

CONTENIDOS DE LA NEGOCIACIÓN EN EL NUEVO CONTEXTO LABORAL: EL TIEMPO DE TRABAJO Y LA DISTRIBUCIÓN IRREGULAR DE LA JORNADA

MARÍA LUISA DE LA FLOR FERNÁNDEZ

Prf^a. TU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz

EXTRACTO

Palabras Clave: Negociación colectiva, tiempo de trabajo, distribución irregular

Entre las medidas que tienen por objeto la flexibilización del tiempo de trabajo es la distribución irregular el instrumento de flexibilidad ordinario más dúctil y de menor coste económico para la gestión del tiempo de trabajo en el que se detecta una ausencia de mecanismos de control de esta potestad. En la jornada irregular se concitan los intereses contrapuestos de los empresarios y los trabajadores por lo que pese a las últimas reformas en las que se incrementaron las prerrogativas ordinarias del empresario permitiéndole distribuir irregularmente el 10 por ciento de la jornada en defecto de pactos, la negociación colectiva sigue manteniendo un primerísimo papel en la introducción de cláusulas que equilibren de manera satisfactoria los intereses empresariales y personales de los trabajadores.

ABSTRACT

Keywords: Collective bargaining, working hours, irregular distribution

Among the measures that are aimed at the flexibilisation of working time is the uneven distribution the instrument more ductile ordinary flexibility and lower costs for the management of working time which is detected an absence of mechanisms control of this power. In the irregular day will attract the conflicting interests of employers and workers so that despite the latest reforms that increased the ordinary prerogatives of the entrepreneur allowing him to unevenly distribute 10 per cent of the day in the absence of agreements, collective bargaining continues to maintain a high role in the introduction of clauses that balance business and personal interests of workers in a satisfactory manner.

ÍNDICE

1. LAS FUENTES REGULADORAS DE LA DISTRIBUCIÓN IRREGULAR
2. LA ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LA REGULACIÓN DE LA DISTRIBUCIÓN IRREGULAR EN LOS CONVENIOS DE SECTOR
3. Las reglas de funcionamiento de la distribución irregular en los convenios colectivos de empresa
 - 3.1. Consideraciones generales
 - 3.2. Aspectos cuantitativos de la distribución irregular
 - 3.3. Aspectos cualitativos de la distribución irregular de la jornada
 - 3.4. La regulación del preaviso
 - 3.5. La compensación de los excesos y defectos de jornada
 - 3.6. Jornadas diferenciadas en función de la fecha de ingreso a la empresa
4. LAS CLÁUSULAS DE FLEXIBILIDAD EN ATENCIÓN A CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL Y FAMILIAR

4. LAS CLÁUSULAS DE FLEXIBILIDAD EN ATENCIÓN A CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL Y FAMILIAR

1. Las fuentes reguladoras de la distribución irregular

Unos de los instrumentos más importantes de flexibilidad empresarial es, sin duda alguna, la gestión del tiempo de trabajo, para la cual se arbitran por parte del legislador numerosas medidas. Entre ellas, quizás la más significativa sea la distribución irregular de la jornada establecida en el artículo 34.2 ET, por cuanto incrementa las prerrogativas ordinarias del empresario en la gestión del tiempo de trabajo permitiéndole distribuir irregularmente el 10 por ciento de la jornada en defecto de pactos y sin necesidad de justificación alguna¹. Las reformas realizadas bajo la premisa de evitar la flexibilidad externa, profundizan en las medidas de flexibilización de esta condición laboral permitiendo la alteración del horario y la distribución del tiempo de trabajo contenidos en acuerdos y convenios colectivos. Así, se modifica el artículo 41 ET en el que se incrementa las posibilidades de modificaciones individuales resultado de una nueva forma de valorar el carácter colectivo o individual en función no de la fuente, sino a través del criterio del número de trabajadores afectados² y el artículo 82.3 ET que permite la inaplicación de esta concreta condición de trabajo pactada en el convenio de sector o en el convenio de empresa. Se completan las reformas sobre la distribución irregular y horarios, asegurando el reforzamiento de los poderes del empresario con el establecimiento de la preferencia por la negociación en el ámbito de la empresa mediante el establecimiento en el artículo 84.2 ET del principio de prioridad apli-

¹ J. Gorelli Hernández “Negociación Colectiva y flexibilidad en la regulación del tiempo de trabajo” en XXIX Jornadas de estudios sobre Negociación Colectiva de la CCNCC, 2016(http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/ccncc/G_Noticias/Jornadas/CCNCC_XXIX_Jornadas_2016_Ponencia_JuanGorelli.pdf) pág.

² F. Valdés Dal-Ré “Hacia un derecho común a la flexibilidad interna” RL 19-20/2012 pág 8.

cativa del convenio colectivo de empresa o grupos de empresa o una pluralidad de empresas en concurrencia conflictiva con otro convenio de ámbito superior y de vigencia anterior, en determinadas materias entre las que se encuentran el horario y la distribución de jornada y las medidas de conciliación³.

La distribución irregular de la jornada fue introducida por la reforma de 1994 que confiaba a la negociación colectiva la posibilidad de distribución irregular a lo largo del año. Tal regulación, al margen de la introducción realizada por la LO 3/2007 del párrafo 8 del artículo 34 referido a los derechos de adaptación y distribución de jornada de trabajo para hacer efectivo el derecho a la conciliación de la vida, familiar, laboral y personal de los trabajadores, había permanecido invariable desde esa fecha hasta que las reformas de 2011⁴, pero sobre todo la de 2012⁵ trastocó su contenido y lo que resultó más significativo, la fuente reguladora, por cuanto ya no puede afirmarse que la distribución irregular esté supeditada de forma absoluta a la negociación colectiva, pues en defecto de pacto se atribuye la posibilidad al empresario de distribuir el 10 por ciento de la jornada⁶.

Es cierto que el origen de tal porcentaje se encuentra en el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014 que señalaba que los “convenios colectivos debieran facilitar que el empresario pudiera distribuir irregularmente un 10% de la jornada anual ordinaria aplicable”⁷, pero la reforma avanzó más allá atribuyendo legalmente al empresario tal facultad en defecto de pacto estableciendo una norma supletoria con función de “malla de seguridad”⁸ a favor del empresario. Resulta innegable que la nueva articulación de las fuentes para la activación de la jornada irregular unido al principio de prioridad aplicativa del convenio de empresa sobre esta materia, puede producir desequilibrios en la correlación de fuerzas entre las partes, situando a los negociadores en un escena-

³ M.E. Casas Baamonde “La prioridad aplicativa de los convenios de empresa” en *Los convenios de empresa de nueva creación tras la reforma laboral de 2012*” *Observatorio de la Negociación Colectiva*”, (Coord. C.L. Alfonso Mellado, M-A. Almendros González, A. Merino Segovia, W. Sanguinetti Raymond, J. Bautista Vivero Serrano) CC.OO Lefebvre el derecho, 2016 pág. 65

⁴ RDL 7/2011 de 10 de junio de Medidas Urgentes para la Negociación Colectiva que amplió el contenido mínimo de los convenios colectivos introduciendo en el artículo 85.3 i) un porcentaje máximo y mínimo de la jornada de trabajo que podrá distribuirse de manera irregular a lo largo del año que será del 5 por ciento salvo pacto en contrario

⁵ RDL 3/2012 de 10 de febrero posteriormente Ley 3/2012 de 6 de julio de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo

⁶ J. Cabeza Pereiro “La flexibilidad interna y su regulación en España, una reflexión en clave crítica de la Reforma Laboral de 2012” en *Flexibilidad interna e innovación en la empresa* (edit. J.P. Landa) Dykinson, 2015 pág. 335 que señalaba que “la parte patronal llega a la mesa de negociación con un 10 por ciento de jornada irregular ganada”

⁷ BOE nº 31 de 6 de febrero de 2012

⁸ R. Escudero Rodríguez “Dos reformas trenzadas de la negociación colectiva: La Ley 35/2010 y el RD-Ley 7/2011” RL nº 23, 2011, pág. 18

rio de tensión con una posición más debilitada que ante la negativa del empleador de alcanzar acuerdos, los obligaría a rebajar las condiciones ante la posibilidad que abre el artículo 34.2 para el empresario de decidir unilateralmente sobre 10 por ciento de la jornada.

Pese a todo, la negociación colectiva, si bien no constituye ya la “regla de oro”⁹ para el establecimiento de la jornada irregular sigue siendo la vía prioritaria, correspondiendo al convenio colectivo con carácter preferente, respecto del acuerdo de empresa y a la decisión unilateral del empresario, el establecimiento de fórmulas de distribución irregular de la jornada.

El artículo 34.2 ET no establece ningún tipo de preferencia por un ámbito negocial concreto, pudiendo por tanto fijarse tanto en el convenio de sector como en el convenio de empresa, siendo muy habitual que aquéllos atribuyan dicha facultad al acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores sin que, en general, ofrezcan una regulación detallada de las mismas. Obviamente, la virtualidad de los convenios de sector puede verse reducida con el establecimiento *ex* artículo 84.2 ET de la prioridad aplicativa del convenio de empresa en esta materia, ya que un convenio de empresa posterior podrá en cualquier momento regular la jornada irregular sin que en ningún caso se requiera justificación causal. Con todo, lo cierto es que quizás por el tamaño reducido de las empresas que conforman nuestro tejido empresarial o por la falta de voluntad de las empresas en crear unidades de negociación propia, es que los convenios de sector siguen manteniendo su influencia con un porcentaje de afectación muy amplio tanto de trabajadores como de empresas¹⁰ como tendremos ocasión de ver posteriormente.

Con carácter subsidiario al convenio, el artículo 34.2. ET habilita al acuerdo de empresa para la articulación de la jornada irregular, sobre el que no existe la reserva aplicativa establecida en el artículo 84.2 ET, por lo que su regulación deberá respetar lo establecido en el convenio superior ya sea de sector ya de empresa. En sentido contrario, esto es, ante la ausencia de pautas establecidas en los mismos, el acuerdo podrá articular con total libertad las fórmulas de adaptación de la jornada que se consideren más adecuadas a las necesidades productivas de la empresa.

En la muestra no hemos podido integrar ningún acuerdo para su análisis, ni contamos con datos estadísticos sobre la evolución cuantitativa de los mismos y por tanto no conocemos si a través de esta vía se están articulando reglas que de-

⁹ M. R. Alarcón Caracuel “La jornada ordinaria de trabajo y su distribución” en *Tiempo de Trabajo*, (Coord J. Aparicio Tovar y J. López Gandía) Bomarzo 2007, pág. 50

¹⁰ Como auguraba J. Cruz Villalón “Hacia una nueva concepción de la legislación laboral” *Temas Laborales* 115/2012 pág. 41

terminen la distribución irregular. Sin embargo, es cierto, como ya se ha señalado, que es muy frecuente que los convenios colectivos de sector se remitan al acuerdo entre los representantes de los trabajadores y empresa, con lo que es de suponer que sea ésta una de las vías por las que se están estableciendo las reglas de funcionamiento dentro del marco normativo del convenio sectorial. No obstante, es cuestionable que el empresario tenga interés en regular la distribución irregular mediante acuerdo de empresa, ya que la falta de éste supone la total libertad para el empresario de distribuir el 10 por ciento de la jornada, salvo que dicho interés radique en la posibilidad de incrementar el límite de la jornada diaria y descansos siempre que obviamente éste no haya sido determinado en el convenio superior¹¹.

Respecto del régimen jurídico de la distribución irregular de la jornada ha de destacarse la ausencia de reglas o límites de este importante instrumento de flexibilidad interna que pudieran ser consideradas como contenido mínimo o como dispositivas para la negociación colectiva. Parece que el legislador ha considerado que esta fórmula de gestión flexible del tiempo de trabajo debe quedar dentro del seno de la empresa de forma que se permita ante necesidades imprevisibles de la misma aumentar o disminuir la jornada de forma inmediata sin tener que acudir a mecanismos extraordinarios¹². Concretamente el artículo 34.2 ET solo establece como límites de carácter general los períodos de descanso diario y semanal (acumulables por períodos de 14 días), a los que habrán de añadirse festivos y vacaciones¹³, y el límite del preaviso del día y la hora de la prestación de la jornada irregular de 5 días. Junto a éstos, la distribución irregular de la jornada estará limitada por la jornada máxima anual legal o pactada y por las reglas de funcionamiento que determinen los convenios colectivos, siendo muy frecuente como se analizará la ampliación de la jornada máxima diaria o semanal para la aplicación de la distribución irregular. En cuanto al porcentaje de jornada objeto de distribución irregular señalado por la ley, éste solo rige cuando la distribución irregular es aplicada unilateralmente por el empresario en defecto de pacto, por lo que podrá acordarse bien su ampliación o bien su reducción mediante el convenio colectivo¹⁴.

¹¹ M. J. López Álvarez *Distribución irregular de la jornada de trabajo. Claves prácticas*, Francis Lefebvre, 2015 pág. 18. N.M. Martínez Yáñez “Las fuentes de la distribución irregular de la jornada tras las sucesivas reformas laborales” RL nº5/2013

¹² Sobre el concepto y las diferencias entre distribución irregular de la jornada y la anualización derivada del artículo 34.1 vid J. Gorelli Hernández “Negociación Colectiva y flexibilidad en la regulación del tiempo de trabajo” op. cit. pág. 37

¹³ M. R. Alarcón Caracuel “La jornada ordinaria de trabajo y su distribución” op. cit. pág. 53

¹⁴ G. E. Rodríguez Pastor “Hacia una organización más flexible del tiempo de trabajo” RL nº 12/2014 pág. 5

Cuestiones adicionales suscita la compensación de los excesos o defectos de jornada por cuanto la reforma operada en el artículo 34.2 ET por el RDL 16/2013 introdujo una excepción al principio de anualidad de la jornada, módulo sobre el que se sustenta la regulación de esta condición laboral. De acuerdo con el artículo 34.2 ET el período en el que han de regularizarse las diferencias con respecto a la jornada máxima legal o pactada será el acordado en pacto, y en su defecto, será de 12 meses desde que se produzcan. De este modo, la distribución irregular implica el desplazamiento de los excesos o defectos de jornada en relación con la máxima legal o pactada a la anualidad siguiente¹⁵. Así, de generarse excesos sobre la jornada máxima ocasionados por la activación de la jornada irregular no podrán ser considerados como horas extraordinarias, ni a los defectos podrá aplicarse el artículo 30 ET¹⁶ con lo que se produce un importante ahorro de costes para el empresario y un defecto de ingresos de cuotas a la Seguridad Social y además un traslado del riesgo de inactividad de la empresa al trabajador¹⁷.

Pues bien en este aspecto, la regulación descrita no se ajusta a lo establecido en la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo¹⁸, cuyo artículo 19 permite a los Estados, siempre que se respeten los principios generales de seguridad y salud, establecer un módulo que puede alcanzar hasta los 12 meses cuando medien razones objetivas, técnicas o de organización del trabajo y siempre que sean los convenios o acuerdos la fuente reguladora de dicho período máximo¹⁹, condiciones que no exige el 34.2 ET que no requiere causa que justifique la aplicación de la jornada irregular, pudiendo además en defecto de pacto, regularizarse en el citado plazo previsto legalmente²⁰.

Por otro lado, la regulación de la jornada irregular está suponiendo que en su aplicación se estén ocasionando importantes problemas de control y genere

¹⁵ E. Moreal Brigsvaerd “La duración de la jornada y los saldos interanuales de horas. A propósito de la última reforma normativa del tiempo de trabajo” RL nº 10/2014 págs. 3 ss.

¹⁶ En el que se señala que en los supuestos en los que el trabajador que no pudiera prestar sus servicios por impedimentos imputables al empresario “conservará el derecho a su salario, sin que pueda hacersele compensar el que perdió con otro trabajo realizado en otro tiempo”.

¹⁷ Vid una explicación extensa en J. Gorelli Hernández, “Negociación Colectiva y flexibilidad en la regulación del tiempo de trabajo” en XXIX Jornadas de estudios sobre Negociación Colectiva de la CCNCC, 2016 pág. 40; E. Monreal Brigsvaerd “La duración de la jornada y los saldos interanuales de horas. A propósito de la última reforma normativa del tiempo de trabajo” RL nº 10/2014, pág. 5

¹⁸ DOUE L 299/9 18.11.2003

¹⁹ A. Pazos Pérez “Algunos puntos críticos de la Directiva 2003/88/CC sobre el tiempo de trabajo” Revista Española de Derecho del Trabajo nº 190/2016 BI 2016/80295

²⁰ E. Moreal Brigsvaerd “La duración de la jornada y los saldos interanuales de horas. A propósito de la última reforma normativa del tiempo de trabajo” op. cit. págs. 4-5

permanentes conflictos e incumplimientos. De hecho, en el Informe Anual de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de 2015 se pone de manifiesto que en el área de condiciones de trabajo el mayor número de actuaciones se dirige al control del tiempo de trabajo realizándose 21.492 actuaciones de las que se formularon 7073 requerimientos si bien se detectó sólo la comisión de 3.455 infracciones. Igualmente, respecto de las horas extraordinarias se llevaron a cabo 2.847 actuaciones de las que se derivó 690 requerimientos detectándose 552 infracciones, datos de los que se deducen los problemas de control sobre esta condición laboral. Asimismo en 2015 el 46,54 por ciento de los incumplimientos en ésta área se concentran en “tiempo de trabajo, salario y condiciones mínimas” lo que supone un incremento del 50,20 por ciento respecto de 2011 y un aumento del 27,09 por ciento respecto de 2014²¹.

