



## El contradictorio papel de la negociación colectiva en la distribución del tiempo de trabajo

«En defecto de pacto, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el 10 por 100 de la jornada de trabajo»

Estatuto de los Trabajadores, artículo 34.2

Entendido su sentido original y más genuino, aquél explica su nacimiento y da cuenta de su razón de ser, la negociación colectiva es un instrumento dirigido a hacer posible una regulación tendencialmente equilibrada de las condiciones laborales. Un resultado que se había mostrado, a la luz de la experiencia histórica, imposible de ser alcanzado de manera satisfactoria a través de la contratación bilateral entre trabajador y empresario. De allí que, desde su etapa germinal, el propósito que ha animado su desarrollo haya sido siempre el de sustituir la fijación de esas condiciones a nivel individual por su determinación en sede colectiva, en el entendimiento de que este desplazamiento al terreno de lo colectivo es capaz de actuar como un eficaz mecanismo de contrapeso de la desigualdad de partida que caracteriza a la relación de trabajo.

Aún con este inequívoco punto de partida, que permite situar a la negociación colectiva en el corazón mismo de la función compensadora constitucionalmente atribuida al ordenamiento laboral, tampoco puede desconocerse que esta ha ido asumiendo a lo largo de su ya más que centenaria historia, una serie de funciones o cometidos adicionales a su inicial propósito nivelador, hasta llegar a convertirse, ya en la presente etapa, en una institución *polifuncional* o *multidimensional*, que cumple un rol decisivo, no solo en los procesos de distribución de la riqueza, como en principio le corresponde, sino también de organización de la producción y ejercicio del poder dentro de las relaciones laborales. Propiedad esta que le permite satisfacer intereses de ambos lados del conflicto y no únicamente de los trabajadores. De allí precisamente su éxito histórico en muchos países, especialmente europeos. Y también la razón de su permanencia en el tiempo, incluso en una fase de desarrollo de las relaciones laborales como la actual, en la que lo colectivo parece encontrar cada vez más obstáculos, tanto materiales como formales, para manifestarse.

Con arreglo a esta evolución, las tradicionales *funciones homogeneizadora* y *equilibradora* de la negociación colectiva, que por supuesto no desaparecen toda vez que constituyen el motivo de su existencia, se ven acompañadas con cada vez más frecuencia, debido a la emergencia de cambios profundos en la realidad económica y productiva, por la asunción por los convenios colectivos de una serie de funciones adicionales, desconocidas o muy poco desarrolladas en el pasado. Entre ellas, antes que ninguna otra, una *función organizativa*, que permite a estos instrumentos trascender la fijación de las condiciones básicas del intercambio entre trabajo y salario para encargarse de regular también cuestiones relacionadas con la organización y el desarrollo del trabajo en la empresa, mediante la introducción de cláusulas que facilitan la gestión colectiva de los recursos humanos y permiten una cierta procedimentalización del ejercicio de los poderes empresariales que favorece su eficacia y refuerza su legitimidad.

A esta novedosa dimensión gestional, cada vez más presente dentro de la *praxis* convencional, hay que sumarle la paralela asunción por los productos de la autonomía colectiva de una paralela *función adaptativa*, dirigida a favorecer la acomodación de sus contenidos —y a través de ellos de la disciplina de las relaciones de trabajo sujetas a su ámbito de aplicación— a los requerimientos y necesidades de cada sector productivo o actividad e incluso de cada empresa. A ello contribuye, por supuesto, la naturaleza sectorial de las regulaciones emanadas de la autonomía colectiva, que está en condiciones de acomodarse de forma natural a tales imperativos. Y también el carácter necesariamente temporal de los equilibrios que a través de ella puedan alcanzarse. Los convenios colectivos se colocan, de tal forma, en la aptitud de adoptar en cada caso aquella regulación más próxima a la realidad y las peculiaridades de cada espacio de desarrollo de las relaciones de producción y a las necesidades de cada etapa de su evolución. Así como a los intereses

específicos de las partes implicadas. Algo, por supuesto, fuera del alcance de la ley, por definición de alcance general y vigencia indefinida.

No parece, en principio al menos, que el desarrollo por la negociación colectiva de este rol adaptativo tenga por qué poner en cuestión el cumplimiento por la misma de sus tradicionales funciones homogeneizadora y equilibradora, toda vez que el propio carácter colectivo del acuerdo en el que se plasma estaría en condiciones de favorecer que esa adecuación se lleve a cabo de forma equilibrada y rodeada de contrapesos y garantías. El convenio colectivo constituiría, desde este punto de vista, el instrumento ideal para conseguir una muy deseable síntesis, sobre todo en la presente etapa, entre tutela y flexibilidad. Lo que ocurre es que no siempre los instrumentos convencionales colectivos están en condiciones de alcanzar, de forma efectiva y sin ningún tipo de intervención de soporte procedente del exterior, esa síntesis. No, desde luego, cuando, como no es del todo infrecuente, las representaciones de los trabajadores carecen de capacidad real para negociar con dosis razonables de equilibrio sus contenidos. Entonces, solamente una regulación básica de la institución de la que se trate por parte de la ley, que deje abiertos espacios para su ordenación flexible por la autonomía colectiva pero fije a la vez límites y garantías claros para su aplicación, servirá para promover de forma efectiva ese resultado. En caso contrario, la apertura incondicionada de espacios de regulación a la negociación colectiva, aun estando guiada por el propósito de favorecer dicha adaptación, puede terminar por dar lugar a una mera degradación, sin contrapartidas ni garantías, de los niveles de tutela, a la vez que a una desvirtuación del rol fundamental asignado a la contratación colectiva por nuestro sistema constitucional.

