

*Revista Internacional y Comparada de*

**RELACIONES  
LABORALES Y  
DERECHO  
DEL EMPLEO**

*Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT*

*Directores Científicos*

Mark S. Anner (*Estados Unidos*), Arturo Bronstein (*Argentina*), Martin Carillo (*Perú*), Lance Compa (*Estados Unidos*), Luis Enrique De la Villa Gil (*España*), Jordi Garcia Viña (*España*), Adrián Goldin (*Argentina*), Ana Virginia Gomes (*Brasil*), Julio Armando Grisolia (*Argentina*), Óscar Hernández (*Venezuela*), María Patricia Kurczyn Villalobos (*México*), Manuel Luque (*España*), Lourdes Mella Méndez (*España*), Antonio Ojeda Avilés (*España*), Barbara Palli (*Francia*), Roberto Pedersini (*Italia*), Rosa Quesada Segura (*España*), Juan Raso Delgue (*Uruguay*), Carlos Reynoso Castillo (*México*), Raúl G. Saco Barrios (*Perú*), Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*), Malcolm Sargeant (*Reino Unido*), Michele Tiraboschi (*Italia*), Anil Verma (*Canada*), Marly Weiss (*Estados Unidos*), Marcin Wujczyk (*Polonia*).

*Comité de Gestión Editorial*

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)  
Michele Tiraboschi (*Italia*)

*Comité de Redacción*

Graciela Cristina Del Valle Antacli (*Argentina*), Ricardo Barona Betancourt (*Colombia*), Omar Ernesto Castro Güiza (*Colombia*), Maria Alejandra Chacon Ospina (*Colombia*), Silvia Fernández Martínez (*España*), Paulina Galicia (*México*), Helga Hejny (*Reino Unido*), Noemi Monroy (*México*), Juan Pablo Mugnolo (*Argentina*), Martina Ori (*Italia*), Eleonora Peliza (*Argentina*), Salvador Perán Quesada (*España*), Alma Elena Rueda (*México*), Lavinia Serrani (*Italia*), Esperanza Macarena Sierra Benítez (*España*), Carmen Solís Prieto (*España*), Francesca Sperotti (*Italia*), Marcela Vigna (*Uruguay*).

*Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista*

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

*Redactor Responsable de la Gestión Digital*

Tomaso Tiraboschi (*ADAPT Technologies*)

# La distribución de la jornada de trabajo en España

Miguel BASTERRA HERNÁNDEZ\*

---

**RESUMEN:** El presente trabajo aborda el análisis del sistema distributivo de la jornada de trabajo en España. Dada la idiosincrasia de la jornada laboral y su distribución, se está ante una materia que refleja con especial claridad la dinámica evolutiva del Derecho del Trabajo. A continuación se examinará la situación de vigencia actual, en la que los nuevos problemas e interrogantes, derivados de las últimas reformas, convergen con otros, ya tradicionales.

*Palabras clave:* Jornada, distribución, tiempo de trabajo, irregular, flexible.

**SUMARIO:** 1. La vertiente cualitativa de la jornada de trabajo. 2. Distribución regular e irregular de la jornada. 2.1. La jornada regular. 2.2. La jornada irregular pactada colectivamente. 2.3. Autonomía empresarial en la distribución irregular de la jornada. 3. La distribución irregular dinámica: la distribución flexible de la jornada. 4. Límites a la distribución de la jornada. 5. Bibliografía.

---

\* Profesor Ayudante (L.O.U.) de la Universidad de Alicante.

## 1. La vertiente cualitativa de la jornada de trabajo

Como se sabe, la jornada de trabajo se conforma de dos vertientes o categorías.

En primer lugar, el *quantum* de la jornada, el montante total de horas durante las que se prestan servicios. Es decir, la vertiente cuantitativa. Y, en segundo término, la colocación a lo largo del año de todas las horas durante las que el trabajador prestará sus servicios. Esto es, la vertiente cualitativa de la jornada.

Pues bien, en el presente trabajo se analizará, de manera singularizada, el segundo de estos conceptos. Es decir, el modo en que la suma de horas de servicio a cargo del trabajador se distribuye a lo largo del tiempo. La fijación de los momentos concretos en que se materializará la deuda de trabajo.

No obstante, debe subrayarse que el establecimiento de dichos momentos específicos estará directamente condicionado por la cantidad de tiempo que el trabajador comprometió en virtud del contrato de trabajo, y que ahora se reparte en esta fase *cualitativa* de la ordenación del tiempo de trabajo. Es por ello que los aspectos cuantitativo y cualitativo de la jornada tienen una influencia directa y recíproca entre ellos.

La distribución de la jornada de trabajo resulta, como puede vislumbrarse, trascendental dentro del establecimiento de las distintas condiciones de trabajo. Se trata de un punto en el que colisionan, con especial claridad, los intereses contrapuestos de las partes involucradas en la relación laboral.

Desde un lado, la voluntad empresarial se dirige hacia un reparto de la jornada permeable a sus necesidades productivas. Ello obliga a que éste se efectúe de manera más o menos desigual o discontinua, en función del nivel de irregularidad o estacionalidad que presente cada actividad. Incluso, puede darse el caso de que la verdadera optimización de los recursos humanos en una determinada empresa dependa del grado de flexibilidad con el que la jornada pueda reajustarse a los cambios inesperados de la demanda.

Y por la otra parte, aparecen las inclinaciones del trabajador relativas a esta cuestión. En realidad, la protección de las condiciones de salud e integridad física relacionadas con el tiempo trabajado viene garantizada, principalmente, por el aspecto cuantitativo de la jornada<sup>1</sup>. Por tanto, los intereses del trabajador relacionados con su distribución se dirigen hacia la

---

<sup>1</sup> Monreal Bringsvaerd, E., *La jornada de trabajo: Ley y convenio colectivo*, Madrid, CES, 2005, p. 129.

atención de otras necesidades, de índole personal, social y familiar. Indiscutiblemente, la certeza, previsibilidad y solidez de la jornada de trabajo inciden muy favorablemente en una organización armónica y estructurada de la vida laboral, personal, familiar y social de los trabajadores. Y éstos son los términos hacia los que propende su interés en relación al aspecto cualitativo del tiempo de trabajo.

Todo ello no obstante, es muy cierto que en diversas situaciones los intereses de ambas partes pueden coincidir total o parcialmente. Para todos estos supuestos, así como para acercar, ponderar y compensar las pretensiones de las partes cuando éstas sean opuestas, la negociación colectiva se erige como la sede ideal en la que se fijen unos parámetros equilibrados para la distribución de la jornada laboral.

La relevancia de este aspecto cualitativo de la jornada laboral ha crecido paulatinamente en los últimos tiempos, y en la actualidad es uno de los principales ejes sobre los que discurre la evolución del derecho del trabajo. En primer lugar, debido a los cambios experimentados en el modelo productivo. En la transición del *fordismo* al *toyotismo*<sup>2</sup> ha cobrado una importancia vital la optimización del tiempo de trabajo, mediante de la eliminación de los tramos de jornada innecesarios o de menor eficiencia. Y ello se consigue, precisamente, a través la adaptación de ésta a las distintas necesidades productivas que se experimentan a lo largo del año y, en su caso, con los consiguientes reajustes y correcciones respecto a lo inicialmente previsto.

Pero, además de lo anterior, la distribución de la jornada es uno de los aspectos sobre los que más ha incidido el concepto de la *flexiseguridad*. Desde la originaria Directiva comunitaria 93/104/CE hasta la última reforma del ET formulada por la Ley 3/2012, se ha extendido y generalizado la idea de que la gestión flexible del tiempo de trabajo representa una alternativa preferible a otras medidas mucho más dañinas a nivel particular y general, principalmente el despido. Las mismas disposiciones de motivos de los textos legales promulgados en todo este proceso normativo lo explicitan abiertamente. Así lo hacen las más recientes reformas sobre la materia, como la propia Ley 3/2012 o el reciente RDL 16/2013. Sin embargo, se ha criticado, al respecto de estas novedades normativas, que el fomento de las medidas de flexibilidad interna como elemento sustitutivo de decisiones extintivas resulta inoperante si, como sucede en éstos casos, la flexibilidad externa se facilita

---

<sup>2</sup> Ballester Pastor, M. A., “La flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo: jornada y distribución del tiempo de trabajo”, *Revista de Derecho Social*, n. 62, 2013, p. 54.

y suaviza para el empresario en una medida igual o superior<sup>3</sup>.