La regularización de las diferencias exige reglas de verificación y control de la ejecución de la jornada, sobre todo cuando el empresario además de distribuir irregularmente la jornada emplea otras fórmulas de gestión flexible como las horas extraordinarias. No coadyuva a clarificar, sobre todo por el posible solapamiento entre ambas fórmulas flexibilizadoras, la inexistencia de instrumentos de control y registro de la jornada ordinaria. En efecto, la extensión de los instrumentos de gestión flexible del tiempo de trabajo y muy señaladamente la distribución irregular de la jornada, ha generado un debate sobre la conveniencia de llevar un registro de la jornada diaria en orden al control de la misma y su delimitación cuando concurre junto a las horas extraordinarias, ya que solo el convenio en el que se establece el régimen jurídico de la distribución irregular podrá determinar cuando estamos ante una u otra figura²². Como es conocido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2017 desde una interpretación literal y sistemática del artículo 35.5 ET concluye que la obligación de registrar la jornada solo es exigible respecto de las horas extraordinarias sin que pueda extenderse a la jornada ordinaria, ya que de haber sido esta la voluntad del legislador habría incorporado tal previsión en el artículo 34 ET. Mantiene el Tribunal que tal argumento encuentra su sentido y se refuerza si se tiene en cuenta que esta obligación de llevar registro de la jornada se contempla para el trabajo a tiempo parcial y otras actividades como la de los trabajadores móviles, marina mercante y ferroviarios. Así, tras añadir que la normativa española se ajusta a la normativa europea cierra el debate temporalmente, ya que aunque esa obligación no existe

²¹ “Informe Anual 2015 de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social” Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Dirección General de Trabajo y Seguridad Social pág.101 http://www.empleo.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Que_hacemos/Memorias/Memoria_2015_w.pdf

²² J. Gorelli Hernández “Negociación Colectiva y flexibilidad en la regulación del tiempo de trabajo” op. cit. pag. 46

por ahora, “*de lege ferenda*” convendría una reforma legislativa que clarificara la obligación de llevar un registro horario y facilitara al trabajador la prueba de la realización de horas extraordinarias²³.

Pues bien, meses después se registró una proposición de ley que está en fase de tramitación, por la que se modifica el artículo 34 ET en el que se pretende introducir “la obligación de registrar diariamente e incluyendo el horario concreto de entrada y salida respecto de cada trabajador”²⁴, y además que se incluya en el artículo 4.2 ET como contrapeso a la distribución irregular establecida en el artículo 34.2 ET, un nuevo apartado, en el que se reconozca a las trabajadoras el derecho “a la distribución irregular de su jornada” por ser un aspecto esencial para garantizar un desarrollo de la actividad laboral compatible con la vida personal y familiar del trabajador.

Como contrapeso a la distribución irregular de la jornada, el ET recoge en el apartado 8 del artículo 34 y 37 una serie de derechos de dimensión constitucional que pretenden la adaptación o la reducción de jornada por responsabilidades familiares, y permiso por lactancia, introduciendo con ello medidas que procuran facilitar a los trabajadores atender a sus responsabilidades familiares²⁵. De nuevo el papel de la negociación colectiva en relación a los derechos de conciliación es clave ya que el diseño legal de los derechos de conciliación se realiza sobre la base de su reenvío a la negociación colectiva para la determinación de los términos de su disfrute sobre todo respecto los derechos de adaptación de la jornada reconocido en el artículo 34.8 ET que remite su contenido material a lo que establezca el convenio colectivo o al acuerdo entre las partes²⁶.

Ciertamente resulta muy significativa la asimetría con la que se reconoce el derecho a la distribución irregular y el derecho a la adaptación de jornada y horario: mientras el primero se concibe como una prerrogativa ordinaria del empresario, el segundo regulado en el artículo 34.8 ET, reenvía a la negociación colectiva los términos de su ejercicio, desvirtuando con ello su contenido²⁷. Por

²³ RJ 2017/1174 recurso de casación 81/2016

²⁴ BOCG Congreso de los Diputados, Serie B, 23 de junio 2017, nº 139-1 “Proposición de Ley por la que se modifica el artículo 34 del RD Legislativo 2/2015, por el que se aprueba el TR-LET, para incluir la obligación de registrar diariamente e incluyendo el horario concreto de entrada y salida respecto de cada trabajador”, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista.

²⁵ STC 3/2007 de 15 de enero a partir de la prohibición de discriminación por razón de sexo, artículo 14 CE implícito en el ejercicio de derechos por motivos familiares artículo 39 CE

²⁶ M. B Fernández Collados, “Negociación colectiva sobre la adaptación de jornada por razones personales y familiares” Revista Española de Derecho del Trabajo nº 168/2014 pag. 10

²⁷ T. Pérez del Río “Tiempo de trabajo: una óptica de género” en *Tiempo de trabajo* op. cit. pág. 274; M. A. Ballester Pastor “La flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo: jornada y distribución del tiempo de trabajo” Revista de Derecho Social nº 62, 2013, pág. 87

otro lado, la regulación de ambos derechos se realiza de forma aislada sin tener en consideración la interconexión existente entre ambos derechos, renunciando con a la búsqueda de soluciones equilibradas a los intereses del empresario y los trabajadores²⁸.

Por otro lado, pese a la mayor intensidad en el reconocimiento de los derechos de reducción de jornada y permiso por lactancia dado que se trata de un derecho individual de aplicabilidad directa también puede la negociación colectiva incidir facilitando su ejercicio. Así centrándonos en el actual artículo 37.6 y 7 ET tras las reformas se amplía la edad del menor hasta los 12 años y con el fin de terminar con las controversias jurisprudenciales sobre esta materia y dar certeza al empresario, establece que ésta habrá de realizarse sobre la “jornada diaria” tratando de asegurar con ello que tal derecho no pueda concentrarse en días completos. Tal restricción obviamente, no impide que el trabajador pueda aplicar distintas reducciones a cada una de las jornadas, ni concretar su reducción en un turno diferente al asignado²⁹, e incluso existe algún pronunciamiento de un Juzgado de lo Social que propone una interpretación de jornada basada en el actual apartado 7 del artículo 37 en el que se mantiene la referencia a la jornada ordinaria³⁰. Además en este último párrafo, con el objetivo de establecer reglas homogéneas para el ejercicio del derecho dispone que los convenios colectivos “podrán establecer criterios para la concreción horaria de la reducción de jornada a que se refiere el apartado 6, en atención a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del trabajador y las necesidades productivas y organizativas de las empresas”

Partiendo de estas premisas, el presente trabajo trata de explicar desde una perspectiva práctica las tendencias observadas en la negociación colectiva en torno a la distribución irregular de la jornada con el propósito de poner de relieve los problemas aplicativos de las mismas y hasta que punto se equilibran de manera satisfactoria los intereses empresariales y personales de los trabajadores como señalaban los Acuerdos para el empleo AENCs.

Finamente, en cuanto a la muestra de convenios, se han seleccionado tres sectores para su análisis que se corresponde con los de construcción, hostelería y comercio. Existen diversas razones que fundan tal selección: primera, se trata de sectores con un alto volumen de empleo y que además tienen una alta presencia

²⁸ J. Cruz Villalón “Elementos condicionantes para la efectividad de la conciliación laboral en España” <http://portal.ugt.org/actualidad/2014/julio/boletin18/Ponencia%20Jesus%20Cruz%20Villalon.pdf>

²⁹ STSJ de 5 de abril de 2017 AS 2017/1201, recurso de suplicación 2736/2016

³⁰ S del Juzgado de lo Social de Barcelona de 23 de abril de 2014 AS 2014/1288, recurso de suplicación 216/2014

en Andalucía; por otro lado, son sectores que están sometidos a los vaivenes del mercado con períodos puntas que exigen la adaptación de la jornada a los mismos; también ha influido en la selección el hecho de que al menos en dos de los sectores, se dan empleo a un alto número de mujeres³¹ con lo que presumimos que estos convenios recogerán con mayor frecuencia medias que tengan en cuenta las circunstancias familiares y, en el fondo, para analizar hasta qué punto se equilibran, de manera satisfactoria, los intereses empresariales y los personales de los trabajadores.

2. LA ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LA REGULACIÓN DE LA DISTRIBUCIÓN IRREGULAR EN LOS CONVENIOS DE SECTOR

Los convenios de sector estatal abordan con carácter general el contenido de sus cláusulas ordenadoras de la estructura de la negociación colectiva con la voluntad de constituirse en referente eficaz para las relaciones laborales del sector. Obviamente, tal pretensión queda desvirtuada por el principio de prioridad aplicativa del convenio de empresa sobre las materias enumeradas en el artículo 84.2 ET. Concretamente, y respecto del tiempo de trabajo, el apartado c) reserva al convenio de empresa el horario, y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones y en el apartado f) las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal, lo que supone que en materia de distribución irregular de la jornada y desarrollo de los derechos de conciliación en caso de concurrencia es prevalente el convenio de empresa.

Como no podía ser de otra manera, dado que el artículo 84.2 ET es una norma imperativa, todos los convenios de sector estatal analizados han incluido la prioridad aplicativa del convenio de empresa dentro de las cláusulas dedicadas a la estructura. Así, los distintos convenios consultados, aunque se constituyan como “el marco de aplicación obligatorio para todas las empresas”³², siendo “prioritario” en las materias tratadas³³, debiendo los ámbitos inferiores remitirse

³¹ De acuerdo con los datos del segundo trimestre de 2017 ofrecido por el INE (EPA) en el sector del comercio las mujeres representan el 50 por ciento del total de los trabajadores, mientras que en el sector de la hostelería las mujeres representan un 53,7 por ciento.

³² Convenio colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva BOE nº 70, 22/03/2016; Convenio colectivo de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos BOE nº 187 6/08/2015.

³³ Convenio colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva BOE nº 70, 22/03/2016; V I Acuerdo Marco del Comercio BOE nº 43, de 20/02/2012; V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de la Hostelería BOE nº 121 21/05/2015

al mismo en todas las materias regulada en “calidad de derecho supletorio”³⁴ o de “mínimo necesario”³⁵, añaden en todos los casos, con el fin de evitar la nulidad³⁶, “sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 84.1 y 2 ET”. Alguno de estos convenios optan por enumerar expresamente una serie de materias que considera “exclusivas”³⁷ en atención a su singular naturaleza, entre las que se encuentran la regulación de la jornada máxima y su regulación básica, o descansos, materias, al menos en lo que a la determinación de la jornada máxima y descansos junto con la duración de las vacaciones, que no se encuentra en el listado del artículo 84.2 del ET, ya que como ha confirmado la Sentencia de la Audiencia Nacional de 1 de diciembre de 2014 la cuantificación de la jornada no puede confundirse con las normas sobre su distribución como tampoco la duración de las vacaciones con la planificación de su disfrute³⁸.

Dentro de este grupo, destaca el convenio de la construcción general que no se limita a reservar la cuantificación de la jornada máxima y descanso, sino que da un paso más profundizando en la estructura del sector al reservar a la negociación colectiva de ámbito provincial, o en su caso autonómico una serie de materias específicas entre las que se encuentran la distribución de la jornada anual de trabajo efectivo y su regulación en cuanto a horarios y calendarios, señalando la aplicación prevalente de estos convenios sobre los de ámbito inferior, salvaguardando, claro está, lo establecido en el artículo 84.1 y 2 del ET³⁹.

Frente a esta realidad no hemos encontrado, como era previsible, ningún convenio de sector que hiciera uso de la habilitación realizada en la letra g) del artículo 84.2 ET ampliando el listado de materias en las que rige el principio de prioridad aplicativa del convenio de empresa. Es más, en un intento de soslayar el citado principio y con el fin de que lo acordado en esta unidad de negociación no sea neutralizado, se advierte que la negociación en el ámbito de la empresa no debe utilizarse “como elemento o fórmula para rebajar condiciones laborales” comprometiéndose los firmantes a no fomentar ni admitir prácticas que tengan

³⁴ Convenio colectivo general del sector de la construcción BOE nº 232, 26/09/2017

³⁵ CC de recuperación y reciclado de residuos y materias primas secundarias BOE nº 230, 23/09/2016

³⁶ M.E. Casas Bahamonde “La prioridad aplicativa de los convenios colectivos de empresas” en *Los convenios de empresa de nueva creación tras la reforma laboral de 2012*” op. cit. pág 70

³⁷ Convenio colectivo de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos BOE nº 187 6/08/2015; Convenio colectivo nacional del ciclo de comercio de papel y artes gráficas BOE nº 55, 6/03/2017; Convenio colectivo general del sector de la construcción BOE nº 232, 26/09/2017.

³⁸ SAN (Sala de lo Social, Sección 1ª) num. 190/2014 de 1 diciembre Procedimiento 259/2014 como tampoco lo “está la duración de las vacaciones, que no puede confundirse con la planificación de su disfrute”

³⁹ Convenio colectivo general del sector de la construcción BOE nº 232, 26/09/2017

“como único propósito rebajar las condiciones laborales sectoriales, en concreto, en las materias en las que el convenio de empresa tiene prioridad aplicativa”⁴⁰. Sin duda, parece aflorar aquí la desconfianza de los negociadores de los convenios sectoriales hacia la fórmula legal y los miedos tanto a la devaluación de condiciones laborales como a la competencia desleal entre empresas.

Finalmente, frente a estos convenios que no renuncian a la regulación de aquellos elementos que no se encuentran en el listado del mentado artículo 84.2 ET, el V Acuerdo Laboral de ámbito Estatal para el Sector de la Hostelería se aleja de esta línea y aunque se reserva una serie de materias que no podrán ser negociadas en ámbitos distintos, no se menciona aspecto alguno referente a la gestión del tiempo de trabajo ni en la disposición dedicada a la estructura, ni posteriormente en el desarrollo del mismo⁴¹, renunciado a la regulación de la cuantificación de la jornada máxima y descanso, omisión que supone dejar en ámbitos negociales inferiores la determinación de su régimen jurídico sin ningún tipo de condicionante⁴².

En esta misma línea, el I Acuerdo Marco del Comercio, tanto en la reserva realizada en la cláusula ordenadora de la estructura como en el desarrollo del convenio, omite cualquier referencia al tiempo de trabajo⁴³. No obstante, el citado Acuerdo merece ser destacado por cuanto que, refiriéndose a los convenios colectivos de ámbito empresarial que se negocien tras la entrada en vigor del Acuerdo Marco, ordena que únicamente tendrán prioridad aplicativa en las materias relacionadas en el citado precepto cuando se trate de empresas que cuenten con un mínimo de plantilla de 500 trabajadores en el ámbito provincial o autonómico correspondiente y desarrollen su actividad en dos o más Comunidades Autónomas o en más del 50 por ciento de las provincias de una misma Comunidad Autónoma,

⁴⁰ Convenio colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva BOE nº 70, 22/03/2016

⁴¹ V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de la Hostelería BOE nº 121 21/05/2015 las únicas referencias que se hacen en el mismo se dirigen a la regulación de los derechos de conciliación, señalando que son materias reservadas, aunque no reservada en exclusiva, las medidas para favorecer la conciliación de la vida laboral, personal y familiar, atribuyendo a los convenios colectivos de ámbito inferior, siempre que las mismas no se negocien y acuerden en el ámbito sectorial estatal la promoción “de medidas de flexibilización de la jornada laboral y horario que faciliten el derecho efectivo a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, fomentando la corresponsabilidad de los trabajadores varones en las labores domésticas y en la atención a la familia”

⁴² A. Merino Segovia, C. Aragón Gómez, O. Contreras Hernández, D. Pérez del Prado, F.J. Trillo Párraga “La preferencia aplicativa del convenio colectivo de empresa en la organización y gestión del tiempo de trabajo” en *Los convenios de empresa de nueva creación tras la reforma laboral de 2012*” *Observatorio de la Negociación Colectiva*”, (Coord.. C.L. Alfonso Mellado, M-A. Almendros González, A. Merino Segovia, W. Sanguinetti Raymond, J. Bautista Vivero Serrano) CC.OO Lefebvre el derecho, 2016 op. cit. pág 328

⁴³ BOE nº 43 20/02/2012

subrayando que en defecto de tales circunstancias “la preferencia aplicativa sobre las mencionadas materias serán las recogidas en el presente acuerdo y las recogidas en los convenios colectivos sectoriales de comunidad autónoma o provinciales que resulten de aplicación”, resolviéndose los conflictos de concurrencia mediante la aplicación de la regla contenida en el artículo 84.1 ET, sin hacerse mención a la fórmula de salvaguarda de lo dispuesto en el artículo 84.2 ET. Resulta obvio que tal disposición en la que se ha diseñado un sistema alternativo contraviene de manera flagrante el mandato imperativo del artículo 84.2 ET y por tanto dicha cláusula será considerada nula.

