o colectivo, pero no es el procedimiento para alterar o modificar condiciones pactadas en convenio colectivo estatutario, dado que en este caso ha de acudirse a lo dispuesto por la inaplicación o descuelgue regulado en el art. 82.3 ET; por lo tanto, en la mayoría de los casos en que se plantea esta regulación, no puede afectar a condiciones reguladas en el propio convenio que prevé como cauce de modificación esta vía, dado que la regulación legal contenida en el art. 82.3 ET tiene carácter imperativo<sup>408</sup>. Parece como si la negociación colectiva, en estos casos, intentase utilizar el art. 41 ET con la finalidad propia de una distribución irregular de la jornada de trabajo; a mi juicio ello no es posible, dado que está a disposición de los empresarios lo dispuesto en el art. 34.2 ET. No obstante, también es posible encontrar convenios que se refieren en exclusiva a la modificación de condiciones reconocidas a los trabajadores por acuerdos o pactos colectivos, o disfrutadas por estos en virtud de una decisión unilateral del empresario<sup>409</sup>.

En algún caso se establece la capacidad de la empresa para modificar provisional o definitivamente el horario por motivos productivos (alteraciones en la coyuntura de la tercera empresa que ha contratado los servicios de la primera, o por simples necesidades del servicio), lo cual supone una importante alteración de las reglas legales del art. 41 ET, por suponer una autorización convencional para el cambio por parte de la empresa de estas condiciones<sup>410</sup>; en principio no parece que sea posible que se produzca una modificación aun cuando lo autorice el convenio, pues entendemos que las normas del art. 41 ET son imperativas; no obstante es posible encontrar manifestaciones jurisprudenciales en contra<sup>411</sup>. Desde mi punto de vista, en estos casos lo que ocurre es que el convenio considera que el cambio de un horario pactado en el propio convenio colectivo no es una modificación sustancial; pero pierde de vista que no ha de actuarse por la vía de la modificación sustancial, sino por la vía del autodescuelgue del propio convenio colectivo. En realidad lo que pretenden estos convenios es establecer una regla de autorización al empresario para modificar lo establecido en convenio, todo ello en

---

<sup>406</sup> CC estatal de empresas de seguridad (BOE 12-1-2015); Vigilancia Integrada, SA (BOE 10-2-2015); Unicamp Services, SL (BOE 21-4-2015) CC estatal para empresas de seguridad (BOE 18-9-2015); Sinergias de Vigilancia y Seguridad, SA (BOE 25-9-2015); Altura, Drenajes y Contenciones, SL (BOE 3-10-2016); Ilunión Seguridad, SA (BOE 5-4-2016); Tankant Seguridad, SLU (BOE 29-4-2016); Marc Clear, SL (BOE 6-6-2016).

<sup>407</sup> CC general de la industria química (BOE 19-8-2015); ESC Servicios Generales, SL (BOE 2-2-2016); CC estatal para el sector de ortopedias y ayudas técnicas (BOE 15-3-2016); Cia Logística Acotral, SA y Acotral Distribuciones Canarias, SL (BOE 13-4-2016); CC industrias de pastas alimenticias (BOE 22-4-2016); Refresco Iberia, SAU (BOE 2-5-2016); Soluciones de Externalización Hotelera, SL (BOE 16-5-2016).

<sup>408</sup> FABREGAT MONFORT, G.: Op. cit., página 35.

<sup>409</sup> CC de Bellota Heramientas, SAU, Bellota Agrisolutions, SLU y Mirandaola Inversiones y Gestión, SLU (BOE 15-5-2016); Cia Logística Acotral, SA y Acotral Distribuciones Canarias, SL (BOE 13-4-2016).

<sup>410</sup> CC de Geodis Logistics Spain, SLU (BOE 5-3-2015); Transmediterranea, SA (BOE 4-9-2015); CEPSA (BOE 7-6-2016).

<sup>411</sup> Vid. RODRIGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: "Instrumentos de gestión flexible (...)", op. cit., páginas 735 y 736.

base a que es el propio convenio quien lo autoriza. De esta manera lo que se pretende es convertir una capacidad de actuación empresarial basada en el descuelgue o en la modificación sustancial de condiciones, en mero ejercicio de facultades directivas empresariales (*ius variandi*), y ello genera, pese a la aceptación expresa en convenio, evidentes dudas de respeto a la legalidad, pues en la práctica supone que el empresario, unilateralmente, puede cambiar lo pactado<sup>412</sup>. En todo caso, también se afirma, en algunos casos en que así se prevé, que ha de respetarse la normativa vigente, lo cual es contradictorio con el reconocimiento de esta facultad al empresario<sup>413</sup>.