De cualquier modo, debe subrayarse cómo este auge de la cuestión cualitativa en la ordenación del tiempo de trabajo, generalizado a nivel global y comunitario, reviste una especial trascendencia en el caso del modelo económico español, y de manera muy significativa en la provincia de Alicante. Debido a la idiosincrasia de nuestro contexto productivo, marcadamente terciarizado, las necesidades empresariales a este respecto se manifiestan con una especial intensidad. La fuerte estacionalidad de gran parte de nuestra actividad económica, así como la imprevisibilidad de la demanda en muchos casos, obliga a las empresas, y por ende a los trabajadores, a recurrir asiduamente a la distribución irregular y flexible de la jornada de trabajo.

## 2. Distribución regular e irregular de la jornada

En el ordenamiento jurídico español, la distribución de la jornada de trabajo, es decir, su vertiente cualitativa, queda regulada por los puntos 1 y 2 del art. 34 del ET, que ostenta una doble naturaleza<sup>4</sup>.

En su punto 1º, cuando el artículo cuantifica la jornada de trabajo en cuarenta horas semanales de promedio en cómputo anual, ostenta una naturaleza de norma mínima.

Mientras tanto, el punto 2º de la norma, que distribuye la jornada de trabajo, tiene una naturaleza supletoria o de *half mandatory* para la negociación colectiva.

En concreto, este último precepto abre la puerta a que el convenio colectivo o, en su defecto, el acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, establezca una distribución irregular de la jornada a lo largo del año. Y, he aquí la novedad operada por la reforma de la Ley 3/2012 en esta materia, en defecto de pacto colectivo en tal sentido, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el diez por ciento de la jornada de trabajo.

Este complejo panorama obliga a plasmar, ya de inicio, un esquema sobre los distintos sistemas de jornada que recoge la norma.

---

<sup>3</sup> Ballester Pastor, M. A., *La flexibilidad...*, cit., p. 55.

<sup>4</sup> Monreal Bringsvaerd, E., *La jornada...*, cit., p.172.

## 2.1. La jornada regular

En primer lugar, el punto 1º del art. 34 del ET programa una distribución regular de la jornada de trabajo, consistente en cuarenta horas semanales de trabajo para todas y cada una de las semanas laborales del año. Este reparto uniforme del tiempo de trabajo a lo largo del año se ha venido a considerar como la distribución “normal” de la jornada<sup>5</sup>.

Hasta la entrada en vigor de la Ley 3/2012 de 6 de julio, y siempre que no existiese un pacto convencional sobre distribución irregular de la jornada anual, ésta quedaba automáticamente fijada en cuarenta horas todas las semanas del año<sup>6</sup>. No obstante, tras la promulgación de la citada Ley, esta situación ha cambiado. Como se estudiará más adelante, en defecto de pacto convencional al respecto, la empresa siempre podrá distribuir irregularmente hasta el diez por ciento de la jornada de trabajo a lo largo del año.

## 2.2. Jornada irregular pactada colectivamente

A continuación, el punto 2º del art. 34 reconoce la posibilidad de que la negociación colectiva establezca una distribución irregular de la jornada.

A este respecto, el primer punto a tratar deberá ser, precisamente, qué debe entenderse por jornada irregular o distribución irregular de la jornada, de acuerdo a este precepto.

La literalidad del grupo normativo formado por los arts. 34.1 y 34.2 del ET deja claro que la calificación de un sistema de jornada como regular o irregular depende, en exclusiva, de las horas prestadas en cada una de las semanas laborales a lo largo del año. De esta manera, será regular aquélla distribución del tiempo de trabajo en la que se trabajen cuarenta horas todas las semanas, independientemente de las horas que se trabaje cada uno de los días de esa semana, y será irregular la que compense semanas de más de cuarenta horas de trabajo con otras de menos dentro del mismo año<sup>7</sup>.

Se observa, pues, que la Ley identifica, en términos absolutos, *distribución irregular de la jornada* con *distribución irregular de la jornada anual*. Ello es debido a que, como se sabe, la auténtica magnitud operativa de la jornada de trabajo es el año natural. Lo que a su vez origina un cierto grado de

---

<sup>5</sup> Monreal Bringsvaerd, E., “Autonomía colectiva e iniciativa empresarial en la distribución irregular de la jornada”, *Actualidad Laboral*, Tomo 1999-2, p. 558.

<sup>6</sup> Monreal Bringsvaerd, E., *Ibidem*, p. 559.

<sup>7</sup> Monreal Bringsvaerd, E., *La jornada...*, *cit.*, p. 168.

magnetismo a la hora de equiparar la jornada de trabajo, en sentido abstracto, con la jornada anual.

Todo ello no obstante, es perfectamente posible hablar a nivel doctrinal<sup>8</sup> de *jornada semanal irregular* para referirse a aquél esquema temporal de prestación de servicios en el que, dentro de la misma semana, la negociación colectiva fijase una jornada diaria superior a la legal solamente para algunos días específicos de la semana (por ejemplo, once horas de trabajo los lunes y viernes) que se viese compensada con una jornada inferior en el resto (seis horas los martes, miércoles y jueves).

Todo lo anterior pone de manifiesto cómo la tendencia flexibilizadora de la Directiva comunitaria 2003/88 impregna el art. 34 del ET<sup>9</sup>, que ha ido ampliando los periodos de cómputo de la jornada desde los tradicionales ciclos diario y semanal al actual módulo anual<sup>10</sup>. Así, el centro de gravedad de la jornada se desplaza de aquéllos módulos breves a uno más amplio: el año. Con lo cual se incrementan, sin duda alguna, las prerrogativas empresariales en el campo de la distribución irregular de la jornada; que le permitirán adecuar así, de manera óptima, la utilización de sus recursos humanos a un mercado cada vez más fluctuante.

En fin, debe subrayarse que la distribución irregular programada por el art. 34.2 del ET acusa un defecto de transposición de la Directiva comunitaria sobre la materia al no exigir concurrencia de causa justificativa alguna para la adopción de tal medida, como sí lo requiere el art. 19 del texto comunitario. En concreto, este reconoce la posibilidad de que la negociación colectiva amplíe hasta los doce meses el periodo de referencia para el cómputo de la jornada, pero siempre y cuando, eso sí, existan razones objetivas, técnicas o de organización del trabajo. A lo que la normativa española no hace mención alguna, pues establece un régimen absolutamente descausalizado para programar una distribución irregular de la jornada. Parecería razonable, pues, corregir esta deficiencia, y sujetar la distribución irregular de la jornada a la concurrencia de las oportunas causas justificadoras.

A partir de esta mención, el siguiente punto a tratar es la relación de fuentes que habilita el art. 34.2 ET para proyectar una distribución

---

<sup>8</sup> Roqueta Buj, R.: “La jornada de trabajo y su determinación”, en AA.VV., *El tiempo de trabajo en la negociación colectiva*, Madrid (Ministerio de Trabajo e Inmigración), 2008, pp. 51 y 52.

<sup>9</sup> Cabeza Pereiro, J. [et al.]: “La ordenación del tiempo de trabajo”, Santiago de Compostela (CGRL), 2004.

<sup>10</sup> Sobre la evolución histórica de los módulos de cómputo de la jornada: Alarcón Caracuel, M. R.: “La jornada ordinaria de trabajo y su distribución”, en AA.VV., *Tiempo de trabajo*, Alicante, Bomarzo, 2007, pp. 87-90.

irregular de la jornada ordinaria de trabajo.

La Ley contempla dos manifestaciones de la autonomía colectiva para la implantación de una jornada de trabajo distribuida irregularmente: el convenio colectivo y el acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

Sobre este punto, bien parece que la dicción literal del art. 34.2 no deja margen de duda: el acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores sólo puede tener lugar cuando el convenio colectivo guarda silencio al respecto. Por ello, no es posible pactar ningún mecanismo de distribución irregular cuando el convenio colectivo aplicable ya prevé un sistema con dicha finalidad.