Respecto al ámbito negocial provincial en nuestra Comunidad Autónoma se han analizado 31 convenios provinciales de los cuales 16, se remiten en lo no regulado en los mismos al convenio sectorial estatal correspondiente, 9 a la legislación estatal y 6 no contienen normas al respecto. Si analizamos estos datos diferenciando por sectores, los resultados muestran evidentes diferencias entre los sectores estudiados. En el sector de la hostelería se han analizado 8 convenios de los cuales 7 se remiten al Acuerdo del sector o a algún convenio de sector estatal de la hostelería, y sólo 1 lo hacen al Estatuto de los Trabajadores; similares resultados arroja el sector de la construcción que de los 5 convenios, 4 se remiten al Convenio de sector general de la construcción y 1 de los convenios no contiene cláusula al respecto. Frente a ello, en el sector del comercio, en el que se ha analizado 18 convenios provinciales, las cifras se invierten, ya que sólo 5 se remiten al I Acuerdo Marco de Comercio o algunos de los convenios del sector estatal existentes, aunque también hemos encontrado convenios que se remitía a la derogada ordenanza de trabajo o a su acuerdo de sustitución, siendo mayoritarios, 8 los que se remiten al Estatuto de los Trabajadores, mientras que 5 no contienen referencia alguna.

El tratamiento convencional de la distribución irregular por sectores resulta ineludible, por cuanto existen una multiplicidad de variables derivadas de su actividad productiva. No se pretende, no obstante, realizar un estudio exhaustivo de las cláusulas flexibilizadoras en este ámbito, sino que lo que nos interesa es destacar si se están acogiendo los requerimientos dados por el II y III AIENCs en los que como ya se ha comentado se insta a que sea el ámbito del sector, “especialmente el provincial por su proximidad a la empresa, el que promueva una flexibilidad negociada en este nivel para posteriormente en un segundo momento y, en su caso, ser adaptada en el ámbito de la empresa”⁴⁴.

⁴⁴A. Merino Segovia, C. Aragón Gómez, O. Contreras Hernández, D. Pérez del Prado, F.J. Trillo Párraga “La preferencia aplicativa del convenio colectivo de empresa en la organización y gestión del tiempo de trabajo” op. cit. pág. 317 señalando que la empresa obtiene importantes concesiones de los AIENCs para gestionar flexiblemente los tiempos de trabajo, siempre que sea colectiva y preferiblemente orientada desde el sector.

Por otro lado, la aproximación al contenido de los convenios del sector provincial en nuestra comunidad autónoma adquiere especial significación ya que resulta patente, atendiendo al grado de afectación personal, la primacía de los convenios sectoriales provinciales, por cuanto que el 94,34 por ciento de trabajadores y el 99,7 por ciento de las empresas están bajo la cobertura de los convenios de sector provincial (Memoria del CARL 2016), cifras que a julio de 2017 se mantienen casi invariables (Memoria parcial julio 2017).

La totalidad de los convenios sectoriales estatales analizados, salvo los ya mencionados Acuerdo Laboral de ámbito Estatal para el Sector de la Hostelería y el I Acuerdo Marco del Comercio, que guardan un completo silencio sobre la regulación del tiempo de trabajo, y un nutrido grupo de los convenios de sector provincial de nuestra Comunidad Autónoma regulan con mayor o menor profundidad alguno de los aspectos de la distribución irregular de la jornada, con el propósito de establecer determinadas reglas básicas o pautas comunes, que sean trasladadas a otros ámbitos de negociación en los que puede que la correlación de fuerzas de las partes no sea tan equilibrada.

En esta línea, en cuanto al contenido concreto, la pauta seguida en los convenios de sector es el reenvío al ámbito de la empresa para que sea ésta la sede en la que se concrete las reglas de funcionamiento de la jornada irregular. Así el sector de la restauración colectiva dispone que la “jornada será flexible”, encomendado a las empresas y las representaciones de los trabajadores la posibilidad de establecer la jornada continua y/o distribución irregular, y negociar el descanso mínimo entre jornadas en los términos previstos en el RD 1561/1995, de 21 de septiembre, de jornadas especiales. Igualmente, todos los convenios de sector estatal de los distintos subsectores de comercio, remiten la misma al pacto entre los representantes de los trabajadores y la empresa, si bien en éstos la regulación de la jornada irregular adquiere más concreción⁴⁵, siendo usual que se reserve bien un porcentaje de la jornada que coincide con el establecido en el artículo 34.2 ET⁴⁶, o se precisa un número de horas flexibles de naturaleza ordinaria que formarán parte del cómputo anual de la jornada⁴⁷. En la mayoría estos convenios se admite de forma generalizada y

⁴⁵ Convenio colectivo estatal de grandes almacenes BOE nº 242 7/10/2017; Convenio colectivo de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos BOE nº 187 6/08/2015; Convenio colectivo nacional del ciclo de comercio de papel y artes gráficas BOE nº 55, 6/03/2017; VI Convenio colectivo sectorial estatal de cadenas de tiendas de conveniencia BOE nº 160 , 6/07/2017; II Convenio colectivo estatal del comercio de minorista de droguería, herboristería y perfumerías BOE nº 192, 12/08/2017

⁴⁶ II Convenio colectivo estatal del comercio de minorista de droguería, herboristería y perfumerías BOE nº 192, 12/08/2017; Convenio colectivo estatal de grandes almacenes BOE nº 242 7/10/2017; VI Convenio colectivo sectorial estatal de cadenas de tiendas de conveniencia BOE nº 160 , 6/07/2017.

⁴⁷ Convenio colectivo de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos BOE nº 187 6/08/2015

sin ambages la superación de las nueve horas diarias⁴⁸, permitiéndose jornadas de hasta diez horas⁴⁹ o en caso de inventarios o balances “por el tiempo suficiente”⁵⁰. Por su parte el Convenio General de la Construcción traslada la articulación de la distribución irregular al ámbito convencional de la empresa, si bien de una forma indirecta, ya que prevé, en línea con lo dispuesto en el III Acuerdo para el Empleo, que en su defecto “se observará el calendario establecido en el convenio provincial o, en su caso, autonómico aplicable” pero siempre que no haya regulación sobre esta materia en el convenio de empresa luego, subsidiariedad de aquéllos.

Igualmente en lo que atañe al ámbito de negociación provincial de nuestra comunidad autónoma, son mayoritarios los convenios que contienen alguna disposición referida a la distribución flexible de la jornada, si bien hay que advertir que son muy escasos los que ofrecen una regulación pormenorizada, predominando los convenios que contienen cláusulas con una gran pobreza en sus contenidos. En este sentido, la mayoría de los convenios que contienen alguna disposición habitualmente se agota con la reserva incondicionada de esta materia al pacto colectivo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, o directamente con los trabajadores afectados.

Por lo que respecta a los sectores de hostelería y comercio, ha de reseñarse que concretamente dos de los convenios del sector de aquél y nueve de éste no parecen haber considerado la oportunidad de regular un régimen de distribución irregular. El resto de los convenios analizados se remiten mayoritariamente al pacto entre la empresa y los representantes legales de los trabajadores, admitiéndose en algún caso, que la representación la ostente la comisión mixta constituida de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 41.4 ET⁵¹.

Frente a esta tendencia, en algún caso, se confía al acuerdo entre el trabajador y el empresario⁵², o se atribuye esta facultad a la empresa con la sola

⁴⁸ Convenio colectivo de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos BOE nº 187 6/08/2015

⁴⁹ VI Convenio colectivo sectorial estatal de cadenas de tiendas de conveniencia BOE nº 160, 6/07/2017; Convenio colectivo nacional del ciclo de comercio de papel y artes gráficas BOE nº 55, 6/03/2017 cuando se produzca sobrecarga de trabajo extraordinario

⁵⁰ Convenio colectivo de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos BOE nº 187 6/08/2015;

⁵¹ CC para el sector de comercio del automóvil, caravanas, motocicletas, bicicletas y accesorios de Sevilla BOP nº 244 21/10/2015 que regula procedimiento completo con un plazo de negociación de 15 días en el que de no alcanzarse acuerdo

⁵² CC provincial de Sevilla de panadería y el CC de comercio único de la provincia de Huelva BOP nº 229 1/12/2014; CC para el comercio en general de Jaén que guarda silencio sobre esta cuestión pese a que regula parcialmente la compensación de los excesos. CC para el comercio en general para Granada

obligación de “informar” al comité de empresa o representantes del personal⁵³, o se reitera lo dispuesto en el artículo 34.2 ET, con el único límite máximo de 9 horas diarias⁵⁴. Merece la pena destacar que en uno de los convenios analizados se regula un procedimiento en el que se establece un plazo de 15 días para llegar a un acuerdo, que de no alcanzarse las partes someterán a la consideración de comisión mixta del convenio provincial⁵⁵. Resulta especialmente relevante que estos convenios incluyan al menos cláusulas de reenvío al acuerdo entre los representantes de los trabajadores y la empresa, ya que en los supuestos en los que no sea posible o no haya voluntad de negociar un convenio, se impide la imposición unilateral del empleador de distribuir irregularmente, ya que como tal la posibilidad es defectiva solo en aquéllos casos en que el pacto no concurre o intentado no se llega a un acuerdo, el empresario puede libremente y de forma unilateral distribuir la jornada de manera irregular, hasta un máximo del 10 por ciento de la jornada de trabajo y con respeto a las condiciones que estipula el propio precepto en su párrafo *in fine*⁵⁶.

En estos sectores, la pauta más generalizada para la aplicación de la distribución de la jornada consiste en el establecimiento de una bolsa de horas para cuya aplicación podrán ampliarse los límites de jornada y semanal en prolongación de jornada (de 9 o 10 horas o 45 o 50 horas semanales), siendo la aplicación de la misma incompatible con las fiestas abonables⁵⁷, si bien también existen convenios que optan por su aplicación durante un número máximo de semanas al año⁵⁸.

Frente a estos sectores, se distinguen los convenios del sector provincial de la construcción por su gran uniformidad en los contenidos y mimetismo respecto del sector general. En todos los convenios provinciales analizados se establece un calendario laboral en el que por lo general se distribuye regularmente la jornada, disponiéndose en alguno de ellos un límite a la jornada diaria que no podrá ser

⁵³ Art. 8 del CC provincial para las industrias hosteleras de Huelva BOE nº 180, 22/10/2014

⁵⁴ Art. 20 CC de sector de hostelería de la provincia de Cádiz BOP nº 153, 11/08/2017

⁵⁵ CC para el sector de comercio del automóvil, caravanas, motocicletas, bicicletas y accesorios de Sevilla BOP nº 244 21/10/2015

⁵⁶ STSJ (Castilla-León) de 17 de julio 2013 recurso de suplicación nº 351/2013, AS 2013/2646

⁵⁷ Así el CC para la Hostelería de la provincia de Jaén nº 129, 7/072017 que establece una bolsa de 250 horas; CC de Hostelería para la provincia de Málaga BOP nº 208, 31/10/2014 con 64 horas flexibles y el CC del sector hostelería para Sevilla y provincia BOP nº 193, 21/08/2015; CC de confitería, pastelería, bollería, repostería, churrería, fábrica de chocolates y turrónes de Sevilla BOP nº 88 18/04//2016; CC para el comercio de maquinaria industrial, agrícola, material eléctrico, aparatos electrodomésticos, mobiliario y material de oficina de Sevilla BOP 281, 4/12/2014; CC para el sector de comercio del automóvil, caravanas, motocicletas, bicicletas y accesorios de Sevilla BOP nº 244 21/10/2015.

⁵⁸ CC de Hostelería de la provincia de Córdoba BOP nº 204, 23/10/2014; CC de comercio de alimentación de la provincia de Huelva BOP nº 198, 15/10/2013

superior a 9 horas⁵⁹, fijándose además los períodos en que se realizará jornada continuada⁶⁰. Tal calendario operará siempre que no se pacte entre la empresa y los representantes legales de los trabajadores una readaptación distinta⁶¹, que en su caso, será remitido por la empresa a la comisión paritaria⁶², sin que se realicen más precisiones sobre la distribución de jornada. En todos ellos, se traslada de forma mimética las especialidades propias de la actividad reguladas en el sector estatal, respecto de la prolongación de jornada por el tiempo necesario para el personal con funciones de mantenimiento y reparación de instalaciones o maquinarias necesarias para la reanudación o continuidad y la recuperación del 70 por ciento de las horas no trabajadas por interrupción de la actividad, debido a causas de fuerza mayor, accidentes atmosféricos, falta de suministros, o cualquier otra causa no imputable a la empresa.

En segundo lugar, otro de los aspectos a los que se refieren los convenios es el que aborda la compensación de los excesos. En general puede afirmarse que los convenios de sector no suelen detenerse en regular este elemento, salvo en los distintos convenios del sector estatal del comercio en los que es frecuente que contengan una regulación muy detallada⁶³. También el convenio de sector estatal de la restauración colectiva establece algunas reglas para la compensación de las diferencias de jornada, si bien se trata solo de un intento ya que en el mismo se recogen todas las normas específicas de las provincias o comunidades autónomas en las que se venía aplicando convenios de hostelería.

Respecto de los convenios de sector provincial son minoritarios los convenios de sector que regulan esta materia⁶⁴. En términos generales, no suelen establecer una regulación detallada y completa sino que solo articulan alguno

⁵⁹ CC provincial del sector de la construcción y obras públicas de Cádiz BOP nº 24 06/02/2017

⁶⁰ Precisando que en los supuestos en los que la empresa desarrolle su actividad realizando obra pública podrá ser modificada siempre que esté motivada por posibles incumplimientos de plazos de ejecución CC provincial de industrias de la construcción y obra pública de Granada BOP nº 89 14/05/2014

⁶¹ CC provincial de trabajo de sector construcción y obras públicas Almería BOP nº 81 29/04/2016

⁶² CC de construcción y obra pública de Granada BOP nº 89 14/05/2014

⁶³ Convenio colectivo estatal de grandes almacenes BOE nº 242 7/10/2017; Art. 32 Convenio colectivo de comercio minorista de droguerías, herboristería y perfumerías; Convenio colectivo nacional del ciclo de comercio de papel y artes gráficas BOE nº 55, 6/03/2017; Convenio colectivo de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos BOE nº 187 6/08/2015; CC sectorial estatal de Cadena de tiendas de conveniencia BOE 160 6/08/2017

⁶⁴ CC de ámbito sectorial para hostelería de la provincia de Jaén; CC de Hostelería para la provincia de Málaga; CC para el sector de comercio del automóvil, caravanas, motocicletas, bicicletas y accesorios de Sevilla BOP nº 244 21/10/2015; CC de comercio único de la provincia de Huelva BOP nº 229, 1/012/2014; CC de comercio de alimentación de Huelva BOP nº 299, 1/012/2014

de los elementos de la misma. Así, concretamente se hace referencia: a) a su determinación, que en general confían al mutuo acuerdo entre las partes; b) a las equivalencias y el modo en que se llevará a cabo, decantándose preferentemente por el descanso en jornadas completas; c) también resulta habitual en el sector de hostelería, establecer plazos para su regularización que en general suelen ser muy reducidos y en todo caso dentro del año natural, frente a los convenios del sector del comercio que optan por su regularización dentro del cuatrimestre siguiente a su realización⁶⁵, con lo que se admite el traslado de los excesos de jornada al año siguiente.

Poca relevancia merece en la muestra de convenios tanto de sector estatal como provincial, el tratamiento de la compensación de los déficit de jornada omitiéndose esta cuestión en todos los que forman la muestra, salvo en dos convenios ambos del sector comercio⁶⁶.

Finalmente, en relación a las cláusulas que implementan los derechos de conciliación, se evidencia que muy limitadamente se tienen en cuenta los intereses específicos de los trabajadores, siendo una gran minoría los convenios que excluyen de la aplicación de la jornada irregular a determinados trabajadores en atención a sus circunstancias familiares, personales o por razones de seguridad y salud⁶⁷.