En otros casos se va en la dirección contraria, requiriendo el acuerdo entre empresario y representantes de los trabajadores para el cambio de horario<sup>414</sup>, o limitando la capacidad del empresario, al fijar obligatoriamente que una parte sustancial de la jornada se realice dentro de una determinada franja horaria<sup>415</sup>, e incluso estableciendo un complemento o “compensación de cambio de horario” a favor de los trabajadores, durante todo el tiempo que dure la modificación<sup>416</sup>.

En líneas generales es una regulación bastante parca de la modificación sustancial de condiciones, e incluso cuando se hace referencia al procedimiento, no es más que un esbozo de cómo ha de procederse<sup>417</sup>.

### **13. La flexibilidad en el tiempo de trabajo destinada para el trabajador**

Tal como hemos señalado anteriormente, existe en nuestro ordenamiento diferentes mecanismos de flexibilidad que no están destinados a favorecer la posición del empresario, permitiendo la diversificación de la jornada de trabajo, sino que están orientados a facilitar una mayor capacidad de adaptación a las necesidades del trabajador. En líneas generales estos mecanismos están pensados para facilitar la conciliación entre la vida personal, familiar y profesional del trabajador. Vamos ahora a referirnos a esta cuestión y especialmente a dos mecanismos: el horario flexible y la reducción de la jornada por motivos de carácter familiar.

#### **13.1 El horario flexible**

Un primer mecanismo que podemos detectar es una cuestión que en la actualidad no está regulada por nuestro ordenamiento legal, si bien lo ha estado en etapas anteriores y es el horario flexible.

Sobre esta cuestión podemos señalar que se trata de un mecanismo a tenor del cual el trabajador va a prestar sus servicios en base a un régimen de tiempo de trabajo que implica una cierta libertad para organizar sus horarios, generando una distribución irregular de la jornada, pero a su favor<sup>418</sup>. El horario flexible permite al trabajador ordenar de manera no uniforme su tiempo de trabajo en función de sus preferencias o necesidades familiares. Desde este punto de vista, horario flexible y distribución irregular de la jornada participan de similar naturaleza jurídica, si bien se diferencian por el interés que pretende proteger cada una de estas instituciones<sup>419</sup>.

---

<sup>412</sup> No obstante, tal como ha destacado la doctrina, ello ha llegado a ser aceptado por la jurisprudencia; así LOPEZ CUMBRE, L.: Op. cit., página 104.

<sup>413</sup> Vid. el CC de Geodis Logistics Spain, SLU (BOE 5-3-2015).

<sup>414</sup> CC del personal asalariado al servicio de la Comisión Ejecutiva Confederal de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras (BOE 19-1-2016).

<sup>415</sup> CC marco para las entidades financieras de crédito (BOE 1-3-2016).

<sup>416</sup> Es el caso del CC de Philips Iberica, SAU (BOE 3-7-2015).

<sup>417</sup> CC de Bellota Hiramientas, SAU, Bellota Agrisolutions, SLU y Mirandaola Inversiones y Gestión, SLU (BOE 15-5-2016).

<sup>418</sup> Vid. sobre esta cuestión RODRIGUEZ GONZALEZ, S.: Op. cit., página 197.

<sup>419</sup> RODRIGUEZ GONZALEZ, S.: Op. cit., páginas 198 y 199.

En líneas generales un trabajador desarrolla su prestación de trabajo junto con el resto de los trabajadores, con una coincidencia horaria entre todos (salvo que haya trabajo a turnos, en cuyo caso la coincidencia es con los trabajadores del turno). Ello supone que el empresario cuenta al mismo tiempo con toda la fuerza de trabajo en la empresa (o toda la fuerza disponible del turno), de manera que se suman las diferentes prestaciones de trabajo que se desarrollan al mismo tiempo; hay, por tanto, un principio de simultaneidad<sup>420</sup>: se entra a trabajar a la misma hora, se descansa en los mismos momentos y finaliza la prestación con un mismo horario. Por el contrario, cuando hablamos de horario flexible nos referimos a la existencia de una variedad de horarios, correspondiendo al trabajador un derecho de opción para especificar el horario que más le conviene. Ello supone que el trabajador dispone de un cierto margen de maniobra, según el acuerdo al que se llegue con la empresa, para que pueda fijar el inicio y el final de la jornada de trabajo; si bien normalmente se exige que coincida con el resto de los trabajadores en la empresa en una determinada franja horaria<sup>421</sup>.