No obstante, la extensión de esta regla principal puede ser acotada en algunos aspectos. Debido a la imbricación que tiene el tiempo de trabajo, como condición de la relación laboral, con las peculiaridades de la empresa o el centro de trabajo, parece recomendable que los convenios colectivos de ámbito supraempresarial dejen un cierto margen de maniobra a los acuerdos de empresa o centro de trabajo en la distribución irregular de la jornada<sup>11</sup>. Ello lleva a que se analice con cierto grado de flexibilidad la entrada del acuerdo de empresa cuando ya exista un convenio colectivo que defina un sistema de distribución irregular de la jornada.

En este sentido, no cabe duda de que, cuando se produzca una llamada expresa del convenio colectivo al acuerdo de empresa sobre esta materia, éste tendrá plena capacidad para establecer una distribución irregular de la jornada.

Es perfectamente posible que un convenio colectivo ceda la distribución del tiempo de trabajo a pactos colectivos de ámbito inferior. Incluso podría programar una concreta distribución del tiempo de trabajo y, paralelamente, permitir a estos pactos colectivos de ámbito inferior modificarlo dentro de unos términos<sup>12</sup>. Eso sí, como resulta evidente, este pacto colectivo de ámbito inferior al convenio remitente, que bien podría ser un acuerdo de empresa o de centro, deberá ajustarse a las limitaciones que al respecto previese el propio convenio colectivo de origen.

De hecho, esta posibilidad se manifiesta de manera frecuente en nuestro panorama laboral, donde es tendencia habitual que la negociación colectiva sectorial fije directamente una jornada en cómputo anual y remita su distribución a ámbitos negociales inferiores, entre ellos,

---

<sup>11</sup> Linares Lorente, J. A., “Flexibilidad en materia de jornada de trabajo”, *Colex*, n. 11, 1994, p. 99.

<sup>12</sup> Monreal Bringsvaerd, E., *La jornada...*, *cít.*, p. 179.

precisamente, el acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores<sup>13</sup>.

Mayores dudas ofrece la posible entrada del acuerdo de empresa en el establecimiento de una distribución irregular del tiempo de trabajo cuando el convenio colectivo programa un sistema de jornada de este tipo, pero lo hace de una manera incompleta. Es en este supuesto cuando puede valorarse la idoneidad del ámbito empresarial y de centro de trabajo para regular esta cuestión y que, por ende, se permita distribuir irregularmente la jornada anual mediante acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores<sup>14</sup>. No obstante, existen otras voces autorizadas dentro de la doctrina científica que, una vez distribuida la jornada en convenio colectivo, exigen una autorización expresa para que tenga cabida el acuerdo de empresa sobre esta materia<sup>15</sup>. A este respecto considero que el tenor literal es claro, y pese a que, efectivamente, por razones de cercanía e inmediatez el acuerdo de empresa o de centro puedan resultar idóneos para ajustar las fluctuantes necesidades de mano de obra a lo largo del año, estas manifestaciones de la negociación colectiva solo deben tener lugar en materia de distribución irregular de la jornada de trabajo cuando el convenio colectivo guarde silencio sobre el particular o se remita a ellas de manera expresa e inequívoca. Sobre esta postura vendría a incidir la nueva regla del art. 34.2 del ET, que garantiza que, en defecto de un sistema de distribución irregular de la jornada pactado colectivamente, el empresario siempre pueda reordenar hasta el diez por ciento de la jornada anual. Si tenemos en cuenta que, en la práctica negociadora, este porcentaje de jornada que se puede distribuir irregularmente operará como límite mínimo<sup>16</sup>, queda claro que, cuando el convenio colectivo se pronuncie sobre esta materia, garantizará en cualquier caso al empresario unos márgenes razonables para que ajuste la mano de obra a sus necesidades a lo largo del año. De esta manera, la cercanía e inmediatez, que serían las razones que motivarían una entrada artificiosa del acuerdo de empresa en la distribución irregular de la jornada, quedan aseguradas

---

<sup>13</sup> Roqueta Buj, R., *La jornada...*, cit., pp. 55 y ss.

<sup>14</sup> Monreal Bringsvaerd, E., *La jornada...*, cit., pp. 177 y 178: tal sería el supuesto de un convenio colectivo que fijase la jornada semanal en cuarenta horas y a renglón seguido previese que equivale a mil ochocientas horas. Para el autor, en estos casos se refleja la voluntad de las partes de no cerrar la posibilidad de distribuir irregularmente la jornada, y será necesario que un pacto de empresa o de centro delimite la misma.

<sup>15</sup> Roqueta Buj, R.: *La jornada...*, cit., pp. 77.

<sup>16</sup> Rodríguez Sanz De Galdeano, B., “Los límites a las facultades empresariales de distribución irregular de la jornada tras las últimas reformas flexibilizadoras”, en AA.VV., *Las reformas del derecho del trabajo en el contexto de la crisis económica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 709.

por este mínimo con el que siempre contará la empresa.

Una última posibilidad abierta a la negociación colectiva sobre esta materia es que no programe por sí misma y de manera directa la distribución irregular de la jornada, sino que remita a la discreción del empresario, dentro de unos márgenes y términos concretos, la posibilidad de introducir este sistema de organización del tiempo de trabajo. Se trataría, pues, de un *ius variandi* empresarial con origen en el pacto colectivo habilitante, que permitiría al empresario apartarse del sistema de distribución de la jornada establecido por defecto en el acuerdo colectivo. En estos casos, las variaciones sobre la distribución de la jornada, que quedasen comprendidas dentro del espectro previsto por el acuerdo colectivo, formarían parte de las prerrogativas ordinarias de gestión empresarial. Estarían, por tanto, al mismo nivel que la movilidad funcional intragrupo o la movilidad geográfica sin cambio de residencia<sup>17</sup>. Además, habida cuenta del amparo que encontraría el empresario en dicho acuerdo colectivo, esta actuación resultaría absolutamente autónoma, y no conllevaría la necesidad de acudir al procedimiento del art. 41 del ET para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

Tanto la doctrina científica como la judicial sí aceptan este mecanismo de reparto de facultades en el campo de la distribución irregular de la jornada, siempre y cuando la potestad conferida al empresario se sujete a ciertos límites<sup>18</sup>.

En primer lugar, esta facultad no podrá ser ejercida por el empresario de manera caprichosa, arbitraria o irracional, ni tampoco abusiva; sino que debe estar fundada en causas conectadas con la utilidad y las necesidades de funcionamiento de la empresa. Además, la concurrencia de estas causas justificantes es susceptible de someterse a control judicial en caso de discrepancia. Así lo señala de manera específica el Tribunal Supremo<sup>19</sup>. De estos mismos extremos participa la doctrina científica al sostener que no parece aceptable que el convenio colectivo autorice en términos genéricos al empresario a decidir unilateral y libremente la distribución irregular de la jornada de trabajo<sup>20</sup>.

Por otra parte, también se ha exigido que todo sistema de distribución irregular de la jornada que confiera potestades al empresario en la materia contuviese marcos temporales de extensión inferior al anual y fijase, al

---

<sup>17</sup> Ballester Pastor, M.A., *La flexibilidad...*, cit., p. 60.

<sup>18</sup> Monreal Bringsvaerd, E., *Autonomía...*, cit., p. 560: El *ius variandi* empresarial sobre distribución irregular de la jornada no puede ser ilimitado.

<sup>19</sup> STS 15/12/1998 (Rec. 1162/1998).

<sup>20</sup> Linares Lorente, J. A., "Flexibilidad en materia de jornada de trabajo", *Colex*, n. 11, 1994, p. 99.

mismo tiempo, la jornada ordinaria correspondiente a estos módulos. Pues lo contrario podría contravenir los principios sobre arbitrio y determinación de cualquier contrato de los arts. 1256 y 1273 del CC<sup>21</sup>. No obstante, este segundo límite puede llegar a cuestionarse al hilo de la nueva norma del art. 34.2 del ET sobre el diez por ciento de la jornada en cómputo anual que podrá distribuir irregularmente el empresario en defecto de acuerdo colectivo sobre el particular; tal y como se verá más adelante.