No resulta de interés para los convenios de sector analizados el establecimiento de mecanismos que en cumplimiento del artículo 34.8 ET desarrollen medidas de adaptación de la jornada para hacer efectivo el derecho a la conciliación

⁶⁵ CC de comercio único de la provincia de Huelva BOP nº 229, 1/012/2014; CC de comercio de alimentación de Huelva BOP nº 229, 1/012/2014

⁶⁶ Convenio colectivo de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos BOE nº 187 6/08/2015 en el que se prevé lo que denomina bolsa de “horas flexibles inversa”, derivada de una disminución del volumen o carga de trabajo, que se activará como instrumento preferente y previo a la adopción de decisiones que afecten al mantenimiento del empleo y para cuya aplicación se exige acreditar de modo razonable las causas económicas organizativas, previéndose un procedimiento en el que se abrirá un período de consultas con los representantes de los trabajadores; También lo regula el CC para el sector de comercio del automóvil, caravanas, motocicletas, bicicletas y accesorios de Sevilla BOP nº 244 21/10/2015

⁶⁷ Convenio colectivo nacional del ciclo de comercio de papel y artes gráficas BOE nº 55, 6/03/2017; Art. 32 Convenio colectivo de comercio minorista de droguerías, herboristería y perfumerías; Convenio colectivo de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos BOE nº 187 6/08/2015; VI Convenio colectivo sectorial estatal de cadenas de tiendas de conveniencia BOE nº 160 , 6/07/2017; CC del sector estatal de grandes almacenes BOE nº 242 7/10/2017; CC para el sector de comercio del automóvil, caravanas, motocicletas, bicicletas y accesorios de Sevilla BOP nº 244 21/10/2015; CC para el comercio de maquinaria industrial y agrícola, material eléctrico, aparatos electrodomésticos, mobiliario y material de oficina de Sevilla BOP nº 281, 4/12/2014 que excluye de la obligación de realizar horas flexibles a los trabajadores que tengan su jornada reducida por guarda legal y lactancia

familiar, laboral y personal de los trabajadores, ni si quiera estableciendo pautas o directrices generales que pudieran servir de modelo en el ámbito de la empresa, sede en la que podría llevarse a cabo la concreción de las mismas a través de un acuerdo con los representantes de los trabajadores, o a través del contrato de trabajo⁶⁸. De esta forma en la negociación colectiva de los sectores estudiados, los derechos de conciliación sólo tienen cabida a través de la reducción de jornada por responsabilidades familiares, cuyo coste es asumido por los trabajadores, mayoritariamente mujeres a través de una minoración de su salario y de una menor proyección de su carrera profesional. Al respecto, ha de señalarse que son mayoritarios los convenios de sector que reproducen lo establecido en el ET respecto del permiso por lactancia y la reducción de jornada, si bien se observa en el sector provincial que pese a la reforma se sigue manteniendo las referencias a la “jornada ordinaria”.

3. LAS REGLAS DE FUNCIONAMIENTO DE LA DISTRIBUCIÓN IRREGULAR EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS DE EMPRESA

En el ámbito de la empresa ha de destacarse que las modificaciones en torno a la distribución irregular junto con el protagonismo otorgado al convenio de empresa en esta materia han generado un creciente interés por parte de los interlocutores sociales por establecer fórmulas que favorezcan la adaptabilidad de la jornada a las especiales características de la empresa. De hecho, de acuerdo con los datos estadísticos, se aprecia una tendencia ascendente que arranca en el año 2009 y que en los años 2012 y 2013 se produce un fuerte impacto en el uso de fórmulas de la distribución irregular de la jornada⁶⁹.

En esta línea, en la muestra analizada se aprecia con carácter general, que son mayoritarios los convenios colectivos de empresas y grupos de empresa los que aluden a la distribución irregular de la jornada a lo largo del año. No obstante, del análisis de los convenios realizado, hay que destacar las diferencias existentes entre los convenios de empresas y grupos de empresas que tienen centros trabajo distribuidos en más de una comunidad autónoma con lo que en principio es de suponer que se tratan de empresas de medianas o grandes dimensiones, de los convenios de empresas con un único centro o varios dentro de la misma provincia

⁶⁸ F. Trillo “Tiempos de Trabajo y de vida privada como desafío para la innovación empresarial” en *Flexibilidad interna e innovación en la empresa* (edit. J.P. Landa) Dykinson, 2015 págs 320-321

⁶⁹ L. Gómez Rufián “Tendencias de la negociación colectiva en la jornada laboral: crisis y reformas laborales” *Revista de Información Laboral*, nº 11/2014 y “La flexibilidad interna tras la reforma laboral de 2012 desde un punto de vista cuantitativo de la antigua encuesta de coyuntura laboral a la nueva encuesta anual laboral” pág. 3

o comunidad autónoma, presumiblemente de dimensiones más reducidas, pues mientras los primeros contienen por lo común una regulación prolija, realizando un uso más intenso de las posibilidades que ofrece el artículo 34.2 ET, los segundos se distinguen por contener un tratamiento escueto, genérico y ambiguo, lo que nos lleva a pensar que en estas últimas muy probablemente las adaptaciones de jornadas se lleven a cabo a través de vías menos formales.

Realizadas estas matizaciones trataremos de analizar las previsiones convencionales que abordan la distribución irregular de la jornada en los sectores seleccionados. No obstante, debemos advertir que dado el número de convenios analizados y la amplia variedad de las cláusulas convencionales con distintos niveles de complejidad, hacen difícil su sistematización, lo que ha motivado que nuestro propósito sea menos ambicioso focalizando nuestro análisis en identificar algunas de sus claves y líneas de tendencias que se encuentran en la regulación convencional de los sectores estudiados.

3.1. Consideraciones generales

Del análisis del contenido se detecta en primer lugar, que un importante número de los mismos abordan este aspecto del tiempo de trabajo con referencias muy someras, y en ocasiones equívocas. En efecto, una gran parte de los convenios analizados se limitan a enunciar la medida de distribución flexible sin establecer porcentaje de jornada, o fijan el porcentaje o bolsas de hora objeto de distribución irregular, coincidiendo por lo común con el establecido legalmente o incluso se remiten al artículo 34.2 ET⁷⁰, sin que se realicen precisiones que desarrollen esta importante facultad o controlen la aplicación de la distribución irregular⁷¹.

⁷⁰ En cuyo caso habrá de entenderse que la distribución se realiza de acuerdo con la regulación legal J. Gorelli Hernández “Negociación Colectiva y flexibilidad en la regulación del tiempo de trabajo” op. cit pág. 54

⁷¹ Así CC de la empresa Sumayba SL BOP (Granada) nº 9, 16/01/2015; CC de la empresa Franquicias La Bella y la Bestia SL BOP (Granada) nº 25, 7/02/2017; CC de empresa Construcciones Cerámicas Lagos SL BOP (Cádiz) nº 6, 11/01/2017; CC de la empresa A3M auto Id SL BOP (Córdoba) nº 10 18/01/2016; CC de la Sociedad Cooperativa Andaluza Santa María de la Rábida-Fresón de Palos, BOP (Huelva) nº 212, 8/11/2016; CC de empresas Sucesores de Manuel Ruiz García, SL BOP (Cádiz) nº 36 21/02/2014; CC de empresa Barnet Hoteles SL BOP (Huelva) nº 115 17/06/2015; CC de empresa Hotel CC de empresa Hotel Zen BOP (Málaga) nº 114, 16/06/2017; CC de empresa AES Externalizaciones FC, SL., BOP (Málaga) nº 8 13/01/2017; CC de empresa Sistemas Tubulares Al Andalus SL BOP (Cádiz), nº 103, 2/06/2016; CC de empresa Sistemas Tubulares Al Andalus, SL BOP (Huelva) nº 64 06/06/2015; CC de Leasan 2007 BOP (Cádiz) nº 104, 5/06/2017; CC Hotel Don Giovanni SL BOP (Granada) nº 29, 12/02/2016; CC de la empresa Hotel Bahía Tropical SA BOP (Granada) nº 85, 7/05/2015.

Parece que los negociadores han admitido que este aspecto de la gestión flexible del tiempo de trabajo queda dentro del ejercicio regular de los poderes de dirección del empresario, entregándole a éste dicho porcentaje que podrá distribuirlo sin más límites que los contenidos en el artículo 34.2 ET en el que no se prevé un contenido mínimo aplicable en defecto de convenio⁷². Igualmente, entendemos aplicable este mismo porcentaje en aquellos convenios en los que no se haya determinado el mismo por referirse a la jornada irregular en términos genéricos⁷³. Eso sí, en estos supuestos habrá de respetarse la jornada diaria de 9 horas, y los condicionamientos establecidos en el citado precepto respecto del plazo de preaviso, el período en el que se ha llevar a cabo su regularización y en cuanto a los descanso diario y semanal (que como es sabido podrá acumularse por períodos de 14 días, sin perjuicio de períodos de acumulación superiores de acuerdo con los artículos 6 y 7 del RD 1561/1995, de 21 de septiembre) y, aun cuando no lo establezca, los períodos de vacaciones y festivos. Así, en consecuencia no será posible que la jornada irregular se prolongue más de 9 horas diarias, o afecte a días festivos o a los programados para el descanso⁷⁴. Estas últimas restricciones pueden ser la razón por las que muchas empresas consideren conveniente pactar en convenio colectivo las reglas de funcionamiento de la jornada irregular y que sea uno de los principales argumentos que justifiquen que en empresas de medianas o grandes dimensiones de los sectores del comercio y hostelería en las que es habitual una distribución irregular durante todos los días de la semana, hayan hecho un uso más acentuado de la distribución irregular pactada en un convenio colectivo⁷⁵.

Aunque no resulta usual, merece destacar que algunos convenios lo que tratan de asegurar es precisamente lo contrario, esto es, el establecimiento de una distribución de la jornada regular o estable, de forma que se acuerda que cualquier alteración de la misma deberá ser negociada previamente con los re-

⁷² J. Gorelli Hernández “Negociación Colectiva y flexibilidad en la regulación del tiempo de trabajo” op. cit. pág. 40

⁷³ En este sentido contrario P. Gimeno Díaz de Atauri “La flexibilidad en el tiempo de trabajo en los más recientes convenios de empresa” en *Cláusulas de vanguardia y problemas prácticos de la negociación colectiva actual* (Dir I. García-Perrote Escartín, J. Mercarder Uguina), Lex Nova 2015 pag.323

⁷⁴ M.J. López Álvarez *Distribución irregular de la jornada de trabajo* Francis Lefebvre, 2015 pág. 57

⁷⁵ Así por ejemplo en los CC del Grupo Zena BOE nº 54 3/03/2016; CC del Grupo Champion (Supermercados Champion, SA y Grupo Supeco-Maxor, SL) BOE nº 215, 6/09/2016; CC de Burger King Spain, SLU, BOE nº 157, 3/07/2017; CC del Grupo Patificio, BOE nº 168, 15/07/2015; CC del grupo de empresas VIPS BOE nº 277, 19/11/2015; CC de Decathlon España, BOE nº 73, 27/03/2017; CC de Mercadona SA, Forns Valencians Forva SAU, Mena Supermercados SL y Sas-kibe SL BOE nº 26, 30/01/2014; CC de Lidl Supermercados, SAU BOE nº 138, 8/06/2016.

presentantes de los trabajadores⁷⁶, o de forma más rotunda se suprime la posibilidad de distribución irregular, indicando expresamente que durante la vigencia del convenio no se aplicará la distribución irregular unilateral⁷⁷. En el primero de los casos, se deja la posibilidad abierta de pactar con los representantes de los trabajadores una distribución distinta a la establecida en el convenio, mientras que en los segundos, se prohíbe explícitamente la distribución irregular de la jornada, durante la vigencia del convenio pero en ambos casos, subyace la voluntad expresa de evitar que el silencio del convenio en esta materia, pueda activar las prerrogativas legales defectivas a favor del empresario y en consecuencia ser interpretado como una atribución al empresario para disponer unilateralmente del 10 por ciento de la jornada⁷⁸.

Con todo, hay que reseñar la dificultad que entraña el análisis de esta materia ya que en algunas ocasiones no se alude directamente a la distribución irregular sino que por ejemplo, una vez establecido el régimen de trabajo se añade que será decisión unilateral de la empresa el establecimiento de “jornadas especiales” vinculadas al calendario preexistente; en otros, se pacta de forma muy limitada estableciendo la posibilidad de distribución irregular en cada una de las mensualidades, aunque ello se realice sin precisar el porcentaje aplicable⁷⁹. También se detectan convenios que establecen una jornada anual y aunque aparentemente no regulan la distribución irregular, sin embargo a lo largo de su clausulado se encuentran ordenados algunos aspectos de la misma de los que es posible deducir su existencia, con lo que habrá de entenderse que el empresario está facultado para distribuir irregularmente el 10 por ciento de la jornada⁸⁰.

En general se observa que en los convenios colectivos, normalmente bajo la rúbrica de distribución de jornada o más genéricamente jornada de trabajo, coexisten distintas fórmulas de distribución irregular y en consecuencia se prevé junto a la llamada distribución irregular estática o programada y vinculada al calendario, la distribución irregular dinámica o sobrevenida. La primera tiene como finalidad la adaptación de la jornada a la distinta intensidad de la carga de trabajo

⁷⁶ CC del grupo empresarial Innovasur SL BOP (Córdoba) 5/07/2016; CC de la empresa Ofertel comunicaciones SL BOP (Córdoba) nº 163, 25/08/2016

⁷⁷ CC de la empresa Pepsico Foods AIE BOP (Granada) nº 27, 11/02/2015; CC de la empresa Pepsico Foods BOP (Sevilla) nº 161, 13/07/2016

⁷⁸ M.J. López Álvarez *Distribución irregular de la jornada de trabajo, Claves prácticas*, op.cit., 2015 pág. 21.

⁷⁹ CC de empresa Altura, Drenajes y Contenciones SL., BOP (Jaén) nº 205, 26/10/2016; CC de empresa Ursula Consulting, SLU BOP (Jaén) nº 204, 25/10/2016; CC Pontifex Maximus BOP (Málaga) nº 216 12/11/2014; CC de empresa Estructuras Medisd, SL BOP (Málaga) nº 78 24/04/2015

⁸⁰ CC de empresa Mercasevilla BOP (Sevilla) nº 72, 29/03/2017; II CC de la empresa Drosolu, S.L BOJA nº 40 14/03/2014; CC de empresa Adavigal SL BOP (Málaga) nº 118, 23/06/2014.

a lo largo del año, pero tales variaciones se encuentran programadas, mientras que la segunda trata de dar respuestas a circunstancias sobrevenidas y de carácter imprevisible⁸¹.

Del análisis realizado se observa que aun cuando existen convenios colectivos que se refieren a una programación anual⁸² o jornada estándar para inmediatamente después establecer el monto de jornada objeto de distribución irregular, existe una tendencia a la inmediatez de la programación de la jornada irregular a lo largo del año. En esta línea, resulta habitual que la planificación se realice con cierta proximidad al momento de la prestación de servicios y así se establezca la programación de la jornada con carácter trimestral⁸³, mensual⁸⁴, e incluso semanal⁸⁵, siendo comunicadas individualmente a los trabajadores con una antelación de entre quince y siete días del inicio del trimestre o mes planificado, o incluso con una semana de antelación al momento de la prestación laboral, sin que en muchos casos se prevea participación alguna de los representantes de los trabajadores⁸⁶, atribuyéndose dicha facultad a la empresa o al mutuo acuerdo con el empleado⁸⁷.

Adviértase que en muchos convenios, señaladamente en el sector de la hostelería y comercio, reconocen que la distribución irregular de la jornada afectará a la totalidad del tiempo de trabajo, que a su vez podrá ser alterada en casos de imprevistos sobrevenidos con la bolsa de horas o porcentaje de jornada reservada al efecto *ex* artículo 34.2. En estos casos, si el convenio no establece reglas básicas para la distribución irregular de la jornada y horario a lo largo del año,

⁸¹ G.E. Rodríguez Pastor “Hacia una organización más flexible del tiempo de trabajo” op. cit. pág. 4

⁸² Por ejemplo, CC de Coviran SCA BOE nº 80, 4/04/2017; CC de Granada Unión detallista Alimentación, BOE nº 80, 4/04/2017; CC de General Óptica, BOE nº 264, 4/11/2015

⁸³ CC de Decathlon España, BOE nº 73, 27/03/2017; CC del grupo empresa Dia SA y Twins Alimentación SA BOE nº 212, 2/09/2016; CC del Grupo Champion (Supermercados Champion, SA y Grupo Supeco-Maxor, SL BOE nº 215, 6/09/2016; II CC de Supersol Spain, SLU y Superdistribución Ceuta SLU BOE nº 10, 12/01/2015; CC de Supercor, SA y Tiendas de Conveniencia, SA, BOE nº 93, 18/04/2013

⁸⁴ CC de Lidl Supermercados, SAU BOE nº 138, 8/06/2016; CC de Mercadona SA, Forns Valencians Forva SAU, Mena Supermercados SL y Saskibe SL BOE nº 26, 30/01/2014; CC de Primark Tiendas SLU BOE nº 201, 22/08/2017

⁸⁵ CC de Burger King Spain, SLU, BOE nº 157, 3/07/2017; CC del Grupo Patificio, BOE nº 168, 15/07/2015; En similares términos CC de empresa Sierra Morata SL. BOP (Cádiz) nº 74, 21/04/2015; CC de empresa Mirang Restauración SLU BOP (Cádiz) nº 49 15/03/2016; CC de empresa Hotel Zen BOP (Málaga) nº 114, 16/06/2017; CC Rocla Restauración, SLU, BOP (Málaga), nº 205 26/10/2015

⁸⁶ III CC del Grupo Zena BOE nº 54, 3/03/2016; CC del Grupo Patificio, BOE nº 168, 15/07/2015; III CC del Grupo de empresas VIPS, nº 277, 19/11/2015

⁸⁷ CC KFC Restaurants Spain, SL BOE nº 137, 6/06/2014

que impida la variabilidad del momento de inicio y terminación de la jornada se estaría asumiendo una indeterminación del objeto del contrato, atribuyendo al empresario facultades en orden a la distribución de horarios⁸⁸. A estos efectos, el artículo 34.6 regula el calendario laboral pero como es sabido, no contiene mandato que obligue al empresario a la fijación individualizada del horario y turnos de trabajo⁸⁹. Precisamente era ésta la forma tradicional de la distribución del horario de trabajo, que venía impuesta en el derogado RD 2001/1983 de 28 de julio, sobre regulación de la jornada de trabajo, jornadas especiales y descansos.