Dentro del horario flexible pueden existir diferentes modalidades<sup>422</sup>, no siendo un concepto absolutamente unívoco, pues puede referirse desde fenómenos como el que acabamos de describir, hasta situaciones en las que simplemente se permite a los trabajadores el acceso al trabajo de manera impuntual, recuperando esa falta con un período de tiempo equivalente al retraso al final de la jornada, es lo que podríamos denominar como flexibilidad horaria, más que como horario flexible<sup>423</sup>.

En su sentido más estricto la jornada flexible consiste en dividir el período de trabajo se divide en dos fases diferentes<sup>424</sup>: de un lado una parte del horario será de presencia obligatoria en la empresa, de modo que en estos momentos se desarrolle una prestación simultánea de todos los trabajadores al mismo tiempo<sup>425</sup>; el resto será opcional en cuanto al momento en que el trabajo debe desarrollarse, pudiendo hacerse con carácter previo al tiempo de presencia obligatoria o una vez finalizado este<sup>426</sup>, con períodos de descanso entre un período y otro, o no.

Desde este punto de vista es evidente que el horario flexible supone una situación en que la flexibilidad en la configuración del horario de trabajo favorece al trabajador<sup>427</sup>. Favorece la posibilidad de que compatibilice mejor su vida privada y su vida laboral<sup>428</sup>, pues con ello se consigue que pueda distribuirse la jornada de trabajo teniendo en cuenta no sólo los intereses del empresario, sino también los del propio trabajador, que así podrá adaptar más adecuadamente su jornada de trabajo a las necesidades familiares o a cualquier tipo de interés ajeno a la empresa que pueda tener

---

<sup>420</sup> BORRAJO DACRUZ, E.: "El horario flexible", en AA.VV., coordinados por Efrén Borrajo Dacruz, *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores, Tomo VII*, EDERSA, Madrid 1982, página 224.

<sup>421</sup> VALDES DAL-RE, F.: "Jornada laboral y horarios de trabajo", en AA.VV., *Diecisiete lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid 1977, página 296.

<sup>422</sup> ALARCON CARACUEL, M.R.: *La ordenación del tiempo de trabajo*, Tecnos, Madrid 1988, página 136.

<sup>423</sup> Vid. STS de 17 de diciembre de 2004, RJ 2005\816.

<sup>424</sup> BORRAJO DACRUZ, E.: Op. cit., página 227; de igual manera TUDELA CAMBRONERO, G.: "Horario flexible: reflexiones críticas sobre su concepto y posibilidades de implantación", en AA.VV., coordinados por Luís Enrique de la Villa, *Estudios sobre la jornada de trabajo*, ACARL, Madrid 1991, página 568.

<sup>425</sup> GARCIA VIÑA, J.: "Horario de trabajo", *Actualidad Laboral* n° 24 de 1999, página 477.

<sup>426</sup> MARTINEZ FENOLL, J.S.: *El tiempo de trabajo*, CISS, Valencia 1996, página 60.

<sup>427</sup> ALARCON CARACUEL, M.R.: Op., cit., página 133.

<sup>428</sup> BORRAJO DACRUZ, E.: Op. cit., página 229.



el trabajador. De otro lado, supone una importante dosis de individualización en la determinación de la jornada<sup>429</sup>.

Debe tenerse en cuenta que el horario flexible, en aquellos casos en los que haya una gran dosis de flexibilidad a favor del trabajador (como en los que se permita una adaptación continua del trabajador, con modificaciones continuas del horario), puede generar problemas respecto de la violación de normas que precisamente se establecen como mecanismo de tutela de la situación del trabajador<sup>430</sup>: como el caso del descanso diario de 12 horas entre jornada y jornada o respecto del límite máximo de las 9 horas de trabajo diarias. En todo caso, desde nuestro punto de vista habrá que respetar la regulación ya analizada sobre los máximos de jornada: el horario flexible no es en sí mismo una regulación especial de la jornada de trabajo, sino un mecanismo por el que se determina el horario de trabajo teniendo en cuenta los intereses del trabajador.