### 2.3. Autonomía empresarial en la distribución irregular de la jornada

Hasta la llegada de las fórmulas previstas por el RDL 7/2011, primero, y la Ley 3/2012, después, era postura pacífica entre la doctrina científica afirmar que, en defecto de pacto colectivo sobre distribución irregular de la jornada, el esquema programado por el art. 34.1 del ET devenía automáticamente aplicable y todas las semanas laborales se trabajaban, como máximo, cuarenta horas. La distribución irregular de la jornada anual, igual que ocurre con el tope de nueve horas de jornada diaria, resultaba absolutamente inaccesible para la esfera individual de la relación<sup>22</sup>. No obstante, es cierto que antes, igual que ahora, sí cabía la posibilidad de pactar en el contrato de trabajo la realización obligatoria de horas extraordinarias; que, en realidad, también puede funcionar como un mecanismo de distribución irregular de la jornada.

En cualquier caso, aquélla situación ha sufrido un giro radical propiciado por el art. 9.1 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, que en realidad no hace sino proseguir la línea legislativa<sup>23</sup> ya iniciada por el RDL 7/2011<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> Monreal Bringsvaerd, E., *Autonomía...*, cit., p. 561. La Ley utiliza el módulo anual para cuantificar la jornada total de trabajo, no para distribuirla, lo cual obliga a que los períodos fijados para su ejecución consten en marcos más pequeños que el anual, ya sea este quincenal, mensual, bimensual, trimestral, etc.

<sup>22</sup> En contra, afirmando que sí cabe pactar en el contrato individual la distribución irregular de la jornada: Alarcón Caracuel, M.R., *La jornada...*, cit., p. 46.

<sup>23</sup> Para un análisis de toda la evolución legislativa del fenómeno de la distribución irregular de la jornada, que comienza con la Ley 10/1994, véase: Ballester Pastor, M. A., *La flexibilidad...*, cit., pp. 70 y ss.

<sup>24</sup> El art. 2 del RDL 7/2007, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, añadía una letra *i*) al art. 85.3 del ET sobre el contenido mínimo de los convenios colectivos y que quedaba redactado como sigue: *i) Medidas para contribuir a la flexibilidad interna en la empresa, que favorezcan su posición competitiva en el mercado o una mejor*

El citado precepto reforma el art. 34.2 del ET, que ahora establece que, cuando ni el convenio colectivo ni el acuerdo subsidiario entre la empresa y los representantes de los trabajadores diseñen un sistema de distribución irregular de la jornada, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año hasta el diez por ciento de la jornada de trabajo.

Resulta límpido que lo que se crea con este precepto es una cláusula de garantía que asegure al empresario unos márgenes mínimos de flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo. Así, cuando la negociación colectiva no le ofreciese un sistema propio para acoplar la jornada de todos o algunos de sus trabajadores al ciclo de actividad de la empresa, el empresario siempre contará con este sistema supletorio de origen legal. Queda claro, por tanto, que este sistema permitirá variar la jornada previamente planificada sin necesidad de acudir al procedimiento para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo del art. 41 del ET.

No obstante, debe llamarse la atención sobre la relación que tiene este precepto con el art. 34.3 del ET. Como se sabe, salvo disposición en contrario en el convenio colectivo o acuerdo de empresa subsidiario, la jornada diaria tiene un tope de nueve horas inaccesible para la autonomía individual. Es muy posible que, cuando no se hubiese alcanzado un acuerdo en sede colectiva sobre la distribución irregular de la jornada a lo largo del año, tampoco existiese consenso en cuanto a la supresión del límite de las nueve horas diarias. En tales casos, cuando el empresario pueda distribuir irregularmente hasta el diez por ciento de la jornada anual por mor del art. 34.2 del ET, deberá hacerlo con atención a las nueve horas que podrán trabajarse como máximo cada uno de los días de ese año.

De esta forma, podrán producirse incrementos – con los correspondientes decrementos – de las jornadas semanales que comprometan hasta un diez por ciento de la jornada anual<sup>25</sup>, pero con atención al límite diario del art. 34.3 del ET. De igual modo, deberán respetarse el preaviso necesario, los descansos laborales y los demás límites oponibles a todo sistema de distribución irregular de la jornada, que se analizarán posteriormente.

Sin embargo, pese a lo que pudiera parecer en principio, las consecuencias

---

*respuesta a las exigencias de la demanda y la estabilidad del empleo en aquella, y, en particular, las siguientes:*

*1.º Un porcentaje máximo y mínimo de la jornada de trabajo que podrá distribuirse de manera irregular a lo largo del año. Salvo pacto en contrario, este porcentaje será de un cinco por ciento.*

<sup>25</sup> Este porcentaje será el que corresponda en cada caso a la jornada anual máxima prevista en el convenio colectivo. El caso de que no existiese una jornada anual máxima convencional, el diez por ciento de la jornada máxima anual prevista en la ley supondría un total de 182 horas aproximadamente).

de este precepto exceden con mucho a la confección al empresario de esta cuota de flexibilidad, que actúa como garantía de mínimos, cuando a nivel convencional no se prevea un sistema específico para el reparto irregular del tiempo de trabajo.

El primer efecto que debe destacarse de esta norma, es la presión que ejercerá, con total seguridad, sobre cualquier acuerdo colectivo sobre el particular. La existencia de esta cláusula de cierre desplaza el punto de equilibrio en la negociación, que quedará adulterada por la influencia que proyecta esta cláusula. De este modo, se refuerza muy notoriamente la posición empresarial en la búsqueda de un punto de encuentro armónico entre los intereses contrapuestos que sobre esta materia ostentan, por uno y otro lado, empresario y trabajadores. Además, ello puede considerarse exorbitado, en tanto en cuanto la Ley universaliza, de este modo, la jornada de distribución irregular. Y lo hace sin tener en cuenta las muy distintas circunstancias concurrentes en cada actividad<sup>26</sup>; lo que lleva a replantearse la urgencia y necesidad de propagar así, indiscriminadamente, este sistema de organización del trabajo.

El segundo aspecto a descollar guarda una relación muy estrecha con el anterior.

Puede pensarse, en principio, que el diez por ciento de la jornada distribuida irregularmente, sólo regirá en defecto de acuerdo colectivo sobre la materia. Sin embargo, una vez ya concedida por defecto esta cuota al empresario, difícilmente se desprenderá de ella en la fase de negociación. Es por esto que se afirma que ese diez por ciento va a operar como un límite de mínimos en la práctica negociadora<sup>27</sup>.

Desde luego, todo lo anterior induce a una reflexión sobre la auténtica finalidad de la norma. Visto el esquema de su funcionamiento, surgen pocas dudas de que los efectos señalados no dejan de ser los exactamente buscados y perseguidos, y la distribución irregular la jornada pasa a ser, ya, la norma general. Los propios objetivos explícitos de flexibilidad interna que pregona la Ley 3/2012 pueden llevar a interpretar, incluso, que la finalidad del precepto obliga a que todo convenio colectivo garantice esa cuota mínima de irregularidad en la jornada<sup>28</sup>.

En cualquier caso, no debe perderse de vista que, mientras esta tónica legislativa demuestra, o no, sus beneficios sobre el empleo, lo que está fuera de toda duda es que tales medidas incrementan la sumisión de la

---

<sup>26</sup> Martínez Yáñez, N. M.: “Las fuentes de la distribución irregular de la jornada tras las sucesivas reformas laborales”, *Relaciones Laborales*, n. 5, 2013, pp. 18 y 19.

<sup>27</sup> Rodríguez Sanz De Galdeano, B., *Los límites...*, cit., p. 709.

<sup>28</sup> Rodríguez Sanz De Galdeano, B., *Los límites...*, cit., p. 710.

fuerza de trabajo.<sup>29</sup>

Por último, debe subrayarse que la reforma operada por la Ley 3/2012 en el art. 34.2 del ET supone un nuevo defecto de transposición de la Directiva 2003/88 del Parlamento Europeo<sup>30</sup>, que viene a añadirse al ya estudiado anteriormente.

Como ya se dijo, la posibilidad que confiere el art. 34 a la negociación colectiva, de distribuir irregularmente la jornada a lo largo del año, incorpora un defecto de transposición de la Directiva en lo que se refiere a la falta de justificación causal. El art. 19 del texto comunitario condiciona las irregularidades de jornada de dimensión anual a la concurrencia de razones objetivas, técnicas o de organización. Sin embargo, el art. 34 no requiere causa alguna para que la negociación colectiva establezca una irregularidad de la jornada con proyección anual; lo que sin duda excede los parámetros definidos por el marco comunitario.