La introducción de mecanismos flexibilizadores como la distribución irregular ya sea programada o sobrevenida, hace necesario que el legislador reflexione sobre la finalidad de esta institución en orden a la necesaria determinación y certeza de esta condición laboral y fije como contenido necesario del calendario laboral los horarios concretos, o cuando menos directrices o criterios legales que controlen en defecto de convenio la actuación del empresario. En tal sentido, refiriéndose al *quantum* de la jornada, la doctrina ha señalado que de la posibilidad derivada del artículo 34.1 ET de programar la jornada semanal como promedio anual, no puede deducirse una habilitación a favor del empresario para alterar cada semana sin someterme a control alguno⁹⁰, ya que supondría en la práctica aplicar al total de la jornada el régimen derivado del artículo 34.2 del ET. La cuestión no deja de ser controvertida por cuanto sobre este tema existen diversos pronunciamientos en los que se ha considerando lícita la cláusula de un convenio que permitía fijar al empresario el momento de la prestación laboral con diez días de antelación, entendiéndose que no existe incompatibilidad, sino que la cláusula del convenio responde a la facultad que confiere el artículo 34 ET “pues esta norma, autoriza que el convenio colectivo con los límites que señala, establezca la distribución irregular de la jornada a lo largo del año siempre que respete los períodos mínimos de descanso dispuestos legalmente”⁹¹.

3.2. Aspectos cuantitativos de la distribución irregular

Una primera aproximación al contenido de las cláusulas que regulan esta materia permite apreciar que casi la totalidad de los convenios analizados mantienen el monto de jornada sobre el que se aplica la distribución irregular, estableciéndose idéntico porcentaje que el atribuido en artículo 34.2 ET a favor del

⁸⁸ B. Rodríguez Sanz Galdeano *Flexibilidad de la jornada laboral. Mecanismos legales, convencionales y contractuales par la modificación de jornada* Tirant lo blanch, Valencia 2009, pág. 81

⁸⁹ SSTs de 18 septiembre 2000 y 20 julio 2015 RJ\2015\4688 y recurso de casación 192/2014 RJ\2000\8297 recurso de casación 4240/1999

⁹⁰ J. Gorelli Hernández, “Negociación Colectiva y flexibilidad en la regulación del tiempo de trabajo” op. cit. op. cit., pag. 38

⁹¹ STS 15 de diciembre de 1998 RJ 1998/10510 recurso de casación 1162/1998; STS de Madrid de 9 de julio de 2014 JUR 2014/227188 recurso de suplicación 224/2014

empresario en defecto de pacto⁹², o su equivalente, reservándose de la jornada máxima anual una bolsa de horas⁹³ o tiempo ordinario disponible⁹⁴. De hecho, de la muestra de convenios analizada, son una minoría los que opta por su reducción⁹⁵ o por su incremento⁹⁶, con lo que se evidencia que en la práctica el empresario parte en el proceso de negociación de dicho porcentaje⁹⁷.

En segundo lugar, es común en los tres sectores estudiados articular cláusulas que en aplicación de la distribución irregular de la jornada consistentes en prolongaciones de jornadas, permiten superar el tope de jornada máxima diaria o semanal fijada legalmente o la estándar determinada en el convenio, estableciendo límites máximos a la jornada diaria o semanal dentro de los que se puede mover la distribución flexible. La opción más frecuente por la que se decantan los convenios, es permitir jornadas de entre 9⁹⁸ y 10⁹⁹ horas, pudiendo alcanzar

⁹² A la misma conclusión con otra muestra de convenios llegan otros estudios M.J., López Álvarez *Distribución irregular de la jornada de trabajo. Claves prácticas*, op ci., pág. 57

⁹³ Así por ejemplo CC de la empresa Plataforma comercial Retail BOP (Córdoba) nº 125 4/07/2017 reserva hasta un máximo de 176 horas; CC VG Catering de Artes SLU, BOP (Sevilla) nº 115, 20/05/2016 que establece 150 horas; CC de la empresa Del Mar y Tierra BOP Sevilla nº 156 8/07/2017 reserva 180 horas; CC de Servicios de Infraestructuras Eléctricas de Levante, SL, BOE nº 230, 25/09/2015

⁹⁴ CC de Vestas Eólica, SAU BOE nº194, 12/8/2016

⁹⁵ CC de empresa Marbella Hotel SA, BOP (Málaga) nº 22, 19/11/2014 estableciendo sólo un 3,18%; CC de Supermercados Sabeco SA, BOE nº 137, 6/06/2014 reservando un 5%; CC de Alain Afflelou España, SAU BOE nº 112, 10/05/2013 que dispone de una bolsa de 80 horas anuales; CC de Primark tiendas, SLU, BOP nº 201, 22/08/2017 que establece una bolsa de 89 horas.

⁹⁶ CC de empresa Negocios de Restauración del sur SL BOP (Córdoba) nº 179, 16/09/2015; CC de empresa Restaurantes Temáticos del Sur SL BOP (Málaga) nº 216, 10/11/2015; CC de empresa Rocla restauración SLU BOP (Málaga) nº 205, 26/10/2015 que lo incrementa al 30 por ciento estableciendo distintos porcentajes en función de la jornada contratada; CC de la empresa Deportes Cary SL BOP (Málaga) nº 65 05/04/2017 CC de Vestas Eólica, SAU BOE nº 194, 12/08/2016 que establece 266 horas.

⁹⁷ J. Cabeza Pereiro “La flexibilidad interna y su regulación en España, una reflexión en clave crítica de la Reforma Laboral de 2012” en *Flexibilidad interna e innovación en la empresa* (edit. J.P. Landa) Dykinson, 2015 pág. 336

⁹⁸ Así por ejemplo CC de Burger King Spain, SLU, BOE nº 157, 3/07/2017; CC del Grupo Pastificio BOE nº 168, 15/07/2015; III CC del grupo de empresas VIPS, BOE nº 277, 19/11/2015; CC de empresa Mirang Restauración SLU BOP Cádiz nº 49; CC de empresa Barnet Hoteles SL BOP (Huelva) nº 115 17/06/2015; CC Rocla Restauración, SLU, BOP (Málaga), nº 205 26/10/2015; CC de Game Stores Iberia SL BOE nº 277, 16/11/2016; CC de Supermercados Sabeco, SA., BOE nº 137, 6/06/2014; En algunos CC se opta por combinar el límite diario y semanal de 9 horas y 45 semanales así los CC Alain Afflelou España, SAU BOE nº 112, 10/05/2013; CC de Cash Converters y sociedades vinculadas BOE nº 100, 27/04/2017 y CC de Decathlon España, SA BOE nº 73, 27/03/2017

⁹⁹ Así por ejemplo CC de Enercon Windnergy Spain, SL, BOE nº 28, 2/02/2016; CC de Vestas Eólica, SAU BOE nº 194, 12/8/2016; CC de empresa Negocios de Restauración del sur SL BOP (Córdoba) nº 179, 16/09/2015 CC de la empresa Restaurantes Temáticos del sur SL BOP (Málaga)

puntualmente las 11¹⁰⁰ y hasta las 12 horas¹⁰¹. Otros convenios, sin embargo, aunque permiten una jornada superior a 9 horas no concretan la duración máxima que obviamente no podrá ser superior a 12 horas por el obligado descanso entre jornadas¹⁰². Igualmente, en muchos casos, este límite diario se combina con el semanal¹⁰³, o se recurre exclusivamente a este último¹⁰⁴, en cuyo caso el límite de la jornada diaria vendrá determinado por el respeto al descanso entre jornadas de 12 horas.

Relacionada con esta cuestión, es inusual en los tres sectores que el incremento de la jornada máxima diaria o semanal se supedita al cumplimiento de requisitos adicionales. Pese a ser esta la tendencia, se han detectado convenios en los que dicho incremento exige el acuerdo entre los representantes de los trabajadores¹⁰⁵, o de superar 10 horas diarias informe a los responsables de la prevención de riesgos laborales¹⁰⁶. En otros casos, el convenio fija el número máximo de jornadas que podrán realizarse con horario incrementado al mes, impidiendo que puedan acumularse más de dos días consecutivos¹⁰⁷, con lo que se garantiza mínimamente el descanso de ese alto ritmo de trabajo, tomándose en consideración la posible afectación que el incremento de la jornada tiene en la salud de los trabajadores, sobre todo cuando se tratan de jornadas continuadas, y sus repercusiones en la vida personal y familiar.

nº 216, 10/11/2015; CC de empresa Oshiro Sevilla SL., BOP (Sevilla) nº 117, 23/05/2016; CC VG Catering de Artes SLU, BOP (Sevilla) nº 115, 20/05/2016 ambos 10 horas diarias y 50 semanales; 10 horas los CC Granada Unión Detallista Alimentación BOE nº 141, 13/06/2013; CC de Mercadona SA, Forns Valencians Forva SAU, Mena Supermercados SL y Saskibe SL BOE nº 26, 30/01/2014; CC de Primark Tiendas SLU BOE nº 201, 22/08/2017; II CC de Supersol Spain, SLU y Superdistribución Ceuta SLU BOE nº 10, 12/01/2015

¹⁰⁰ CC de empresa Hotel Zen BOP (Málaga) nº 114, 16/06/2017

¹⁰¹ CC de empresa de Cableven SL BOJA nº 87 de 10/05/2016 en el que se señala que de conformidad con el art. 34.3.2 ET del ET en función de las necesidades de la organización del trabajo se podrá realizar una jornada hasta 12 horas diarias, asegurando la alternancia de la plantilla del centro.

¹⁰² CC de Servicios de Infraestructuras Eléctricas de Levante, SL, BOE nº 230, 25/09/2015

¹⁰³ CC de Alain Afflelou España, SAU BOE nº 112, 10/05/2013; CC de Cash Converters y sociedades vinculadas BOE nº 100, 27/04/2017 y CC de Decathlon España, SA BOE nº 73, 27/03/2017; CC de Servicios de Infraestructuras Eléctricas de Levante, SL, BOE nº 230, 25/09/2015

¹⁰⁴ CC de Lidl Supermercados, SAU BOE nº 138, 8/06/2016, fijando un mínimo de 4 diarias máximo de 48 semanales éstas últimas de manera excepcional; CC de empresa AES Externalizaciones FC, SL., BOP (Málaga) nº 8 13/01/2017

¹⁰⁵ CC de Construcciones y Cerámicas Lagos SL BOP (Cádiz) nº 6, 11/01/2017; CC de Leasan 2007 BOP (Cádiz) nº 104, 5/06/2017

¹⁰⁶ CC de Enercon Windenergy Spain, SL, BOE nº 28, 2/02/2016; CC de General Óptica, BOE nº 264, 4/11/2015

¹⁰⁷ II CC de Supersol Spain, SLU y Superdistribución Ceuta SLU BOE nº 10, 12/01/2015 que establece una jornada máxima diaria de 10 horas

3.3 Aspectos cualitativos de la distribución irregular de la jornada

Otras de las claves analizadas aborda la posibilidad de que ante el silencio legal, sea la negociación colectiva la que establezcan determinados lapsos temporales y presupuestos causales para la aplicación de la distribución irregular de la jornada. Tales cláusulas, sin duda, deben ser valoradas muy positivamente, por cuanto, de un lado, conocer los períodos en los que se intensifica la prestación de servicios permite a los trabajadores la ordenación de su tiempo personal y familiar con antelación suficiente y de otro, el fijar los presupuestos causales de su activación, puede coadyuvar a la aceptación de la jornada irregular.

Sin embargo, la determinación del período en el que se va a aplicar la jornada irregular no resulta ser una práctica comercial muy extendida siendo minoritarios los convenios que fijan los períodos en los que se activa la bolsa de horas o porcentaje reservado¹⁰⁸. En otros, como ocurre en varios convenios del sector de la construcción, no resulta inusual que precisamente se reserven y se programen las horas flexibles para la disponibilidad en fines de semana, atendiendo a que la jornada por lo general se desarrolla de lunes a sábado¹⁰⁹.

Más frecuentes resulta el establecimiento de causas que habiliten la potestad de distribución flexible, y de hecho es una práctica muy extendida. Así, son numerosos los convenios que establecen razones productivas, períodos punta, ausencias imprevistas, balances o inventarios, o causas organizativas como presupuesto para la activación de las horas flexibles¹¹⁰. No obstante, como se ya se advirtió por la doctrina, en ocasiones los términos en los que se enuncian son demasiados vagos y

¹⁰⁸ CC de Alain Afflelou España, SAU BOE nº 112, 10/05/2013 establece que la bolsa de horas será de aplicación durante los meses mayo, junio, julio, agosto y diciembre; CC de empresa hotel Zen BOP Málaga nº 114 16/06/2017 que concentra la distribución irregular en los períodos de semana santa, verano y desde el 24 de diciembre hasta el día 1 de enero.

¹⁰⁹ CC de Vestas Eólicas, SAU BOE nº 194, 12/08/2016; CC de Fuertemant, SL., BOJA nº 74, 20/04/2016; CC de empresas de Cableven S.L BOJA nº 87, 10/05/2016

¹¹⁰ Entre otros CC de Servicios de Infraestructuras Eléctricas de Levante, SL, BOE nº 230, 25/09/2015 “adecuar su capacidad productiva a los imprevisto que se puedan originar” CC de empresa de Cableven SL BOJA nº 87 de 10/05/2016 “Necesidades de la organización del trabajo”; CC de empresa Construcciones Cerámicas Lagos SL BOP (Cádiz) nº 6, 11/01/2017 “por motivos organizativos y en base a la demanda de trabajo o clientes”; CC de empresa Sistemas Tubulares Al Andalus SL BOP (Cádiz), nº 103, 2/06/2016 “según necesidades de cada obra”; CC de Decathlon España, BOE nº 73, 27/03/2017 “en atención a la especial actividad de la empresa y a las necesidades derivadas de la carga de trabajo y en aras de una mayor racionalización de los plannings de trabajo”; CC de Lidl Supermercados, SAU BOE nº 138, 8/06/2016 “en función de las necesidades de la empresa” CC de Mercadona SA, Forns Valencians Forva SAU, Mena Supermercados SL y Saskibe SL BOE nº 26, 30/01/2014 “causas organizativas”; CC del Grupo Champion (Supermercados Champion, SA y Grupo Supeco-Maxor, SL) BOE nº 215, 6/09/2016 “a fin de tener en cuenta la mayor intensidad de la actividad comercial en determinados días de la semana o periodo del año”; CC del grupo de empresas Día SA., y Twins Alimentación SA., BOE nº 212, 21/09/2016

genéricos¹¹¹, siendo muy recurrente que los convenios hagan referencia, por ejemplo a la especial actividad de la empresa. En este sentido, merece la pena destacar por inusual, que alguno de los convenios analizados requieren de la intervención de los representantes de los trabajadores en la valoración de la medida. En algún caso, la obligación se reduce a la mera información al comité¹¹², pero en otros, se establecen un procedimiento en el que se requiere que el empresario justifique la concurrencia de las razones productivas y el alcance de las misma¹¹³, con lo que se activa un procedimiento de negociación entre las partes, que puede contribuir a la aceptación o incluso a reducir su impacto. Desde otra perspectiva, cuando se trata de una distribución irregular consecuencia del defecto de jornada por causas no imputables al empresario se justifica la prolongación de la jornada e incluso se atempera. Así, resulta usual en el sector de la construcción establecer cláusulas que prolongan la jornada en los días laborables siguientes para la recuperación del 70 por ciento de las horas no trabajadas por interrupción de la actividad debido a causas de fuerza mayor, accidentes atmosféricos, inclemencias del tiempo, falta de suministros o cualquier otra causa no imputable a la empresa¹¹⁴.