En cuanto a la recepción de este tema por parte de la negociación colectiva, podemos señalar que la experiencia no es precisamente satisfactoria, pues en la mayor parte de los casos se trata simplemente de facilitar una entrada flexible, limitando el horario flexible a un período de tiempo bastante corto. Ello supone, en la práctica, que más que un sistema de jornada flexible, estamos ante un mecanismo para evitar los retrasos de los trabajadores; o dicho de otra manera: que la parte de retraso a la entrada, se traslade en igual cuantía a la hora de salida<sup>431</sup>. En este sentido la experiencia muestra que no suele pactarse más allá de una hora de flexibilidad<sup>432</sup>. Es evidente que con tan poco margen de flexibilidad no se pretende en realidad que el trabajador pueda adaptar su jornada a sus necesidades, sino que, tal como acabamos de señalar, se trata más de un sistema de evitar las consecuencias de los retrasos en el acceso al trabajo; y como tal podría resolverse esta cuestión de otra manera, así hay convenios colectivos que señalan que los retrasos de escasa entidad se podrán recuperar en el mismo día que se hayan producido<sup>433</sup>, sin necesidad de acudir al mecanismo del horario flexible.

Son pocos los convenios que establecen un verdadero sistema de horario flexible, dejando un margen suficiente para que el trabajador pueda adaptar el horario de trabajo a sus necesidades<sup>434</sup>. En algún caso se vincula esta posibilidad a las necesidades del trabajador, generada por la existencia de responsabilidades familiares<sup>435</sup>.

Otro elemento que limita la posibilidad de utilizar el horario flexible es el hecho de que haya convenios que condicionan este tipo de horario a las necesidades de servicio de la propia empresa, de manera que pueda ésta impedir la aplicación práctica de lo pactado, si bien, aparentemente, deberá acudir a la existencia de tales necesidades<sup>436</sup>; o bien, se condiciona al reconocimiento expreso de la empresa, que lo hará en función de las circunstancias organizativas de la actividad productiva<sup>437</sup>; o se requiere una justificación de los motivos, siendo necesaria la autorización previa por

---

<sup>429</sup> PEREZ DE LOS COBOS, F. y MONREAL BRINGSVAERD, E.: “La regulación de la jornada de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* nº 58 (2005), página 73.

<sup>430</sup> ALARCON CARACUEL, M.R.: Op. cit., página 137.

<sup>431</sup> Así el CC de Hewlett Packard Customer Delivery Services, SL (BOE 19-4-2016); Petronor, SA (BOE 4-9-2015).

<sup>432</sup> No obstante, el CC del Grupo Asegurador Reale (BOE 29-4-2015) establece una flexibilidad de entrada y salida de dos horas (de 7,30 a 9,30 y de 14,30 a 16,30). De igual manera en el CC de Repsol Petróleo, SA (BOE 11-6-2015) que establece como horario de entrada entre las 7,30 y las 9,30.

<sup>433</sup> CC de Federación Farmacéutica, SCCL (BOE 12-1-2015).

<sup>434</sup> Vid. el CC del personal asalariado al servicio de la Comisión Ejecutiva Confederal de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras (BOE 19-1-2016).

<sup>435</sup> Fundación Bancaria Caixa d’Estalvis i Pensiones de Barcelona “La Caixa” (BOE 2-2-2006).

<sup>436</sup> Vid. CC de European air Transport Leipzig GMBH (BOE 26-2-2016).

<sup>437</sup> CC Recuperación de Materiales Diversos (BOE 10-2-2015).

parte de la empresa (lo cual es paradójico, sobre todo si se trata de un mecanismo para evitar los retrasos<sup>438</sup>).

Podemos encontrar convenios que se limitan simplemente a establecer un flexibilidad de X horas a la entrada o salida del trabajo, sin establecer más regulación sobre este tema, lo cual dificulta que se pueda aplicar esta cuestión<sup>439</sup>. Por el contrario podemos también detectar convenios que de manera mucho más precisa especifican un horario flexible de entrada y un horario de salida que debe ser respetado sin que pueda el trabajador abandonar el trabajo antes de dicha hora. Ello supone que la parte de jornada establecida entre la hora máxima de acceso al trabajo y la hora mínima de salida del trabajo, es la parte de la jornada que el trabajador deberá permanecer con carácter obligatorio en el centro de trabajo con el resto de la plantilla<sup>440</sup>. Lógicamente este tipo de horario flexible requiere un control horario estricto, tal como señala la propia negociación colectiva<sup>441</sup>.