Pero además de este defecto, ya estudiado, la modificación de la Ley 3/2012 sobre la materia adiciona otro incumplimiento de la normativa europea. Si se observa, el art. 19 contempla, en todo momento, que las irregularidades de jornada de cómputo anual sean acordadas colectivamente. Desde luego, resulta muy razonable esta idea de que la negociación colectiva sea el emplazamiento más apropiado para dar una salida equitativa a los intereses contrapuestos que subyacen a esta cuestión. Sin embargo, ahora la Ley, falta de concierto colectivo mediante, otorga al empresario la facultad de introducir unilateralmente un sistema de jornada irregular con un montante absoluto de hasta 182 horas al año. Por tanto la distribución irregular de la jornada anual deja de ser una medida de acceso restringido a la negociación colectiva y queda dentro del ámbito de actuación unilateral del empresario. Lo que, sin duda, constituye una nueva trasgresión de los márgenes comunitarios en esta materia.

### **3. Distribución irregular dinámica: la distribución flexible de la jornada**

Hasta este punto se ha analizado la distribución irregular de la jornada como un fenómeno constituido por una única fase. Según este procedimiento, se fija un ritmo de trabajo desigual a lo largo del año, para

---

<sup>29</sup> Ballester Pastor, M.A., *La flexibilidad...*, cit., p. 56.

<sup>30</sup> Ballester Pastor, M.A., *ibidem*, p. 77.

hacer frente a unas necesidades productivas discontinuas, que se plasma desde un principio en el calendario laboral de la empresa. De esta manera, el trabajador no presta servicios en igual cuantía durante todas las semanas del año, pero conoce con exactitud cuáles son esas irregularidades que presenta su jornada ordinaria de trabajo.

Lo que ocurre, es que éste es solamente uno de los posibles tipos de distribución irregular de la jornada, que vendría a corresponder con la variable *estática*. Existe también otro modelo de jornada irregular que podría denominarse *dinámica*.

Puede ocurrir que las necesidades productivas impliquen hacer un uso desigual de la fuerza de trabajo a lo largo del periodo anual, y tales irregularidades sean perfectamente conocidas y reiteradas. En estos casos, bastará con dibujar en el calendario laboral esos periodos de mayor y menor actividad. Ello equivaldría a una distribución irregular estática o rígida de la jornada de trabajo.

Sin embargo, es perfectamente imaginable, y de hecho así ocurre muy frecuentemente, que los incrementos y decrementos de las necesidades productivas sean altamente volubles y difíciles de predecir. Es el panorama que caracteriza a aquellas actividades en las que la demanda se encuentra condicionada a factores muy diversos y de diagnóstico complejo. En estos otros casos surge la necesidad, al igual que en los anteriores, de distribuir la jornada de trabajo irregularmente a lo largo del año. Pero, en cambio, no resulta posible prever con exactitud dónde se situarán, y con qué intensidad, los periodos de máxima y mínima actividad.

Pues bien, para todos estos supuestos surge la necesidad de programar la jornada de trabajo no como algo monolítico e invariable, sino flexible y movable que tenga en cuenta las vicisitudes de la empresa y los cambios que se produzcan en el mercado<sup>31</sup>. En suma, lo que se persigue es dotar a la empresa de una herramienta que le permita adaptar ágilmente la utilización de sus recursos humanos a las alteraciones del mercado que, inopinadamente, le afecten a lo largo de cada año. Y este sistema de organización del tiempo de trabajo no es otro que la jornada irregular dinámica o flexible.

La relevancia de este segundo tipo de jornada irregular, la dinámica, ha ido creciendo a lo largo de los últimos tiempos en paralelo a un cambio generalizado a nivel global en el modelo productivo. Se trata de la transición del *fordismo* al *toyotismo*<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> Roqueta Buj, R., *La jornada...*, *cit.*, p. 71.

<sup>32</sup> Ballester Pastor, M.A., *La flexibilidad...*, *cit.*, pp. 53 y 54.

Hasta la entrada en vigor de la Ley 3/2012, y la modificación que ésta produjo en el art. 34 del ET, este sistema de organización del tiempo de trabajo carecía de una regulación legal expresa.

No obstante, la doctrina científica<sup>33</sup> y judicial<sup>34</sup> sí admitían la posibilidad de que la negociación colectiva habilitase al empresario a actuar en estos términos sobre la jornada de trabajo. Así, se aceptaba que la negociación colectiva facultase al empresario a alterar la distribución de la jornada después de que ésta hubiese sido ya trazada en el calendario laboral. Y, de esta manera, acomodase la utilización de recursos humanos a las necesidades de la actividad, según cambiasen éstas a lo largo del año sobre el patrón inicialmente previsto.

La idea que subyace a la aceptación doctrinal de estos sistemas de jornada es que la facultad conferida a la negociación colectiva por el art. 34.2 del ET no sólo comprende la posibilidad de distribuir la jornada de trabajo de manera irregular. Sino que también permite al empresario adoptar esa distribución inicial a las cambiantes necesidades de cada momento concreto.

En cualquier caso, la Ley 3/2012 modifica – y clarifica – todo este panorama en tanto en cuanto positiviza y confiere un soporte legal a la distribución irregular dinámica, al tiempo que la dota de un régimen jurídico cierto. Como se sabe, el art. 9.1 de la citada Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral modifica el art. 34.2 del ET, al que incorpora, además de los contenidos ya estudiados, la posibilidad de que se diseñe una jornada irregular dinámica o flexible.

En efecto, el nuevo art. 34.2 del ET, tras establecer que toda distribución de la jornada deberá respetar los descansos diario y semanal, exige que el trabajador conozca con un preaviso mínimo de cinco días el día y la hora de la prestación de trabajo resultante de aquélla. Y es en ésta última previsión, relativa al preaviso de cinco días, donde se encuentra, implícitamente, la habilitación legal a los sistemas de jornada irregular flexibles o dinámicos. Si se observa, el precepto se presenta como un derecho del trabajador. Y en realidad lo es<sup>35</sup>. Lo que ocurre, es que detrás subyace el beneplácito del legislador a los sistemas de jornada elástica, ya aceptados anteriormente por doctrina y jurisprudencia, y que ahora quedan revestidos con fuerza de Ley.

Mediante la exigencia de que el trabajador conozca con una antelación

---

<sup>33</sup> Monreal Bringsvaerd, E., *La jornada...*, cit., p. 173.

<sup>34</sup> STS de 15/12/1998 (Rec. 1162/1998).

<sup>35</sup> No obstante, puede también argumentarse que este precepto más que incrementar los derechos del trabajador, lo que provoca es una legitimación de la medida que beneficia en último término al empresario: Ballester Pastor, M. A., *La flexibilidad...*, cit., pp. 76 y 77.

mínima de cinco días la fecha y la hora de su prestación de trabajo, se acepta de manera implícita que no es necesario que la jornada de trabajo quede férreamente distribuida en el calendario desde un primer momento. Será suficiente con que el trabajador conozca las variaciones de jornada respecto a lo inicialmente previsto con la citada anticipación. Lo que supone, de facto, una jornada irregular dinámica.

Esta vía para la alteración de las condiciones contractuales pactadas inicialmente no es más que otra manifestación del *ius variandi* del que goza el empresario dentro de la relación laboral. Ciertamente, este tipo de prerrogativas resultarían absolutamente inconcebibles en otros contratos de naturaleza privada. Sin embargo, las particularidades del contrato de trabajo llevan a que sean diversas las ocasiones en que ambas partes, por distintos motivos y respecto a múltiples aspectos, puedan modificar unilateralmente los términos de su relación. Por tanto, las variaciones de jornada en que consiste la distribución irregular dinámica de la misma no son más que otra expresión del poder de dirección del empresario (arts. 5 c) y 20.2 del ET).

Dado todo lo anterior, puede afirmarse que esta facultad empresarial no contraviene las normas sobre la necesaria determinación del objeto del contrato (arts. 1261 2º y 1273 del CC), ni a la prohibición de dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1256 del CC)<sup>36</sup>. En este sentido, se ha explicado que es posible que la jornada de trabajo se establezca no de manera cierta, sino por referencia o aproximación, con lo que este aspecto del contrato de trabajo sería, más que determinado, “determinable”<sup>37</sup>.