Otro de los elementos que regulan los convenios hace referencia al cumplimiento obligatorio o voluntario de la distribución irregular. A pesar de que la obligatoriedad es una característica de la distribución irregular y en consecuencia no requiere del acuerdo con los trabajadores afectados por la medida, en algunos convenios de los sectores de comercio y hostelería dejan la decisión de realizar la prestación para la que ha sido requerido a voluntad individual del trabajador, lo que en la práctica en la mayoría de las ocasiones, dado los índices de temporalidad y precariedad existentes en los sectores estudiados, obligará al trabajador a aceptarlas asumiendo las repercusiones que la misma genera en su vida personal y familiares. Así, resulta frecuente que se disponga que las alteraciones en el horario individualmente adjudicado por causas organizativas imprevisibles se efectuará preferentemente con personal voluntario¹¹⁵. Eso sí, salvo cuando se trate de

¹¹¹ R. Escudero Rodríguez “Significación del tiempo de trabajo, fuentes reguladoras y dinámica de la negociación colectiva” RL Tomo II, pág 325

¹¹² CC de Mercadona SA, Forns Valencians Forva SAU, Mena Supermercados SL y Saskibe SL BOE nº 26, 30/01/2014

¹¹³ CC de Sociedad Española de Instalaciones de Redes Telefónicas SAU BOE nº 154 29/06/2017; CC de la empresa Megaexit, SL., BOP Granada nº 27, 11/02/2015.

¹¹⁴ Así por ejemplo CC de empresa Sistemas Tubulares Al Aldalus, SL BOP (Cádiz) nº 103 2/06/2016; CC de empresa Encofrados y construcciones Vimuz SL BOP (Córdoba) nº 7 12/01/2017; CC Altura, Drenajes y Contenciones SL BOP (Jaén) nº 205 26/10/2016.

¹¹⁵ CC del Grupo Zena BOE nº 54 3/03/2016; CC de Burger King Spain, SLU, BOE nº 157, 3/07/2017; CC del Grupo Patificio, BOE nº 168, 15/07/2015; III CC del Grupo de empresas VIPS, nº 277, 19/11/2015; CC Alain Afflelou España, SAU BOE nº 112, 10/05/2013; CC de la empresa Plataforma comercial Retail BOP (Córdoba) nº 125 4/07/2017

reparar siniestros o daños extraordinarios y urgentes o se trate de hacer inventarios o balances que son obligatorias en la mayoría de las ocasiones, incluso aun cuando el trabajador se encontrase disfrutando del descanso semanal, en cuyo caso éste se recuperará necesariamente dentro de un período de catorce días¹¹⁶.

3.4. La regulación del preaviso

En relación a este tema parece que la negociación colectiva asume de forma mayoritaria el plazo de cinco días legamente establecido, ya sea por omisión en su regulación, ya por su trasposición sin modificación en el contenido de los convenios¹¹⁷. No obstante, respecto de los plazos hay que apuntar que una parte de los convenios optan por su ampliación hasta 7 días¹¹⁸ o plazos aún más amplios¹¹⁹ en beneficio del trabajador. Aun cuando es esta la línea de tendencia, resulta frecuente el establecimiento de cláusulas que eximen al empresario de la obligación de cumplimiento de dicho plazo de preaviso, justificándolo en razones tales como “bajas imprevistas” “operatividad” “necesidad del servicio”, “imprevistos del cliente”, “retrasos o adelantos en suministros”, “fuerza mayor” o “siniestros o daños extraordinarios”¹²⁰ fijando en estos casos la comunicación al trabajador con 24 horas de antelación, o en el momento en que la empresa conozca el imprevisto, con lo que se incumple lo establecido legalmente. En consecuencia estas cláusulas no tienen efectos y por tanto son nulas por conculcar lo establecido en el artículo 34.2 ET, norma mínima que podrá ser mejorada por la negociación colectiva estableciendo un plazo superior en beneficio del trabajador, pero no puede ser objeto de minoración por el pacto colectivo¹²¹. En cuanto a la notificación de la alteración de la jornada, es frecuente la notificación colectiva a través de

¹¹⁶ CC de Alain Afflelou España, SAU BOE nº 112, 10/05/2013; CC de Servicios de Infraestructura Eléctrica de Levante SL BOE nº 230, 25/09/2015; CC de Decathlon España, BOE nº 73, 27/03/2017; CC de Burger King, Spain, BOE nº 157, 4/07/2017; CC del Grupo Patificio, BOE nº 168, 15/07/2015; CC del Grupo de Empresa Vips, BOE nº 277, 19/11/2015; CC de Dinosol Supermercados SL BOE nº 123, 23/05/2012.

¹¹⁷ Así por ejemplo los CC de Fuertemant, SL BOJA nº 74, 20/04/2016; ; CC del grupo de empresas VIPS BOE nº 277, 19/11/2015; CC KFC Restaurants Spain, SL BOE nº 137, 6/06/2014; CC de empresa Restaurantes Temáticos del Sur SL BOP (Málaga) nº 216, 10/11/2015.

¹¹⁸ CC de Cash Converters y sociedades vinculadas BOE nº 100, 27/04/2017 ; CC de empresa Marbella Hotel SA, BOP (Málaga) nº 22, 19/11/2014

¹¹⁹ Así, por ejemplo el CC de Alain Afflelou España, SAU BOE nº 112, 10/05/2013

¹²⁰ CC de empresa Cableven SL BOJA nº 87 de 10/05/2016, SL.; CC de empresa Sistemas Tubulares Al Andalus SL BOP (Cádiz), nº 103, 2/06/2016); CC de empresa Sistemas Tubulares Al Andalus, SL BOP (Huelva) nº 64 06/06/2015; CC del Grupo Zena BOE nº 54 3/03/2016; CC de Burger King Spain, SLU, BOE nº 157, 3/07/2017; CC del Grupo Patificio, BOE nº 168, 15/07/2015; CC de empresa Hotel Zen BOP (Málaga) nº 114, 16/06/2017; CC de Granada Unión detallista Alimentación, BOE nº 80, 4/04/2017; CC de Lidl Supermercados, SAU BOE nº 138, 8/06/2016; CC de empresa Marbella Hotel SA, BOP (Málaga) nº 22, 19/11/2014.

¹²¹ STS de 16 de abril 2014, RJ/2014/2633 recurso de casación 182/2013.

la publicación de los cuadrantes en tablones de avisos de los centros de trabajo, práctica que ha sido recientemente declarada nula ya que la comunicación de los horarios de trabajo deben realizarse personalmente al trabajador por pertenecer a las condiciones contractuales de las relaciones individuales de la relación laboral, cuya acreditación corresponde al empresario¹²².

3.5. La compensación de los excesos y defectos de jornada

No son mayoritarios los convenios que abordan de manera detallada y completa la compensación de los excesos o defectos, lo cual no deja de ser un resultado esperado ya que resulta coherente con la escasa atención prestada por los convenios a la distribución irregular en entrar a desarrollar las reglas de funcionamiento, puesto que una gran mayoría como señalábamos *supra*, se referían a la distribución irregular de la jornada de forma genérica sin concreción de su régimen jurídico o se remitía a lo dispuesto legalmente. Por tanto, en estos casos, los excesos o defectos de jornada deberán quedar compensados en el plazo de doce meses desde que se produzcan, con lo que se estaría incumpliendo lo establecido en el artículo 19 de la Directiva 2003/88/CE de 4 noviembre, relativa a determinados aspectos de la ordenación de trabajo en el que únicamente se permite dicho plazo, cuando se justifique en razones objetivas, técnicas, o de organización del trabajo y siempre que la ampliación del módulo de referencia se realice mediante convenio o acuerdos celebrados entre los interlocutores sociales.

En general, los convenios colectivos que realizan una regulación más detallada de la distribución irregular han asumido la excepción al principio de anualidad establecida en el artículo 34.2 ET, permitiendo el trasvase de los saldos al año siguiente. Con todo, se detectan convenios que optan por la compensación dentro del año natural, de forma que los excesos sobre la jornada anual se abonan como horas extraordinarias¹²³.

Lógicamente el momento en que ha de llevarse cabo la verificación y control de la ejecución de la jornada coincide en general con la terminación del módulo de cómputo de la jornada máxima, que normalmente se corresponde con el 31 de diciembre, aunque puede establecerse la terminación del módulo anual en fecha distinta¹²⁴.

¹²² STSJ de Santander de 14 de diciembre 2016 (AS 2016/1789), Procedimiento 605/2016.

¹²³ CC de la Sociedad Cooperativa Andaluza Santa María de la Rábida- fresón de Palos BOP (Huelva) nº 212, 8/11/2016; CC de Consum sociedad Cooperativa Valenciana BOE nº 302, 15/12/2014; CC de empresa de construcciones y Cerámicas Lagos BOP (Cádiz) nº 6, 11/01/2017;

¹²⁴ De la muestra de convenios analizada sólo el CC de empresa Marbella Hotel SA, BOP (Málaga) nº 22, 19/11/2014 establece el cómputo anual no coincidente con el año natural, concretamente el día 31 de mayo

Con el fin de evitar la acumulación de los desfases al término del año natural no es extraño, que los convenios colectivos fijen controles periódicos de carácter trimestral¹²⁵ o cuatrimestral¹²⁶ o mensuales¹²⁷, produciéndose la regularización en el siguiente período, o incluso también se permite que la compensación de los excesos sea previa a que se produzca la jornada de mayor intensidad¹²⁸. En cualquier caso, en todos estos convenios de producirse saldos al término del período de cómputo se dispone de un el lapso temporal variable detectándose cierta tendencia hacia la inmediatez en la compensación, fijándose períodos por lo general breves de tres o cuatro meses o incluso un mes para su liquidación, momento en el que además se determinará la existencia de horas extraordinarias. Así, llegado el término del lapso temporal previsto en el convenio sin que el trabajador haya disfrutado del descanso de las horas de exceso de la jornada máxima anual habrán de ser consideradas horas extraordinarias¹²⁹. Al respecto, ha de destacarse que algún convenio prevé la posibilidad de que la empresa discrecionalmente liquide la totalidad de una parte de las horas pendientes antes de la terminación del plazo establecido para su compensación, abonándolas al precio de la hora ordinaria, respetando, obviamente el número máximo de horas extraordinarias en cómputo anual previsto legalmente. Práctica que ha de ser considerada ilegal por cuanto del juego combinado de ambos instrumentos flexibilizadores se amplía las prerrogativas empresariales, que tendrá la potestad de determinar la naturaleza de las horas de exceso, con el consiguiente ahorro de costes salariales y de seguridad social, dado que el precio de la hora extraordinaria normalmente suele ser superior a la ordinaria, además de mutar la naturaleza de la hora extraordinaria, que a diferencia de la horas flexibles son voluntarias, salvo que se pacte su carácter obligatorio¹³⁰.

¹²⁵ CC de Burger King Spain, SLU, BOE nº 157, 3/07/2017; CC del Grupo Patificio, BOE nº 168, 15/07/2015; III CC del Grupo de Empresas VIPS; CC de Decathlon España, SA BOE nº 73, 27/03/2017; CC del grupo de empresas Día SA., y Twins Alimentación SA., BOE nº 212, 21/09/2016; CC de Lidl supermercados SAU. Boe nº 138, 8/06/2016; CC del Grupo Champion (Supermercados Champion, SA y Grupo Supeco-Maxor, SL) BOE nº 215, 6/09/2016., II CC de Supersol Spain, SLU y Superdistribución Ceuta SLU BOE nº 10, 12/01/2015

¹²⁶ ; CC de Alain Afflelou España, SAU BOE nº 112, 10/05/2013CC; CC de Mercadona SA, Forns Valencians Forva SAU, Mena Supermercados SL y Saskibe SL BOE nº 26, 30/01/2014

¹²⁷ CC de empresa Oshiro Sevilla SL BOP (Sevilla) nº 117, 23/05/2016; CC VG Catering de Arte SLU BOP (Sevilla) nº 115, 20/05/2016; CC de empresa Del Mar y Tierra BOP (Sevilla) nº 156, 8/07/2017

¹²⁸ CC de Servicios de Infraestructuras Eléctricas de Levante, SL, BOE nº 230, 25/09/2015 ; CC de Decathlon España, BOE nº 73, 27/03/2017

¹²⁹ CC de Consum sociedad Cooperativa Valenciana BOE nº 302, 15/12/2014; CC de Alain Afflelou España, SAU BOE nº 112, 10/05/2013

¹³⁰ CC de Enercon Windnergy Spain, SL, BOE nº 28, 2/02/2016, CC de empresa Construcciones Cerámicas Lagos SL BOP (Cádiz) nº 6, 11/01/2017; CC de Leasan 2007 BOP (Cádiz) nº 104, 5/06/2017

Se evidencia en la regulación de la distribución irregular y muy señaladamente en los mecanismos regulados para la compensación de las diferencias de jornadas, que los intereses empresariales se tienen muy presente, echándose en falta cláusulas que regulen el modo de disfrute del descanso compensatorio que interesan a los trabajadores en orden a la reordenación de su tiempo extralaboral. Así, respecto a la fecha concreta de disfrute del descanso la mayoría de los convenios suelen optar bien porque sea la empresa directamente la que lo fije, o bien lo remiten al acuerdo entre la empresa y el trabajador afectado, sin que se prevean fórmulas en caso de desacuerdo, lo que en la práctica no es más que una remisión al poder del empresario, sin que hayamos encontrado convenios en los que claramente se atribuya la prioridad al trabajador en la determinación de estos tiempos de descanso. Tan sólo un convenio de los analizados en un intento de establecer fórmulas que tengan en cuenta las circunstancias personales del trabajador prevé, que cada una de las partes determinen el 50 por ciento, eso sí, excluyendo de tal opción las fechas que coincidan con periodos de alta producción previamente fijados por la empresa, reduciendo con ello el margen de discrecionalidad inicialmente otorgado al trabajador¹³¹.

Relacionado con el momento de disfrute, hay que destacar que los convenios normalmente no contienen un plazo de preaviso más allá de la precisión del lapso temporal en el que han de llevarse a cabo. Igualmente, son escasos los convenios que especifican el modo de disfrute, si bien al menos, los convenios del sector comercio se decantan mayoritariamente por el disfrute en jornadas completas, salvo que el trabajador esté interesado en su disfrute mediante la reducción de jornadas¹³², acumulándolas por lo general a los períodos de descanso semanal¹³³. Finalmente, en cuanto a las equivalencias de las horas flexibles es común la compensación a la par, de manera que cada hora de trabajo le corresponde una de descanso, que se incrementará cuando las horas flexibles coincidan con un día planificado de descanso, festivos o fines de semana¹³⁴.

A la vista de la amplia muestra analizada no parece que los sectores estudiados presten interés por la compensación de los saldos negativos de forma expresa, lo que puede deberse a que la regularización de los excesos se realiza en los períodos de menor actividad, o probablemente con un uso intensivo de la contratación temporal y a tiempo parcial, que permiten adaptación cuando disminuye al carga de trabajo. De hecho, solo dos de los convenios se detiene en su regulación

¹³¹ CC de Servicios de Infraestructuras Eléctricas de Levante, SL, BOE nº 230, 25/09/2015

¹³² CC de Consum sociedad Cooperativa Valenciana BOE nº 302, 15/12/2014

¹³³ Así por ejemplo CC del grupo de empresas Día SA., y Twins Alimentación SA., BOE nº 212, 21/09/2016; CC de Alain Afflelou España, SAU BOE nº 112, 10/05/2013

¹³⁴ CC de Mercadona SA, Forns Valencians Forva SAU, Mena Supermercados SL y Saskibe SL BOE nº 26, 30/01/2014; CC de Enercon Windnergy Spain, SL, BOE nº 28, 2/02/2016

indicando el lapso temporal en que se podrá compensar y precisamente en ambos casos, se dispone su uso en caso de cese de la relación laboral. Uno de ellos, indicando que el saldo en contra se podrá compensar hasta el importe máximo de la liquidación¹³⁵, otro estableciendo un régimen jurídico diferenciado según ésta sea fruto de un despido individual o colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, o la extinción sea ajena a la causa empresarial. En el primero de los casos no se considera al trabajador deudor del saldo negativo, y en consecuencia la liquidación no se verá reducida, mientras que si la finalización del contrato no responde a causas empresariales por derivar de la llegada del término de la relación laboral, despido disciplinario o desistimiento, las diferencias tanto positivas como negativas se regularizan en el documento del finiquito¹³⁶.

3.6. Jornadas diferenciadas en función de la fecha de ingreso a la empresa

Finalmente, al hilo de la distribución irregular y aunque sea un tema tangencial en el que no se analiza los elementos de la jornada irregular, merece la pena detenerse si quiera brevemente, en destacar que algunos convenios como consecuencia de la introducción de mecanismos de flexibilidad o incrementos en la jornadas máximas anuales o la extensión de la jornada de trabajo durante todos los días incluidos fines de semana, se introducen cláusulas que establecen condiciones laborales diferenciadas en función de la fecha de incorporación a la empresa, tema conocido en nuestra disciplina respecto de otra importante condición laboral que dio lugar a un intenso debate doctrinal y jurisprudencial en torno a la doble escala salarial¹³⁷.