### 13.2 Reducciones de jornada por motivos familiares

Las reducciones de jornada por motivos familiares están recogidas, tal como hemos visto en el art. 37 ET. En cuanto a esta cuestión, la negociación colectiva se refiere con frecuencia a los diferentes mecanismos que legalmente se establecen. En ocasiones estos convenios se limitan a remitirse a la regulación legal<sup>442</sup>, o se limitan a reiterar algunas de las reducciones recogidas en el art. 37 ET<sup>443</sup> (más extraño es que el convenio recoja todos o casi todos de los mecanismos de reducción de jornada por motivos familiares contenidos en el art. 37. ET<sup>444</sup>). A este respecto debe tenerse en cuenta que es frecuente que los derechos de reducción por lactancia aparezcan regulados junto con los derechos a la suspensión por maternidad.

En otros casos el convenio afirma alguna de la posibilidad que el legislador remite a la negociación colectiva para su puesta en marcha, como es el caso de la acumulación de la hora de lactancia en días naturales (que es, con toda seguridad, el supuesto más regulado entre los diferentes mecanismo de reducción de jornada por motivos familiares), siendo habitual que se concrete el número de días (frecuentemente superando los días resultantes de la aplicación directa de la norma legal y estableciendo

---

<sup>438</sup> CC de Petronor, SA (BOE 4-9-2015).

<sup>439</sup> CC de Iberdrola Inmobiliaria, SAU (BOE 23-2-2016); Recuperación de Materiales Diversos (BOE 10-2-2015).

<sup>440</sup> CC de una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas y productivas (BOE 23-3-2016); que fija flexibilidad de horario de entrada entre las 8,30 y las 9,30 y la salida no puede realizarse antes de las 17 horas.

<sup>441</sup> CC de una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas y productivas (BOE 23-3-2016).

<sup>442</sup> CC de Federación Farmacéutica, SCCL (BOE 12-1-2015); Grupo de empresas de servicios del Real Automovil Club de España (BOE 21-4-2015); Gestilán Estaciones de Servicio, SL (BOE 6-11-2015).

<sup>443</sup> CC estatal para las industrias de elaboración del arroz (BOE 3-2-2015); Alcatel Lucent España, SAU (BOE 10-2-2015); CC de la industria azucarera (BOE 25-9-2015); CC marco de la UGT (BOE 1-1-2016); CC marco para las entidades financieras de crédito (BOE 1-3-2016); CC sector fabricantes de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados (BOE 2-3-2016); CC estatal para el sector de ortopedias y ayudas técnicas (BOE 15-3-2016); pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas y productivas (BOE 23-3-2016); Claro Sol Facilities, SLU (BOE 13-4-2016); Refresco Iberia, SAU (BOE 2-5-2016); Grupo Enagas (BOE 16-5-2016); Automáticos Orenes, SLU (BOE 6-6-2016); CC del sector de la banca (BOE 15-6-2016); CC interprovincial para el comercio de flores y plantas (BOE 14-7-2016); Uniprex, SAU (BOE 21-7-2016); Aldeas Infantiles SOS de España (BOE 10-8-2016).

<sup>444</sup> Grupo Ahorro Corporación (BOE 29-4-2015); CC de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos (BOE 6-8-2015); CC general de la industria química (BOE 19-8-2015); Hermandad Farmacéutica del Mediterráneo, SCL (BOE 6-11-2015); CC sector de empresas de publicidad (BOE 10-2-2016); CC interprovincial para el comercio de flores y plantas (BOE 2-5-2016); Teleinformática y Comunicaciones, SAU (BOE 17-8-2016).

así una mejora) llegando a regularse en alguna ocasión de manera bastante detallada las condiciones de ejercicio de este derecho<sup>445</sup>; de esta manera se cumple lo previsto por la regla legal: enunciar un posible derecho que requiere necesariamente de la negociación colectiva para su puesta en marcha. Otro supuesto similar es el contenido en el art. 37.5 ET que prevé la reducción de la jornada por cuidado de menores de 12 años con discapacidad, o de familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que no puedan valerse por sí mismos o de hijos hospitalizados y tratamiento continuado del menor afectado por cáncer o enfermedad grave; estableciéndose por este precepto que el convenio podrá regular las condiciones y supuestos en que se podrá acumular la reducción en jornadas completas, posibilidad que se ha establecido en algún convenio colectivo<sup>446</sup>.