Sea como fuere, debe subrayarse que este nuevo precepto contenido ahora en el art. 34.2 del ET no sólo habilita, con respaldo legal, a la negociación colectiva a introducir sistemas dinámicos de jornada irregular. Dada su ubicación, al final del art. 34.2 ET, esta elasticidad también afectará a aquél diez por ciento de jornada que, como ya se vio, la empresa podrá distribuir de forma irregular a lo largo del año cuando en sede colectiva no se hubiese negociado un sistema equivalente.

Ello implica que, cuando ese diez por ciento de jornada pase a ser distribuido unilateralmente por la empresa, ésta podrá generar variaciones en el tiempo de trabajo por un valor global de hasta ciento ochenta y dos horas (aproximadamente el 10% de la jornada máxima anual) con tan sólo preavisar al trabajador con cinco días de antelación. Desde luego, llama la

<sup>36</sup> Monreal Bringsvaerd, E., *Autonomía...*, cit., p. 556.

<sup>37</sup> López Gandía, J., “Flexibilidad del tiempo de trabajo y prestación de desempleo (trabajo a tiempo parcial y reducción de jornada)”, *Actualidad Laboral*, T. 1996-1, p. 323.

atención que la Ley no exija más trámite procedimental que este breve preaviso, así como que tampoco concurra causa alguna para la adopción de tal medida. Si se valora hasta qué punto puede llegar a perturbar al trabajador esta medida, parece, ciertamente, desproporcionado el grado de holgura concedido al empresario para adoptarla. En ese sentido, este aspecto de la norma ha sido fuertemente criticado<sup>38</sup>.

En cualquier caso, al margen de que la Ley no exija una justificación causal específica ni un verdadero procedimiento para la introducción de esta medida, considero muy oportuna la recuperación en este punto de la doctrina del TS, vertida en su sentencia del 15 de diciembre de 1998 (Rec. 11162/1998). En ella, al hilo de los sistemas de jornada irregular flexible pactados colectivamente, se destaca que el empresario no podía, en ningún caso, hacer un uso arbitrario o irracional de esta facultad concedida por la negociación colectiva. Y que, en estos términos, la decisión del empresario debía conectarse con causas de utilidad y necesidades de funcionamiento de la empresa; extremo susceptible de someterse a control judicial.

Estimo que tales criterios, vertidos en relación a las jornadas elásticas de origen convencional, resultan plenamente aplicables, ahora, a este diez por ciento de jornada irregular dinámica que correrá a cuenta del empresario cuando el convenio colectivo no prevea un sistema específico. Y por tanto, esta decisión empresarial deberá fundamentarse en las referidas causas, que podrían llegar a contrastarse en sede judicial.

Todo ello no obstante, parece razonable revestir de una presunción de legitimidad a la medida empresarial, y sólo en casos de manifiesta arbitrariedad o improcedencia se llegue a este control judicial<sup>39</sup>.

Un problema específico que viene asociado a estas horas flexibles es su intrincada relación con la jornada extraordinaria.

Como se sabe, las horas extraordinarias compensadas con descansos equivalentes dentro de los cuatro meses siguientes a su realización no computan de cara al límite de ochenta horas extraordinarias al año.

Por otra parte, se ha visto también cómo la última reforma sobre la materia permite sistemas de jornada flexible cuyas irregularidades se compensen en ciclos de duración anual.

Pues bien, la combinación de estos dos fenómenos jurídicos dificulta sobremanera el diagnóstico de la aparición de las horas extraordinarias. Dado que un aumento de jornada ordinaria puede ser compensado hasta doce meses después de producirse, y mantener así su condición de horas

<sup>38</sup> Entre otros: Ballester Pastor, M.A., *ibidem*, p. 76.

<sup>39</sup> En un sentido similar: Rodríguez Sanz De Galdeano, B., *Los límites...*, *cít.*, p. 714.

ordinarias, surge la necesidad de aguardar hasta la finalización de cada periodo anual para determinar si se han realizado horas extraordinarias y en qué cuantía. Debido a que el módulo para la distribución de la jornada coincide con el módulo que la cuantifica – esto es, el año –, resulta impracticable la diferenciación entre los aumentos del tiempo de trabajo imputables a la jornada ordinaria y a la extraordinaria. Y sólo cuando, transcurrido ese ciclo anual, aparezca una jornada cuantitativamente superior a la establecida como ordinaria, se apreciará la existencia de horas extraordinarias.

En cualquier caso, y como resulta fácilmente imaginable, debe reseñarse hasta qué punto este tipo de esquemas de tiempo de trabajo inciden en la esfera personal del trabajador. Con ellos, no sólo se ve afectado por la existencia de periodos laborales de extraordinaria intensidad. Además, sufrirá las consecuencias asociadas a la incertidumbre de no conocer de antemano en qué momentos concretos se materializará su deuda de trabajo. Todo este panorama colisiona de lleno con una pacífica planificación y organización del tiempo dedicado a la esfera personal y familiar.

Sin embargo, es muy cierto que por la vertiente opuesta aparece la necesidad empresarial, muy acentuada por el actual periodo de crisis económica, de dar una respuesta ágil a las variaciones que experimenta en la actividad a lo largo del año. Y esta herramienta se postula como una alternativa menos traumática a la flexibilidad externa y el recurso indiscriminado a la contratación temporal. Lo que sucede, es que el fomento de la flexibilidad interna no termina de operar como una auténtica alternativa a la flexibilidad externa en tanto ésta última no se penaliza adecuadamente<sup>40</sup>. En efecto, la exposición de motivos de la Ley 3/2012, que positiviza esta jornada irregular dinámica, presenta el aumento de la flexibilidad en materia de tiempo de trabajo como una alternativa a la destrucción de empleo. Sin embargo, aumenta paralelamente la flexibilidad en materia de despido. Se pretende que la decisión empresarial se incline hacia la flexibilidad interna pero, en el otro lado de la balanza, los efectos empresariales aparejados a la flexibilidad externa aparecen igualmente suavizados.

Por tanto, esa presunta alternatividad entre flexibilidad externa e interna termina por reducirse a un incremento unidireccional de las facultades empresariales en todas las parcelas de actuación, sin que ello presente, o desde luego no de una manera directa, ninguna contrapartida favorable en las prerrogativas del trabajador.

---

<sup>40</sup> Ballester Pastor, M. A., *La flexibilidad...*, cit., pp. 55 y 56.

En fin, como se aprecia, la distribución irregular dinámica es un punto en el que confluyen con un altísimo nivel de presión los intereses contrapuestos que rodean a la organización del tiempo de trabajo. Por todo ello, y debido a las actuales tendencias y aspiraciones de las empresas en la utilización de los recursos humanos, se trata ésta de una cuestión que, de seguro, reflejará muy gráficamente la tendencia evolutiva del Derecho del Trabajo en nuestro ordenamiento.

Para terminar el análisis de la jornada irregular dinámica o flexible, es necesario referir a qué límites está sujeta; además del preaviso de cinco días de antelación para que el trabajador conozca el día y la hora de su prestación de servicios.

Lo que ocurre, es que, como se sabe, la distribución flexible no es más que un variante particular de la distribución irregular en sentido amplio. Por ello, sus límites se encuentran conjuntamente estudiados en el apartado que viene a continuación.

#### **4. Límites a la distribución de la jornada**

Como se sabe, la distribución irregular de la jornada laboral incide muy directamente sobre derechos del trabajador de índole sanitaria, personal, familiar y social. Por ello, este mecanismo de organización del tiempo de trabajo encuentra diversos límites dirigidos a garantizar unos estándares mínimos de protección de los trabajadores afectados por esta medida.

Con carácter previo al análisis de los verdaderos límites de la distribución irregular de la jornada es necesario llamar la atención sobre la posible incidencia del límite de nueve horas diarias de trabajo que establece el art. 34.3 del ET.

Como se sabe, el art. 34 del ET fija, por un lado, la duración máxima de la jornada diaria – las nueve horas diarias del art. 34.3 –, que operará en defecto de disposición convencional al respecto y, por otro, la duración máxima de la jornada semanal – las consabidas cuarenta horas en cómputo anual –, que será efectiva en caso de que no exista un acuerdo colectivo para la distribución irregular de la jornada anual. Lo que ocurre, es que estos dos márgenes actúan de manera paralela e independiente, lo que puede llevar a una situación hasta cierto punto anómala. Se trataría del caso en el que la negociación colectiva sí hubiese suprimido el límite de cuarenta horas semanales pero dejase impertérrito el límite referido a las nueve horas diarias de trabajo efectivo que recoge el art. 34.3 del ET.