Así, por ejemplo se exime de la aplicación de la distribución irregular en domingos y festivos a los trabajadores contratados con anterioridad a la firma del convenio, manteniendo dicho derecho *ad personam*¹³⁸; o también refiriéndose a los descansos en fines de semana se establece que los trabajadores que hubieran optado por un sistema diferente conforme a lo estipulado en el convenio 2006-2009 podrá mantenerlo a “título individual”¹³⁹; o con la misma calificación se observan cláusulas que establecen el mantenimiento de una jornada de trabajo anual inferior a aquellos trabajadores que hubieran ingresado en una determinada

¹³⁵ CC de Servicios de Infraestructuras Eléctricas de Levante, SL, BOE nº 230, 25/09/2015

¹³⁶ CC de Enercon Windnergy Spain, SL, BOE nº 28, 2/02/2016

¹³⁷ A.V. Sempere Navarro “Legitimidad de las dobles escalas salariales en función de la antigüedad o fecha de ingreso a la misma” Revista doctrinal Aranzadi Social, Vol paraf. III, 47 BIB 1997/839 pag. 1; M.A. Purcalla Bonilla “Dobles escalas salarial y fecha de acceso al empleo: una aproximación a sus claves jurisprudenciales” Información Laboral nº 25/2002, BIB 2013/1842 pag. 4

¹³⁸ CC de Decathlon España, BOE nº 73, 27/03/2017

¹³⁹ CC del grupo de empresas Día SA., y Twins Alimentación SA., BOE nº 212, 21/09/2016

fecha¹⁴⁰, cláusulas que dan pistas más que evidentes del resultado de la aplicación intensiva de técnicas de gestión flexible del tiempo de trabajo.

Una aproximación a este fenómeno demuestra que la introducción de tales cláusulas obedecen subterfugios negociales en cuyo transcurso se encuentran estrategias entre las partes negociadoras, ofertándose las mismas como contrapartida empresarial a la introducción de diversas medidas como la moderación salarial, o la introducción de mecanismos de distribución irregular hasta el momento inexistentes en la empresa.

La cuestión resulta relevante por cuanto que el Tribunal Supremo en la sentencia de 21 de octubre de 2014 se ha pronunciado al respecto con una solución contraria a la respuesta dada en orden a la vulneración del principio de igualdad respecto del establecimiento de la doble escala salarial en función de la fecha de ingreso, en la que se consideraban justificadas las diferencias derivadas de una condición más beneficiosa para los trabajadores que ingresaron con anterioridad a una determinada fecha¹⁴¹. Concretamente en la citada sentencia se dilucidaba si resultaba justificado un trato diferenciado entre los trabajadores más antiguos para los que se consideraba tiempo de trabajo efectivo los 30 minutos de descanso de “bocadillo”, frente a los trabajadores contratados con posterioridad, para los que dicho descanso no computaba como tiempo de trabajo efectivo.

La empresa justifica el establecimiento de jornadas diferenciadas en la concurrencia de un derecho adquirido de origen convencional, y como segundo argumento se refiere a la reducción de la actividad, dificultades económica y pérdida de competitividad en el mercado. Pues bien, el Tribunal descarta de forma rotunda que el derecho constituya condición más beneficiosa, porque las condiciones más beneficiosas no pueden derivar, por definición del convenio colectivo, sino de la libre voluntad del empleador¹⁴². En segundo lugar, respecto de las dificultades económicas aducidas por la empresa, señala que las mismas no pueden justificar el trato discriminatorio a los trabajadores con contratos recientes. En suma, ninguno de los argumentos esgrimidos justifican de manera razonable y objetiva un trato diferenciado a los trabajadores de nueva contratación sin que pueda aceptarse que los trabajadores de nueva contratación sean los soporten el sacrificio derivado de la introducción de medidas de flexibilidad¹⁴³.

¹⁴⁰ CC del grupo de empresas Día SA., y Twins Alimentación SA., BOE nº 212, 21/09/2016 y CC de Cash Converters y sociedades vinculadas BOE nº 100, 27/04/2017; CC de Burguer King, SLU, BOE nº 157, 3/07/2017; CC del Grupo Patificio, BOE nº 168, 15/07/2015; III CC del Grupo de Empresas VIPS BOE nº 277, 19/11/2015; III CC del Grupo Zena, BOE nº 54, 3/03/2016;

¹⁴¹ STS 7 de julio de 2005 RJ 2005/7327] y 10 de octubre 2006 RJ 2006/10037

¹⁴² STS de 21 de octubre 2014, RJ 2014/6136, que resuelve el recurso de casación 308/2013, contra la Sentencia de la AN de 16 de mayo de 2013 AS 2013/1953, Procedimiento 11/2013

¹⁴³ Un comentario a dicha a la citada sentencia A. Todoli Signes, “Aplicación de la doctrina de

4. LA CLÁUSULAS DE FLEXIBILIDAD EN ATENCIÓN A CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL Y FAMILIAR

Es obvio que la distribución irregular de la jornada, dado su carácter imprevisible provoca importantes alteraciones en la vida personal y familiar, mucho más si su regulación legal tiene un carácter unidireccional en el que se refuerzan los poderes de dirección del empresario. Es innegable que tanto las prolongaciones como reducciones de jornadas o la prestación de servicio en los días en principio previstos para el descanso, introducen incertidumbres que rompen con los complejos equilibrios conseguidos entre ambas facetas de la vida de los trabajadores, sobre todo respecto de los que asumen las responsabilidades familiares, mayoritariamente mujeres. Y es que ciertamente la base sobre la que se fundamenta la distribución irregular exige grandes dosis de disponibilidad de los trabajadores y que sean éstos los que adapten a las necesidades de la empresa¹⁴⁴ sin que los convenios hayan formulado mecanismos que atemperen el impacto de la jornada irregular sobre la vida familiar y personal de los trabajadores.

En primer lugar, del análisis de los convenios hay que destacar que una inmensa mayoría hacen referencia a los derechos de conciliación, en muchos casos dedicando un capítulo a su desarrollo, comprometiéndose dentro de la regulación dedicada a la regulación de la igualdad por razón de género a negociar medidas que faciliten los derechos de conciliación de los trabajadores y a la eliminación de discriminaciones por razón de género¹⁴⁵. Sin embargo, estos reconocimientos y declaraciones tienen más valor programático que práctico puesto que tienen poco reflejo en su clausulado, que frecuentemente reproducen lo establecido en el ET.

Especial relevancia reviste el artículo 34.8 del ET en el que se establece el derecho de los trabajadores a la adaptación y distribución de la jornada reenviando a la negociación colectiva o al acuerdo a que llegue con el empresario respetando en su caso, lo previsto en aquélla. Por su parte, el segundo inciso

la doble escala salarial a la jornada laboral. El no reconocimiento de las mejoras “*Ad personam*”, ni los derechos adquiridos, como justificantes de la diferencia de las diferencias en las condiciones laborales” Revista de Información Laboral nº 1/2015 Bib 2015/229

¹⁴⁴ M. A. Ballester Pastor “La flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo: jornada y distribución del tiempo de trabajo” op. cit. pág. 56

¹⁴⁵ Así en otros CC del Grupo de empresas Día SA., y Twins Alimentación SA., BOE nº 212 2/09/2016; CC de Vestas Eólica, SAU BOE nº194, 12/8/2016; CC de Servicios de Infraestructuras Eléctricas de Levante, SL, BOE nº 230, 25/09/2015 ; CC de Sociedad Española de Instalaciones de Redes Telefónicas SAU BOE nº 154 29/06/2017; CC de Servicios de Infraestructuras Eléctricas de Levante, SL; CC de la empresa Plataforma Comercial Retail, SAU BOP (Córdoba) nº 125, 4/07/2017; CC de empresa Ofertel Comunicaciones BOP (Córdoba) nº 163, 25/08/2016; CC de empresa Pesico Food AIE BOP (Huelva) nº 93, 18/05/2016 ; CC de la Sociedad Cooperativa Andaluza Santa. María de la Rábida-Fresón de Palos, BOP (Huelva) nº 212, 8/11/2016;

introducido por la reforma establece sin determinar a quien se dirige¹⁴⁶, que “se promoverán la utilización de la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que permitan la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la mejora de la productividad en las empresas”. Frente al derecho a la reducción de jornada, el derecho a la adaptación y distribución de jornada presenta la ventaja de permitir al trabajador mantener su actividad laboral sin reducir su salario ni sus expectativas de protección social, a la vez que paralelamente facilita de manera cotidiana a los trabajadores la compatibilidad de la faceta profesional y familiar.

El papel que desempeña la negociación colectiva en la adaptación y distribución de la jornada es crucial ya que como se ha señalado el legislador no lo configura como un derecho individual de aplicabilidad directa sino que condiciona su materialización a lo que disponga el convenio colectivo, o al acuerdo entre los propios interesados¹⁴⁷. Pues bien, los resultados no son los esperados. Frente a la gran mayoría de convenios que establecen la posibilidad de distribuir irregularmente la jornada laboral, atribuyendo importantes márgenes de maniobra en la gestión del tiempo de trabajo al empresario, sólo seis de la amplia muestra analizada disponen de algún mecanismo de adaptación, por lo que habrá de estarse al pacto entre el empresario y los trabajadores afectados¹⁴⁸. Concretamente dos convenios disponen de la jornada continuada como medio de fomento de la conciliación de la vida laboral y familiar¹⁴⁹; en uno se establece la posibilidad la posibilidad de no prestar servicios en sábados, domingo y festivos y ser adscritos a un turno de trabajo adaptado al horario de guardería¹⁵⁰; otro convenio admite en estos supuestos el cambio de turno¹⁵¹; y finalmente, sólo uno contempla la jornada flexible con tramos de presencia común y obligatoria y con horas de entrada y salida variables o flexibles¹⁵².

¹⁴⁶ M.E. Casas Baamonde y M. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer “Las reformas de la reforma laboral de 2012” RL 15-18/2012 pág. 17

¹⁴⁷ STC 24/2011, de 13 de marzo

¹⁴⁸ Un estudio amplio sobre este derecho en Y. Sánchez-Urán Azaña “Adaptación de la jornada laboral por circunstancias familiares: la familia como bien jurídico protegido (Reflexiones en torno a la STC 24/2011)” Revista Española de Derecho del Trabajo nº 115/2012 Bib 2012/2804

¹⁴⁹ CC de Cosum Sociedad cooperativa Valenciana BOE nº 302 15/12/2014; CC del grupo de empresas VIPS BOE nº 277, 19/11/2015 si bien en este último se hace referencia a la necesidad de que la jornada sea continuada para los supuestos de contrataciones a tiempo parcial con jornadas diarias iguales o inferiores a 4 horas

¹⁵⁰ III CC del Grupo Zena BOE nº 54, 3/03/2016

¹⁵¹ CC Rocla Restauración, SLU, BOP (Málaga), nº 205 26/10/2015

¹⁵² CC de Vestas Eólica, SAU BOE nº 194, 12/8/2016, SAU; CC de Enercon Windnergy Spain, SL, BOE nº 28, 2/02/2016

Nos cuestionamos las razones que explican esta apatía negociadora precisamente en esta materia en la que dado el insuficiente reconocimiento jurídico¹⁵³, se requiere para su aplicabilidad inmediata la existencia de convenio colectivo que lo prevea, frente al reconocimiento más categórico realizado por el artículo 34.2 ET a favor de la distribución irregular para atender a las necesidades de la empresa¹⁵⁴. En este sentido, pueden aducirse que la composición eminentemente masculina de las mesas de negociación no favorece la negociación de estas medidas¹⁵⁵, o que los costes organizativos que exigen su implantación implican mayores dificultades de coordinación en la plantilla de trabajadores, o finalmente que resulta crucial para su establecimiento el tamaño de la empresa y el sector de actividad, siendo más difícil de asumir en las pequeñas y microempresas¹⁵⁶ y en los sectores como el comercio o la hostelería con horarios extensos en los que se requiere una mayor presencia de los trabajadores y en los que el régimen de trabajo a turnos es la forma de organización más habitual.

Frente a la ausencia cuasi total de previsiones convencionales que aborden la adaptación y distribución de la jornada, el permiso por lactancia y la reducción de jornada por responsabilidades familiares y resultan ser, al menos el primero, una de las materias más reguladas en la muestra analizada.

Las previsiones convencionales abordan estas situaciones desde dos perspectivas: la primera hace referencia al alcance de la aplicación de la distribución irregular sobre los trabajadores que están disfrutando de una reducción de jornada por responsabilidades familiares y permiso por lactancia y la segunda relativa a la derecho a la concreción de la reducción de jornada por responsabilidades familiares y a los permisos por lactancia¹⁵⁷.

Respecto de la primera de las perspectivas ha de destacarse que son muy escasos los convenios que contemplan esta posibilidad. Así, algunos convenios excluyen de la aplicación de la distribución irregular de la jornada a los trabajadores afectados por reducción de jornada por guarda legal y además en la mayoría

¹⁵³ J. Cruz Villalón “Elementos condicionantes para la efectividad de la conciliación laboral en España” op. cit. pág14; M. A. Ballester Pastor “La flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo: jornada y distribución del tiempo de trabajo” op. cit. pág. 86 califican a este derecho como una regla de baja intensidad o *soft law*

¹⁵⁴ T. Pérez del Río “Tiempo de trabajo: una óptica de género” en *Tiempo de Trabajo* op. cit. 277 señala que el reconocimiento legal del derecho pese a la dimensión constitucional dificulta enormemente la reclamación en vía jurisdiccional.

¹⁵⁵ M. B. Fernández Collados, “Negociación colectiva sobre la adaptación de jornada por razones personales y familiares” op. cit. pag 12

¹⁵⁶ J. Cruz Villalón “Elementos condicionantes para la efectividad de la conciliación laboral en España” op. cit. 17

¹⁵⁷ M.J. López Álvarez *Distribución irregular de la jornada. Claves prácticas* op. cit., pág 89

de los casos esta exclusión se refiere a la alteración o prolongación de jornada derivada exclusivamente de ventas especiales y balances¹⁵⁸; puntualmente un convenio exime de la prestación de servicios en domingos y festivos a los trabajadores que estuvieran disfrutando de reducción de jornada¹⁵⁹, y finalmente, de manera más amplia, se dejan al margen de la jornada irregular los trabajadores con hijos menores de ocho años con independencia de si están disfrutando o no de una reducción de jornada¹⁶⁰.

La cuestión que nos surge, más allá de las escasas exclusiones realizadas en los convenios colectivos, es si sería posible la aplicación de la distribución irregular a los trabajadores que tenga reconocida la adaptación o la reducción de su jornada por motivos familiares. Repárese que tanto la adaptación como la reducción de jornada por responsabilidades familiares responde a la finalidad de compatibilizar la actividad profesional con el cuidado del familiar a cargo, con lo que es de suponer que la concreción de la prestación de servicios se haya realizado teniendo presente las obligaciones familiares, adaptándose por ejemplo al horario escolar, o a al horario de la persona que cuida del familiar dependiente, con lo que la alteración de jornada aunque preavisada con cinco días de antelación rompería el equilibrio conseguido con tales derechos, que además, al menos respecto de la reducción de jornada, implica una disminución de salario. En estos casos, habrá de valorarse cada caso concreto, sobre todo cuando se trate de una alteración puntual, pero ante el silencio legal, consideramos que concretada la jornada en función de las necesidades de conciliación y mientras ésta perdura, la activación de la distribución irregular produciría un vaciamiento del fin último que tales derechos persiguen. Así, se considera en relación a la reducción de jornada por responsabilidades, que estas prácticas empresariales son nulas, no sólo por la desnaturalización del derecho a la reducción de jornada, sino además, porque “conculcaría la dimensión constitucional que tiene el derecho a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras, en la línea marcada por la STC 3/2007, de acuerdo con los intereses y valores familiares a que el mismo responde”¹⁶¹.

Atendiendo a la segunda de las perspectivas indicadas, resulta muy frecuente que los convenios colectivos no contengan una regulación completa de todos

¹⁵⁸ CC de Alain Afflelou España SAU; CC de Primark Tiendas SLU BOE nº 201, 22/08/2017; CC de Supercor, SA y Tiendas de Conveniencia, SA, BOE nº 93, 18/04/2013

¹⁵⁹ CC de Lidl Supermercados, SAU BOE nº 138, 8/06/2016.

¹⁶⁰ CC de Decathlon España, BOE nº 73, 27/03/2017; CC de la empresa Plataforma Comercial Reail SAU BOP (Cádiz) nº 68 24/03/2017 que se refiere de manera extensa a las “obligaciones familiares suficientemente acreditadas”

¹⁶¹ Sentencia del Juzgado de lo Social de Santander de 14 diciembre Procedimiento 605/2016, AS\2016\1789; STSJ de La Rioja, de 10 febrero recurso de suplicación 22/2012, AS\2012\575

los supuestos que generan el derecho a la reducción de jornada derivada de las responsabilidades familiares de los trabajadores.