Una cuestión interesante es el hecho de que la lactancia cuando se acumula, se disfruta junto con la suspensión del contrato por maternidad, como mecanismo para alargar el período que el trabajador o la trabajadora dedican al cuidado del hijo; pero recordemos que en los casos de coincidencia con vacaciones, no se disfruta la maternidad, sino que ésta se disfruta con posterioridad, incluso si ha terminado el año natural; pues bien, ¿puede acumularse en este caso la lactancia con la suspensión por maternidad que se disfruta fuera del año natural? Entiendo que ello es perfectamente posible, pero siempre y cuando el lactante no tenga más de los nueve meses. Sobre esta cuestión podemos ver algún convenio que recoge expresamente la acumulación en estos supuestos<sup>447</sup>.

En otros casos la regulación negocial señala específicamente que la concreción de los derechos de reducción de jornada se ha de producir exclusivamente dentro del turno de trabajo del propio trabajador o dentro de su jornada ordinaria<sup>448</sup>. En algún caso, siguiendo lo establecido por el art.37.6 ET, el convenio establece criterios para la concreción horaria, que tienen en cuenta, no sólo los derechos de conciliación, sino también los intereses o necesidades productivas del empresario<sup>449</sup>.

---

<sup>445</sup> CC de Supersol Spain, SLU, Cashdiplo, SLU y Superdistribución Ceuta, SLU (BOE 12-1-2016); Grupo de empresas de servicios del Real Automovil Club de España (BOE 21-4-2015); Grupo Ahorro Corporación (BOE 29-4-2015); Estudios e Ingeniería Aplicada XXI, SA (BOE 3-7-2015); CC de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos (BOE 6-8-2015); Grupo Constant Servicios Empresariales, SLU (BOE 19-8-2015); CC general de la industria química (BOE 19-8-2015); Danone, SA (BOE 20-8-2015); Cepl Iberia, SL (BOE 25-9-2015); CC de la industria azucarera (BOE 25-9-2015); CC estatal para el sector de industrias de aguas de bebida envasadas (BOE 9-10-2015); Centro Farmacéutico, SL (BOE 14-10-2015); Hermandad Farmacéutica del Mediterráneo, SCL (BOE 6-11-2015); CC marco de la UGT (BOE 1-1-2016); Fundación Bancaria Caixa d'Estalvis i Pensiones de Barcelona "La Caixa" (BOE 2-2-2016); CC marco para las entidades financieras de crédito (BOE 1-3-2016); CC estatal para el sector de ortopedias y ayudas técnicas (BOE 15-3-2016); pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas y productivas (BOE 23-3-2016); La Vanguardia Ediciones, SLU (BOE 22-4-2016); Refresco Iberia, SAU (BOE 2-5-2016); Grupo Enagas (BOE 16-5-2016); CC del sector de la banca (BOE 15-6-2016); Uniprex, SAU (BOE 21-7-2016); Aldeas Infantiles SOS de España (BOE 10-8-2016); Teleinformática y comunicaciones, SAU (BOE 17-8-2016).

<sup>446</sup> CC de Vueling Airlines, SA (BOE 15-7-2015); CC de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos (BOE 6-8-2015); CC general de la industria química (BOE 19-8-2015); CC estatal de perfumería y afines (BOE 19-1-2016).

<sup>447</sup> CC estatal de acción e intervención social (BOE 3-7-2015).

<sup>448</sup> CC Próxima Servicios Empresariales, SL (BOE 24-4-2015); CC estatal de perfumería y afines (BOE 19-1-2016); CC del sector de la banca (BOE 15-6-2016); Uniprex, SAU (BOE 21-7-2016).

<sup>449</sup> Así el CC del Grupo Ahorro Corporación (BOE 29-4-2015), que establece que la concreción horaria vendrá limitada por el hecho de que cuando un 60% del personal adscrito a un área o departamento ejercite su derecho de forma simultánea habrá de determinarse la franja horaria de disfrute de la totalidad del personal de tal forma que se garantice la cobertura del horario de apertura por, al menos, un 50% del personal adscrito al mismo. El CC del Grupo Constant Servicios Empresariales, SLU (BOE 19-8-2015) establece que el horario resultante de la reducción deberá, además de ser razonablemente compatible con

Pero las regulaciones más desilusionantes son aquellas en que el convenio se limita a reiterar la norma legal, que prevé la necesidad de activar estos derechos a través de la negociación colectiva, con lo cual en realidad el convenio no está concediendo nada al trabajador<sup>450</sup>, demostrando así un desconocimiento por los negociadores del significado de la norma legal. No obstante, en otros casos se reconoce como derecho de la trabajadora víctima de violencia de género los diferentes mecanismos que enumera el art. 37.7 ET y que deberían concretarse por la negociación colectiva<sup>451</sup>; o se determina el mecanismo o mecanismos concretos a los que tiene derecho la trabajadora<sup>452</sup>, si bien, también se establece como condicionante el acuerdo con la empresa<sup>453</sup> debemos reconocer que no es algo habitualmente incorporado a la negociación colectiva.