En efecto, si el convenio colectivo, o en su defecto el acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, no dispusiese el límite de

la jornada diaria previsto por la Ley, éste se mantendría plenamente vigente y debería respetarse en todo caso. Por tanto, en el supuesto de que la negociación colectiva programase un sistema de distribución irregular de la jornada anual que eliminase el tope de las cuarenta horas semanales, pero no suprimiese el de la jornada diaria del art. 34.3, ningún día podrían trabajarse más de nueve horas; lo que sin duda estrangularía los efectos presumiblemente pretendidos por dicha ordenación irregular del tiempo de trabajo.

Mayor trascendencia práctica tendrá este fenómeno en relación al diez por ciento de la jornada anual que el empresario podrá distribuir de manera irregular en defecto de sistema convencional específico, tal y como ya se ha analizado. Cuando no se hubiese eliminado por vía colectiva el límite del art. 34.3 del ET, la prerrogativa empresarial conferida por el art. 9.1 de la Ley 3/2012 de 6 de julio chocaría con el tope de las nueve horas diarias. Dentro ya de los verdaderos límites que se erigen frente a la distribución irregular de la jornada, la primera gran frontera viene constituida por los tiempos de descanso<sup>41</sup>.

Así lo recoge expresamente el párrafo 2º del art. 34.2 del ET, al referir que, en todo caso, deberán respetarse los descansos mínimos diario y semanal previstos por la Ley. Parece llamativo que el precepto no se refiera en modo alguno a las vacaciones anuales ni a los festivos. Pero dado el carácter de derecho necesario que ostentan estas dos instituciones no cabe duda que, asimismo, deben ser considerados también como límites oponibles a la distribución irregular de la jornada.

Por otra parte resulta también notorio que el precepto solamente haga referencia a los mínimos previstos en la Ley, lo que podría generar dudas sobre si los incrementos convencionales de dichos mínimos deberían operar, de igual manera, como topes a la distribución irregular. No obstante, de la interpretación finalista de este precepto, en conjunción con los que regulan los citados descansos, se deduce que esta garantía debe extenderse también a aquéllos tramos del derecho que tengan origen en una mejora prevista por convenio colectivo<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> Alarcón Caracuel, M. R., *La Jornada...*, *cit.*, pp. 51 y 52. Los descansos diario y semanal, los festivos y las vacaciones serían períodos “marcados en rojo” en el calendario anual, y durante ellos no podría exigirse al trabajador la prestación de servicios. En el mismo sentido, Matía Prim, J., “Descanso semanal y anual. Permisos”, en AA.VV., *Diecisiete lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales*, Madrid, Universidad de Madrid, 1977, p. 311: “Los descansos diario, semanal y anual actúan como medios para delimitar la obligación de trabajo en su aspecto temporal, es decir, la jornada”.

<sup>42</sup> En el mismo sentido: Roqueta Buj, R.: “Artículo 34”, en A.A.V.V. *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores* 2ª edición, Valladolid (Lex Nova), 2012.

Todo ello no obstante, de entre los distintos descansos que operan como límites a la distribución irregular de la jornada, es el descanso diario o inter-jornadas el que, verdaderamente, reviste una eficacia destacada.

Por su parte, el descanso semanal puede acumularse por períodos de hasta catorce días. En determinadas circunstancias, es posible trabajar durante los festivos. E incluso las fechas de disfrute de las vacaciones anuales son susceptibles de variar.

Sin embargo, ningún fenómeno de este tipo puede alterar las doce horas de descanso entre jornadas de trabajo sucesivas. Y, por ello, puede afirmarse que es éste el auténtico límite infranqueable frente a cualquier pacto de distribución irregular del tiempo de trabajo, que además opera de cara tanto a la jornada ordinaria como a la extraordinaria.<sup>43</sup>

Todo ello trae a colación el análisis de la *jornada semanal extrema*.

Mediante la supresión por acuerdo colectivo de distintos mecanismos de protección del trabajador, puede llegarse a una jornada concentrada de once días consecutivos de doce horas cada uno seguidos de tres de descanso. Además, todo lo analizado sobre ese nuevo diez por ciento de distribución irregular a cuenta del empresario, en defecto de sistema convencional al respecto, ahonda en esta problemática. Y ello debido a que el principal obstáculo para esta saturación de la jornada laboral, que no es otro que el tope de cuarenta horas semanales, va a encontrarse a merced del empresario casi con total seguridad<sup>44</sup>.

Todo lo anterior pone de manifiesto la necesidad de definir un máximo semanal de trabajo imperativo e indisponible tanto para la esfera contractual de la relación como para la autonomía colectiva, a semejanza del tope inquebrantable de las doce horas de descanso entre días de trabajo consecutivos.

En segundo lugar, cualquier sistema de distribución irregular de la jornada debe atenerse a la necesidad de preavisar al trabajador con una mínima antelación de los cambios operados en la jornada previamente establecida. Obviamente, este límite despliega sus efectos sólo frente a la distribución irregular dinámica o flexible, dado que si el sistema diseñado es estático o rígido el trabajador va a conocer con exactitud su jornada de trabajo desde el momento en que esta se plasme en el calendario laboral.

El art. 9.1 de la Ley 3/2012 de medidas urgentes para la reforma del

---

<sup>43</sup> Cabeza Pereiro, J. [*et al.*], *La ordenación...*, *cit.*, p. 71.

<sup>44</sup> Ya se vio cómo en la práctica negociadora ese diez por ciento a cuenta del empresario va operar como contenido mínimo del acuerdo colectivo para distribución irregular de la jornada. Por tanto, tanto si hay sistema convencional de distribución irregular de la jornada anual, como si no, lo más probable es que el empresario pueda colocar, al menos, un diez por ciento de la jornada anual irregularmente.

mercado laboral ha venido a positivizar esta exigencia, que ya era habitual en la práctica negociadora y considerada fundamental por la doctrina científica<sup>45</sup>. Tras la modificación operada por este precepto, el art. 34.2 del ET impone que el trabajador conozca con un preaviso mínimo de cinco días el día y la hora de la prestación de trabajo resultante de la distribución irregular. El tenor literal del precepto, así como su finalidad, no pueden sino arrojar la conclusión de que se trata de una norma de derecho necesario relativo que no podrá ser modificada *in peius* ni por convenio colectivo ni por contrato individual. Por su parte, la ubicación del mismo, en el segundo párrafo del art. 34.2, evidencia que este periodo mínimo de preaviso afecta a todos y cada uno de los posibles sistemas de distribución flexible de la jornada, ya sea éste el que diseñe específicamente el convenio colectivo o acuerdo de empresa subsidiario o el que, en defecto de los anteriores y con origen en la propia Ley, permitiría al empresario recolocar hasta el diez por ciento de la jornada anual.

En fin, cabe destacar que este límite ha sido criticado por suponer, paradójicamente, una garantía más empresarial que laboral<sup>46</sup>. Esta postura se fundamenta en que el derecho del preaviso no incrementa, significativamente, los derechos del trabajador afectado, pero sí incrementa la seguridad para el empresario en tanto en cuanto legitima la medida.

Otro posible límite que se ha planteado es el de que todo sistema que distribuya irregularmente la jornada de trabajo se estructure, necesariamente, en marcos temporales de extensión inferior al año. El razonamiento que subyace a esta idea ya ha sido reflejado previamente: dado que la Ley utiliza el módulo anual para cuantificar el tiempo total de trabajo, no para distribuirlo, la deuda de actividad del trabajador debe ser repartida en espacios temporales inferiores al propio año<sup>47</sup>. Sin embargo, la nueva norma sobre el diez por ciento de la jornada anual que podrá distribuir irregularmente el empresario, en defecto de sistema convencional al respecto, puede llevar a replantearse la vigencia de este límite.

En efecto, obsérvese que, tras la entrada en vigor de la Ley 3/2012, en el art. 34 del ET se abre la posibilidad de que el empresario distribuya irregularmente el diez por ciento de la jornada anual. Y nada hace entender que, en caso de que sea éste el sistema de jornada operativo – por no programarse uno específico a nivel colectivo –, el empresario deba

---

<sup>45</sup> Monreal Bringsvaerd, E., *Autonomía...*, cit., p. 566.