Como ya adelantábamos la gran mayoría de los convenios aluden a los permisos por lactancia de un menor de nueve meses regulado en el artículo 37.4 ET, en el que se dispone que los trabajadores tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo que podrán dividir en dos fracciones, pudiendo ser sustituida por una reducción en media hora con la misma finalidad, o acumulada en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario. En la práctica totalidad de los convenios de la muestra cumpliendo las previsiones legales, se cuantifica el número de jornadas completas acumuladas que en su caso puede disfrutar el trabajador oscilando entre 10 y 30 días, siendo muy usual que la opción por la acumulación se condicione o se amplíe su duración a que su ejercicio se realice de forma sucesiva tras finalizar el período de maternidad¹⁶².

Finalmente, el artículo 37. 6 ET reconoce el derecho a la reducción de jornada con la consiguiente minoración proporcional del salario por cuidado de menores de 12 años, o una persona con discapacidad, cuidado de familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que no puedan valerse por sí mismos y para el cuidado y tratamiento continuado de menor a su cargo afectado por enfermedad grave. Como se ha señalado la reforma llevada a cabo por la Ley 3/2012 modificó el módulo sobre el que se aplica la reducción en los supuestos de guarda legal y cuidado de familiares a cargo, pasando de la referencia genérica de “la jornada ordinaria” a otra más restringida como es “la jornada diaria”¹⁶³, además en 2013 se eleva la edad del menor de ocho a doce años. Con la finalidad de incrementar la certeza al empresario y evitar las controversias jurisprudenciales generadas en torno a este derecho, el apartado 7 del citado artículo, dispone que los convenios colectivos “podrán establecer criterios para la concreción horaria de la reducción de jornada a que se refiere el apartado 6, en atención a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del trabajador y las necesidades productivas y organizativas de las empresas”

¹⁶² Así por ejemplo los II CC de la empresa Drosolu, S.L BOJA nº 40 14/03/2014, 8 días naturales que se sumarán al período de maternidad CC de Mercadona SA, Forns Valencians Forva SAU, Mena Supermercados SL y Saskibe SL BOE nº 26, 30/01/2014 30 días uniéndolo a la baja por maternidad, siendo los más numerosos los que establecen entre 15 y 18 días CC de empresa Megaexit SL. BOP (Granada), nº 27, 11/02/2015; CC del Grupo Zena BOE nº 54 3/03/2016; CC de Dinosol Supermercados SL BOE nº 123, 23/05/2012

¹⁶³ M.J. López Álvarez *Distribución irregular de la jornada de trabajo. Claves prácticas* op. cit. pág. 93; C. Jover Ramírez “La difícil supervivencia de la conciliación entre la vida laboral y familiar en tiempos de crisis y reforma” Revista doctrinal Aranzadi Social nº 4/2013, BIB 2013/1515

De la muestra analizada ha de destacarse que un nutrido grupo de convenios pese a que ya estaba vigente la reforma cuando se negociaron, mantienen la dicción anterior a la misma y siguen refiriéndose a la reducción de la jornada ordinaria¹⁶⁴, con lo que ha de considerarse que el convenio contiene en esta materia una regulación completa y sin remisión al ET, que mejora la previsión estatutaria siendo por tanto, la jornada ordinaria el módulo sobre el que se practique la reducción de jornada¹⁶⁵. Otros convenios, sin embargo, sobre todo de empresas con centros de trabajo en más de una comunidad autónoma, han incorporado en su contenido el parámetro diario¹⁶⁶ y ello, en muchos casos, a pesar de que aparece inalterada la edad del menor, que mantienen en 8 años pese a que en la mayoría de los casos su negociación fue posterior a 2013.

Algunos convenios sobre la base del nuevo párrafo del artículo 37.7 ET, articulan los términos del disfrute del derecho a la reducción de jornada, siendo muy escasos los ofrecen modelos homogéneos de disfrute más perfeccionados. De hecho, en algunos convenios más que implementar los términos de la reducción de jornada establecen límites no contemplados en el artículo 37 ET que encorsetan y ahogan el ejercicio del derecho del trabajador. Así, se precisa en algunos convenios que el ejercicio de este derecho implica la reducción de todos los días de prestación de servicio y en la misma proporción, incluyendo fines de semana, evitando en todo caso, reducir días enteros de jornada y debiendo de practicarse dentro del turno que venga realizando¹⁶⁷. Obviamente, estas cláusulas han de considerarse nulas y así lo ha interpretado el Tribunal Supremo en su sentencia de 21 de marzo de 2011, por cuanto que aunque se reconoce que la negociación

¹⁶⁴ CC de Burger King Spain, SLU, BOE nº 157, 3/07/2017; ; CC del grupo de empresas VIPS BOE nº 277, 19/11/2015

¹⁶⁵ De hecho el Tribunal Supremo en Sentencia de 18 de mayo RJ 2016/3259 ha tenido ocasión de pronunciarse al hilo de la solicitud realizada por una trabajadora que solicitó la concreción horaria de la jornada de acuerdo con los términos contenidos en el convenio colectivo que no establecía el parámetro diario sino que se refería a la jornada ordinaria considerando que los términos empleados son plenamente claros y no ofrecen discusión de lo que puede deducirse la voluntad de los negociadores -sin precisar acudir a otros parámetros hermenéuticos- que la concreción horaria y la determinación del período de disfrute del permiso de lactancia y de la reducción de jornada corresponderán al trabajador dentro de su jornada ordinaria.

198/2015 Tribunal Supremo, en sendas sentencias de 18 de mayo y de 15 de septiembre de 2016, dictadas en los recursos de casación números 198/2015 y 260/2015

¹⁶⁶ CC del Grupo Zena BOE nº 54 3/03/2016; CC del Grupo Patificio, BOE nº 168, 15/07/2015; CC para la empresa Sierra Morata (Cádiz)

¹⁶⁷ Así el CC de Alain Afflelou, España SAU haciendo referencia al cambio de turno y días completos. CC del Grupo Champion (Supermercados Champion, SA y Grupo Supeco-Maxor, SL) BOE nº 215, 6/09/2016; CC de Supercor, SA y Tiendas de Conveniencia, SA, BOE nº 93, 18/04/2013; CC de Coviran SCA BOE nº 80, 4/04/2017; CC de Granada Unión detallista Alimentación, BOE nº 80, 4/04/2017

colectiva puede establecer la forma de efectuar la concreción horaria de la reducción de jornada, ha de tenerse presente “que dicha concreción horaria ha de realizarse ponderándose los intereses en juego, no limitando de forma genérica el derecho del trabajador”, por tratarse de un derecho individual de dimensión constitucional, en el que toda limitación ha de obedecer a razones suficientemente justificadas¹⁶⁸.

Son muy escasos los convenios que diseñan reglas o cauces homogéneos más perfeccionadas ofreciendo diversas alternativas de concreción al trabajador. Obviamente el establecimiento de las mismas no impide que el trabajador ejercite su derecho en los términos establecidos en el artículo 37. 5, 6 y 7 sin que pueda oponerse la existencia de estos cauces generales como argumento denegatorio¹⁶⁹. Partiendo de esta premisa y siendo conscientes de que resulta complejo establecer cauces homogéneos que se adapten a las necesidades de conciliación de cada uno de los trabajadores, la negociación colectiva puede aprovechar esta vía para soslayar algunas de las rigideces que introduce la reforma estableciendo por ejemplo, la posibilidad de acumular días completos, o para establecer modelos en los que se fijaran jornada regulares o estables¹⁷⁰. Sin embargo, del análisis realizado, y aunque no es una práctica frecuente, no parece que ésta sea la línea seguida hasta el momento en los convenios colectivos que recogen este tipo de cláusulas. En efecto, los modelos que se proponen responden a parámetros basados en “la necesidad de presencia de un mínimo de trabajadores en los centros de trabajo durante la totalidad del horario comercial y la mayor necesidad de mano de obra durante las horas de apertura con mayor índice de venta producida”¹⁷¹ sin que se aluda a la finalidad esencial de estos derechos. En este contexto, en algunos convenios la alternativa ante la negativa empresarial consiste en el traslado del trabajador a otro centro de trabajo con la franja horaria solicitada, o en la acumulación de la reducción de jornada en meses completos¹⁷², alternativa esta última que supone prolongar la ruptura en la actividad profesional y que no resuelve los problemas del día a día que genera las responsabilidades familiares. Finalmente en otros convenios aunque proponen distintas alternativas en ellas no se contempla por ejemplo una jornada estable o regular, o la exclusión del trabajador del régimen

¹⁶⁸ La STS de 21 de marzo 2011 RJ 2011/3555, recurso de casación 54/2010 consideró nulas las cláusulas de un convenio colectivo que restringía el derecho a la existencia de un determinado volumen trabajadores en plantilla y siempre y cuando el número de personas que ostenten ese derecho no supere el 3 por ciento de total de trabajadores del centro.

¹⁶⁹ STSJ Galicia, 16 de mayo de 2014 AS 2014/1644 recurso de suplicación 1452/2012

¹⁷⁰ M. Azagra Solano “Reducción de la jornada de trabajo diaria por razones de guarda legal” Revista Aranzadi Doctrinal nº 3/2012 BIB 2012/735

¹⁷¹ Así en este sentido II CC de Supersol Spain, SLU y Superdistribución Ceuta SLU BOE nº 10, 12/01/2015

¹⁷² CC de Game Stores Iberia SL BOE nº 277, 16/11/2016

de trabajo a turnos, ni se prevé la acumulación de la reducción en días completos con el fin de no prestar servicios los fines de semanas¹⁷³.

BIBLIOGRAFÍA

- M. R. ALARCÓN CARACUEL “La jornada ordinaria de trabajo y su distribución” en *Tiempo de Trabajo*, (Coord J. Aparicio Tovar y J. López Gandía) Bomarzo 2007
- M. AZAGRA SOLANO “Reducción de la jornada de trabajo diaria por razones de guarda legal” *Revista Aranzadi Doctrinal* nº 3/2012 BIB 2012/735
- M. A. BALLESTER PASTOR “La flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo: jornada y distribución del tiempo de trabajo” *Revista de Derecho Social* nº 62, 2013
- J. CABEZA PEREIRO “La flexibilidad interna y su regulación en España, una reflexión en clave crítica de la Reforma Laboral de 2012” en *Flexibilidad interna e innovación en la empresa* (edit. J.P. Landa) Dykinson, 2015
- M.E. CASAS BAAMONDE “La prioridad aplicativa de los convenios de empresa” en *Los convenios de empresa de nueva creación tras la reforma laboral de 2012*” *Observatorio de la Negociación Colectiva*”, (Coord.. C.L. Alfonso Mellado, M-A. Almendros González, A. Merino Segovia, W. Sanguinetti Raymond, J. Bautista Vivero Serrano) CC.OO Lefebvre el derecho, 2016
- M.E. CASAS BAAMONDE Y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER “Las reformas de la reforma laboral de 2012” RL 15-18/2012
- J. CRUZ VILLALÓN “Hacia una nueva concepción de la legislación laboral” *Temas Laborales* 115/2012
- “Elementos condicionantes para la efectividad de la conciliación laboral en España” <http://portal.ugt.org/actualidad/2014/julio/boletin18/Ponencia%20Jesus%20Cruz%20Villalon.pdf>

¹⁷³ CC de Mercadona SA, Forns Valencians Forva SAU, Mena Supermercados SL y Saskibe SL BOE nº 26, 30/01/2014 propone reducciones de 26,5, 20 o 15 horas semanales dentro de la variedad de horarios existentes en la empresa definidos en las parrillas horarias; CC de Game Stores Iberia SL BOE nº 277, 16/11/2016 que establece un solo modelo en el que se prevé la concreción de la jornada semanal de 20 a 24 horas semanales percibiendo un salario equivalente a seis horas más de la prestación de servicios, en el que al menos una día a la semana lo será en jornada completa que deberá coincidir con el día de mayor actividad. El II CC de Supersol Spain, SLU y Superdistribución Ceuta SLU BOE nº 10, 12/01/2015 establece hasta quince alternativas sin que ninguna de ellas prevea la exclusión de los fines de semana, y en solo tres de las 15 propuestas se prevé un turno fijo.

- R. ESCUDERO RODRÍGUEZ “Dos reformas trenzadas de la negociación colectiva: La Ley 35/2010 y el RD-Ley 7/2011” RL nº 23, 2011
- “Significación del tiempo de trabajo, fuentes reguladoras y dinámica de la negociación colectiva” RL Tomo II
- M. B. FERNÁNDEZ COLLADOS, “Negociación colectiva sobre la adaptación de jornada por razones personales y familiares” Revista Española de Derecho del Trabajo nº 168/2014
- P. GIMENO DÍAZ DE ATAURI “La flexibilidad en el tiempo de trabajo en los más recientes convenios de empresa” en *Cláusulas de vanguardia y problemas prácticos de la negociación colectiva actual* (Dir I. García-Perrote Escartín, J. Mercarder Uguina), Lex Nova 2015
- L. GÓMEZ RUFÍAN “Tendencias de la negociación colectiva en la jornada laboral: crisis y reformas laborales” Revista de Información Laboral, nº 11/2014
- “La flexibilidad interna tras la reforma laboral de 2012 desde un punto de vista cuantitativo de la antigua encuesta de coyuntura laboral a la nueva encuesta anual laboral
- J. GORELLI HERNÁNDEZ ““Negociación Colectiva y flexibilidad en la regulación del tiempo de trabajo” en XXIX Jornadas de estudios sobre Negociación Colectiva de la CCNCC, 2016 http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/ccncc/G_Noticias/Jornadas/CCNCC_XXIX_Jornadas_2016_Ponencia_JuanGorelli.pdf
- C. JOVER RAMÍREZ “La difícil supervivencia de la conciliación entre la vida laboral y familiar en tiempos de crisis y reforma” Revista doctrinal Aranzadi Social nº 4/2013, BIB 2013/1515
- M. J. LÓPEZ ÁLVAREZ *Distribución irregular de la jornada de trabajo. Claves prácticas*, Francis Lefebvre, 2015
- N. M. MARTÍNEZ YÁÑEZ “Las fuentes de la distribución irregular de la jornada tras las sucesivas reformas laborales” RL nº 5/2013
- A. MERINO SEGOVIA, C. ARAGÓN GÓMEZ, O. CONTRERAS HERNÁNDEZ, D. PÉREZ DEL PRADO, F.J. TRILLO PÁRRAGA “La preferencia aplicativa del convenio colectivo de empresa en la organización y gestión del tiempo de trabajo” en *Los convenios de empresa de nueva creación tras la reforma laboral de 2012*” *Observatorio de la Negociación Colectiva*”, (Coord.. C.L. Alfonso Mellado, M. A. Almendros González, A. Merino Segovia, W. Sanguineti Raymond, J. Bautista Vivero Serrano) CC.OO Lefebvre el derecho, 2016

- E. MONREAL BRINGSVAERD “La duración de la jornada y los saldos interanuales de horas. A propósito de la última reforma normativa del tiempo de trabajo” RL nº 10/2014
- A. PAZOS PÉREZ “Algunos puntos críticos de la Directiva 2003/88/CC sobre el tiempo de trabajo” Revista Española de Derecho del Trabajo nº 190/2016 BI 2016/80295
- T. PÉREZ DEL RÍO “Tiempo de trabajo: una óptica de género” en *Tiempo de trabajo* (Coord J. Aparicio Tovar y J. López Gandía) Bomarzo 2007
- M. A. PURCALLA BONILLA “Dobles escalas salarial y fecha de acceso al empleo: una aproximación a sus claves jurisprudenciales” Información Laboral nº 25/2002, BIB 2013/1842
- G. E. RODRÍGUEZ PASTOR “Hacia una organización más flexible del tiempo de trabajo” RL nº 12/2014
- B. RODRÍGUEZ SANZ GALDEANO *Flexibilidad de la jornada laboral. Mecanismos legales, convencionales y contractuales par la modificación de jornada* Tirant lo blanch, Valencia 2009
- Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA “Adaptación de la jornada laboral por circunstancias familiares: la familia como bien jurídico protegido (Reflexiones en torno a la STC 24/2011)” Revista Española de Derecho del Trabajo nº 115/2012 Bib 2012/2804
- A. V. SEMPERE NAVARRO “Legitimidad de las dobles escalas salariales en función de la antigüedad o fecha de ingreso a la misma” Revista doctrinal Aranzadi Social, Vol paraf. III, 47 BIB 1997/839
- A. TODOLI SIGNES, “Aplicación de la doctrina de la doble escala salarial a la jornada laboral. El no reconocimiento de las mejoras “*Ad personam*”, ni los derechos adquiridos, como justificantes de la diferencia de las diferencias en las condicionales laborales” Revista de Información Laboral nº 1/2015 BIB 2015/229
- F. VALDÉS DAL-RÉ “Hacia un derecho común a la flexibilidad interna” RL 19-20/2012