De otro lado es posible encontrar en la negociación convenios que van más allá de lo establecido por la regulación legal y que incluyen supuestos diferentes que amplían la protección que puede otorgarse a los trabajadores en estos casos; así el CC de Praxair España, SL<sup>454</sup>, que establece el derecho a la jornada reducida en caso de enfermedad grave del cónyuge, hijos, padres, hermanos, abuelos, nietos, padres o hermanos políticos siempre que convivan con el trabajador, pudiendo reducirse hasta un máximo del 40% de la jornada, con una reducción del salario correspondiente al 75% de la reducción de jornada que se practique, pudiendo otorgarse el mismo derecho si se trata de hijos menores de ocho años, en situación distinta de la enfermedad, pero para los que se justifique la atención a juicio de la Comisión Mixta creada para ello.

De igual manera el CC de Aunar Group, SL<sup>455</sup> establece la reducción de jornada entre una hora y un máximo de la mitad de la jornada, con reducción proporcional del salario, para el cuidado directo de un familiar que no pueda valerse por sí mismo, aun cuando realice actividad retribuida. En todo caso esta reducción se otorga previa aceptación de la empresa, es decir, que requiere el acuerdo de la misma.

El CC del Grupo Asegurador Reale<sup>456</sup> establece una reducción por cuidado de hijos menores de cinco años sin reducción de salario; o la posibilidad de que, una vez agotados los permisos familiares, se disfrute de una reducción de jornada sin reducción de salario durante treinta días; y también la reducción de jornada de los trabajadores que se encuentren en tratamiento oncológico, todo ello sin reducción de salario.

Por su parte el CC estatal de acción e intervención social<sup>457</sup> establece una regulación en la que se entremezclan diferentes elementos de las reducciones de jornada del art. 37 ET dando lugar a una regulación un tanto compleja en la que hay elementos de dudosa legalidad: por ejemplo se prevé la reducción de jornada para los trabajadores que por razón de guarda legal, tengan a su cuidado un menor de 12 años, a quien se le reconozca una situación de dependencia en grado severo; requisito, este último, que no

---

las necesidades productivas de la empresa y de los clientes del Grupo, ajustarse a la jornada ordinaria diaria y establecerse dentro del horario establecido por el servicio contratado.

<sup>450</sup> Sería el caso del CC de Aunar Group, SL (BOE 13-4-2015), que señala que las trabajadoras víctimas de violencia de género tendrán derecho a hacer efectiva su protección a través de la reducción de la jornada, reordenación del tiempo de trabajo, o adaptación del horario, o la aplicación de horario flexible u otras formas de ordenación, que se utilicen en la empresa.

<sup>451</sup> CC de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos (BOE 6-8-2015).

<sup>452</sup> CC general de la industria química (BOE 19-8-2015); ; pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas y productivas (BOE 23-3-2016); CC interprovincial para el comercio de flores y plantas (BOE 14-7-2016).

<sup>453</sup> CC de Cepl Iberia, SL (BOE 25-9-2015); CC estatal de perfumería y afines (BOE 19-1-2016).

<sup>454</sup> BOE 12-1-2015; Grupo ASV Servicios Funerarios (BOE 26-2-2015).

<sup>455</sup> BOE 13-4-2015.

<sup>456</sup> BOE 29-4-2015.

<sup>457</sup> BOE 3-7-2015.

encaja con lo dispuesto por el art. 37.5 ET<sup>458</sup>. Pero este mismo convenio establece también la reducción para los que tienen bajo su cuidado directo a menores de 18 años con enfermedad grave o personas discapacitadas físicas, psíquicas o sensoriales (el art. 37.5 ET se refiere a menores de 12 años, no de 18, con lo que estaríamos ante una mejora); o se añade que la reducción puede ser mensual y disfrutarse en jornadas completas si lo permiten las necesidades productivas y organizativas del puesto de trabajo.