<sup>46</sup> Ballester Pastor, M.A., *La flexibilidad...*, cit., p. 77.

<sup>47</sup> Monreal Bringsvaerd, E., *Autonomía...*, cit., p. 562.

atenerse a marco temporal alguno, más allá del propio año cuya jornada se distribuye irregularmente. Por tanto, una vez abierta por la propia Ley la posibilidad de distribuir irregularmente la jornada en un marco anual, no parece oportuno exigir a la negociación colectiva que estructure este sistema de jornada en marcos temporales inferiores.

El último límite que se erige frente a la distribución irregular del tiempo de trabajo tiene que ver con la compensación de los incrementos y reducciones de jornada que se produzcan en el núcleo de ésta.

Como se sabe, el verdadero aspecto cuantitativo del tiempo de trabajo está representado por la jornada máxima anual<sup>48</sup>, y este *quantum*, a su vez, va a delimitar el sistema de distribución irregular de la jornada. Una vez establecida en términos volumétricos la deuda de actividad a cargo del trabajador, el sistema de distribución irregular de la jornada no puede sino recolocar esa *jornada absoluta* de manera desigual entre las semanas que la integran. Pero, para que ello sea posible sin afectar a la esfera cuantitativa de la jornada ordinaria, los excesos y defectos producidos por dicha distribución irregular deberán ser objeto de compensación dentro del año correspondiente.

Sobre esta cuestión ha venido a incidir la reciente reforma operada por el RDL 16/2013 de 20 de diciembre de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores. Con el objetivo de reforzar esta fórmula de flexibilidad interna como alternativa a la destrucción de puestos de trabajo, se ha añadido al final del art. 34.2 del ET el siguiente párrafo:

*La compensación de las diferencias por exceso o por defecto entre la jornada realizada y la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo legal o pactada será exigible según lo acordado en convenio colectivo o, a falta de previsión al respecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores.*

*En defecto de pacto, las diferencias derivadas de la distribución irregular de la jornada deberán quedar compensadas en el plazo de doce meses desde que se produzcan.*

Dos son los principales puntos controvertidos que exigen un análisis particularizado.

El primero se refiere a la especificación de que las variaciones de jornada objeto de compensación serán aquellas producidas por exceso o por defecto.

Hasta la entrada en vigor de este RDL, se consideraba que la empresa no podía anticipar el descanso para compensar un futuro incremento de esa

---

<sup>48</sup> La jornada anual es la auténtica magnitud operativa de la jornada y el verdadero patrón que va a cuantificar el tiempo durante el que el trabajador se compromete a prestar sus servicios en favor del empresario dentro del núcleo de la relación laboral.

jornada irregular, pero que aún no se había producido. A no ser que, convencionalmente, se permitiese de un modo expreso tal posibilidad, en cuyo caso sí sería viable<sup>49</sup>. Sin embargo, parece que la redacción del nuevo párrafo del art. 34.2 del ET revierte este análisis. Obsérvese cómo se equiparan las variaciones de jornada en ambas direcciones – “la compensación de las variaciones por exceso y por defecto” – y se da carta de normalidad a que se generen “bolsas de horas”. Éstas se producen a través de descansos anticipados, que serán recuperados en lo sucesivo a través de los incrementos de jornada correspondientes.

El segundo, plantea la conveniencia de realizar un análisis sobre el plazo previsto para realizar las compensaciones de jornada. La dicción literal de la norma parece clara y precisa al establecer un plazo de doce meses que empieza a computar desde el momento en que éstas se produjeran. No obstante, una aplicación taxativa de la norma, tal y como está redactada en este primer momento, acarrearía diversos efectos perjudiciales. Si, como parece referir la norma, se abre un plazo específico de doce meses para compensar cada una de las variaciones de la jornada irregular, se rompería el tan asentado criterio de la anualidad como centro gravitatorio de todas las instituciones que orbitan alrededor del tiempo de trabajo. Abrir un plazo independiente de doce meses para compensar cada variación supondría que las irregularidades de un ciclo anual, ya coincidiese este con el año civil o fuese otro periodo de doce meses establecido al efecto en el calendario, contagiarían al siguiente, confundiendo el uno con el otro. Ello supondría una fuente de confusiones e incertezas en la gestión de algunas de las instituciones más importantes en materia de tiempo de trabajo: ¿Qué sucedería con la jornada máxima anual?, ¿y con el límite de las ochenta horas extraordinarias al año?, ¿y con el periodo de devengo de las vacaciones? Todas estas complicaciones adquirirían, incluso, mayores dimensiones en el caso de los trabajadores temporales o a tiempo parcial. Difuminar los contornos del ciclo anual de la jornada supone, sin ningún género de dudas, desestabilizar el equilibrio estructural de toda la organización del tiempo de trabajo.

Por todo ello, considero que es necesario realizar una interpretación finalista el precepto. Según ésta, los mencionados doce meses suponen el plazo máximo para compensar las variaciones de jornada – lo que vendría a coincidir con el consabido criterio de la anualidad como eje gravitatorio del tiempo de trabajo –, pero ello no podría suponer, en ningún caso, que las compensaciones de jornada, ya fuesen al alza o a la baja, se efectuasen

---

<sup>49</sup> Roqueta Buj, R., *Artículo 34...*, *cit.*, p. 365, con apoyo en la STSJ de Andalucía de 18/06//2003 (Rec. 1308/2003).

sobre el ciclo anual siguiente<sup>50</sup>.

## 5. Bibliografía

- Alarcón Caracuel, M. R., “La jornada ordinaria de trabajo y su distribución”, en AA.VV., *Tiempo de trabajo*, Alicante, Bomarzo, 2007.
- Ballester Pastor, M. A., “La flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo: jornada y distribución del tiempo de trabajo”, *Revista de Derecho Social*, n. 62, 2013.
- Cabeza Pereiro, J. [et al.]: “*La ordenación del tiempo de trabajo*”, Santiago de Compostela (CGRL), 2004.
- Linares Lorente, J. A., “Flexibilidad en materia de jornada de trabajo”, *Colex*, n. 11, 1994.
- López Gandía, J., “Flexibilidad del tiempo de trabajo y prestación de desempleo (trabajo a tiempo parcial y reducción de jornada)”, *Actualidad Laboral*, T. 1996-1, p. 323.
- Martínez Yáñez, N. M., “Las fuentes de la distribución irregular de la jornada tras las sucesivas reformas laborales”, *Relaciones Laborales*, n. 5, 2013.
- Matía Prim, J., “Descanso semanal y anual. Permisos”, en AA.VV., *Diecisiete lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales*, Madrid, Universidad de Madrid, 1977.
- Monreal Bringsvaerd, E., “Autonomía colectiva e iniciativa empresarial en la distribución irregular de la jornada”, *Actualidad Laboral*, T. 1999-2.
- Monreal Bringsvaerd, E., *La jornada de trabajo: Ley y convenio colectivo*, Madrid, CES,, 2005.
- Rodríguez Sanz De Galdeano, B., “Los límites a las facultades empresariales de distribución irregular de la jornada tras las últimas reformas flexibilizadoras”, en AA.VV., *Las reformas del derecho del trabajo en el contexto de la crisis económica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- Roqueta Buj, R., “La jornada de trabajo y su determinación”, en AA.VV., *El tiempo de trabajo en la negociación colectiva*, Madrid (Ministerio de Trabajo e Inmigración), 2008.

---

<sup>50</sup> Al igual que sucede la jornada absoluta, las horas extraordinarias y cualquier otra institución del tiempo de trabajo que tenga una dimensión anual, el periodo de devengo fijado para el disfrute de las vacaciones puede coincidir con el año natural o cualquier otro periodo de doce meses que se hubiese fijado a tal efecto en el calendario.

Roqueta Buj, R.: “Artículo 34”, en A.A.V.V. *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores* 2ª edición, Valladolid (Lex Nova), 2012.

# Red Internacional de ADAPT



**ADAPT** es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”. Estableciendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el Centro de Estudios Marco Biagi, ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y el trabajo. Informaciones adicionales en el sitio [www.adapt.it](http://www.adapt.it).

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a [redaccion@adaptinternacional.it](mailto:redaccion@adaptinternacional.it)



**ADAPT**Internacional.it

*Construyendo juntos el futuro del trabajo*