El CC de la Fundación Bancaria Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona "La Caixa"<sup>459</sup> establece diferentes mejoras de la regulación relativa al tiempo de trabajo cuando existen ciertas responsabilidades familiares: así, la posibilidad de flexibilizar la jornada y el horario durante dos meses a partir del nacimiento del hijo, el derecho del trabajador con hijo discapacitado a solicitar una reducción del octavo de su jornada sin reducción proporcional de sus retribuciones; derecho que también se concede en caso de trabajadores que tienen a su cuidado directo un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que no puede valerse por sí mismo y no realiza actividad retribuida. También regula el derecho a la reducción, entre el octavo y la mitad de la jornada de trabajo, con reducción de retribuciones, y durante un año, cuando tengan hijos entre 12 y 18 años. Por último, se prevé que haya una reducción, acordada a título individual, de un octavo de la jornada, con reducción de salario, por motivos no establecidos por la ley.

El CC de Aldeas Infantiles SOS de España<sup>460</sup> establece el derecho al cambio de turno (si el servicio lo permite) para aquellos trabajadores que deben atender a discapacitados físicos, psíquicos y sensoriales; teniendo el mismo derecho quienes deban encargarse del cuidado directo de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que no puede valerse por sí mismo y no desarrolla actividad retribuida. No entendemos como una mejora de la regulación de reducciones familiares la alusión de este convenio a que durante la reducción de jornada por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, la trabajadora perciba la prestación del 100% de la base reguladora, reducida en proporción a la propia reducción de la jornada, pues parece que en realidad se está refiriendo a la prestación de Seguridad Social.

Por su parte, el CC sector fabricantes de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados<sup>461</sup> extiende la protección no sólo a los familiares por afinidad en sentido estricto, sino también a aquellos que lo son simplemente por existir una pareja de hecho.

En el caso del CC de pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas y productivas<sup>462</sup> se establece el incremento de la reducción de la jornada por cuidado de hijos menores de 12 años, hasta la finalización del curso escolar en que estos menores cumplen la citada edad.

---

<sup>458</sup> Otro supuesto de dudosa legalidad es la exigencia de amplios plazos de preaviso, tal como ocurre con el CC de Vueling Airlines, SA (BOE 15-7-2015) que establece un preaviso mínimo de 45 días anteriores al inicio del primer día del mes de comienzo de la reducción (es decir, en la práctica siempre más de 45 días). Se trata de un preaviso excesivo que puede, en la práctica, impedir la finalidad que se persigue con estas reducciones que es atender necesidades que pueden ser imperiosas y que está difícilmente justificado por las necesidades organizativas de la empresa.

<sup>459</sup> BOE 2-2-2016.

<sup>460</sup> BOE 10-8-2016.

<sup>461</sup> BOE 2-3-2016.

<sup>462</sup> BOE 23-3-2016.

Por último, también hay convenios que reconocen que la concreción horaria y determinación del período de disfrute corresponde a los trabajadores<sup>463</sup>. No obstante, hemos de recordar que esto es algo que ya afirma el art. 37.6 ET y ya hemos señalado los problemas que ello ha supuesto, pues no garantiza realmente que sean ellos los que concreten la reducción. En realidad este tipo de reglas convencionales tampoco aseguran que sólo se tenga en cuenta los intereses de los trabajadores; por lo tanto, si lo que se pretende es garantizar que sean sólo los trabajadores quienes concreten la reducción, con independencia de los intereses empresariales, habría que regular esta cuestión afirmando expresamente que la concreción del derecho corresponde, en exclusiva, al trabajador.

Otro de los mecanismos que en algunos convenios colectivos se recoge como favorecedor de la conciliación de la vida familiar y laboral es el teletrabajo. Sobre esta cuestión podemos encontrar convenios que acuerdan la posibilidad de plantear la extensión de acuerdos individuales sobre teletrabajo justamente con la finalidad de facilitar esta conciliación<sup>464</sup>, o compromisos para estudiar la implantación de esta modalidad de trabajo, pero sin ningún tipo de regulación específica sobre la misma<sup>465</sup>.

---

<sup>463</sup> Así ocurre con el CC marco de la UGT (BOE 1-1-2016); CC sector de empresas de publicidad (BOE 10-2-2016); Automáticos Orenes, SLU (BOE 6-6-2016); CC del sector de la banca (BOE 15-6-2016); Uniprex, SAU (BOE 21-7-2016).

<sup>464</sup> Así el CC de empresas vinculadas a Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones, SAU (BOE 21-1-2016); Teleinformática y Comunicaciones, SAU (BOE 17-8-2016); Fundación Bancaria Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona "La Caixa" (BOE 2-2-2016).

<sup>465</sup> CC Thyssenkrupp Elevadores, SL (BOE 16-10-2015).