El anterior no es, por lo demás, al menos entre nosotros, un riesgo meramente potencial. La promoción desde bases legislativas de la actuación de los convenios colectivos como instrumentos de adaptación flexible de las condiciones de trabajo, como política expresamente formulada al menos, data del año 1994, cuando el legislador se propuso «potenciar el desarrollo de la negociación colectiva», por considerarla «un instrumento fundamental para la deseable adaptabilidad, por su capacidad de acercamiento a las diversas y cambiantes situaciones de los sectores de actividad y las empresas». Una línea de política del Derecho que lo condujo a adoptar un conjunto de medidas de reforma que recorrió buena parte del Título I del Estatuto de los Trabajadores. El camino seguido entonces, sin embargo, ya fue uno en el que la apertura de espacios para la adopción colectivamente pactada de medidas de adaptación, con el consiguiente retroceso de la intervención legislativa, no vino acompañada en todos los casos de la previsión de contrapesos y garantías. O se produjo incluso con sacrificio de los existentes. Una línea de actuación que sería profundizada, e

incluso llevada a su máxima expresión, por las reformas posteriores. Y en especial por las adoptadas en 2012 y 2013. Al extremo de poderse hablar de una silenciosa pero efectiva mutación del papel asignado por el legislador a los convenios colectivos, que pasarán, como resultado de esos cambios, de ser concebidos prioritariamente como instrumentos dirigidos a hacer posible una regulación equilibrada de las condiciones laborales, a operar en buena parte de los casos como herramientas de ajuste de esas condiciones a las necesidades empresariales. E incluso, en etapas más recientes, como habrá ocasión de comprobar más adelante, como mecanismos de vehiculización del ejercicio de potestades unilaterales de gestión directamente atribuidas al empresario por la ley.

El tratamiento normativo de la regulación convencional de la jornada de trabajo —y muy en particular de su distribución— constituye una muestra palpable de lo que se acaba de decir. Como es sabido, esta regulación ha estado marcada desde la instauración misma del modelo democrático de relaciones laborales por la presencia de dos tipos de reenvíos de distinto alcance al papel regulador de los convenios colectivos. De un lado, los que encomiendan a estos una función de mejora de los mínimos legales, referidos por lo general a su dimensión *cuantitativa* (duración de la jornada). Y, del otro, aquellos que les confieren un rol instrumental o de adaptación, relacionados más bien con su faceta *cualitativa* (distribución de la jornada). Esta dualidad se encuentra presente ya en la versión inicial del Estatuto de los Trabajadores de 1980, en el que, luego de indicarse que la duración de la jornada de trabajo será fijada por los convenios colectivos o contratos de trabajo respetando los máximos por él previstos, que se establecieron en módulo semanal (artículo 34.1), se dispuso que en los primeros «podrán regularse jornadas anuales», bien que indicando que entonces debería respetarse «el máximo de horas extraordinarias diarias» (artículo 34.2), que fue fijado en «dos al día» (artículo 35.2).

Las posibilidades de introducir cláusulas que adapten la distribución de la jornada a la dinámica empresarial se multiplicarán exponencialmente en el año 1994, debido a la puesta en marcha por la Ley 11/1994 de tres medidas complementarias: a) la introducción del módulo anual de cómputo de la jornada máxima de trabajo, que pasó a fijarse en «cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual» (artículo 34.1), dejando así la determinación de su alcance diario y semanal librada a la decisión de los sujetos negociadores de los convenios colectivos; b) la atribución de la posibilidad de «establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año», no solo a los convenios colectivos, como ocurría con anterioridad, sino también, en defecto de estos, al «acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores» (artículo 34.2), lo cual dejó abierta la opción para introducir distribuciones irregulares en



ausencia de pronunciamiento —y en opinión de algunos incluso previsión en contra— de los convenios colectivos; y c) la consideración del máximo legal de nueve horas ordinarias de trabajo efectivo al día como un límite meramente dispositivo, nuevamente no solo para los convenios colectivos sino para el acuerdo de empresa, con la consiguiente posibilidad de su extensión con el solo límite del respeto del «descanso entre jornadas», fijado por el propio precepto en doce horas como mínimo (artículo 34.3).

Pese a que la flexibilidad y la falta de condicionamientos de las reglas que acaban de ser citadas son notables, el hecho de que su uso por la negociación colectiva no fuese especialmente significativo en los años sucesivos conducirá al legislador a dar un golpe de tuerca a la regulación de la materia a través de las reformas laborales de los años 2012 y 2013, cuyo propósito parece ser ya, no tanto abrir la posibilidad de introducir regulaciones de la distribución de la jornada adaptadas a las necesidades empresariales cuando ello resulte necesario, sino facilitar su puesta en práctica de manera incondicionada y sin contrapartidas o garantías. Para ello lo que se hace es habilitar a través de la Ley 3/2012 directamente al empresario para distribuir irregularmente, de forma unilateral y sin necesidad de justificación, hasta el 10 por ciento de la jornada de trabajo siempre que no exista acuerdo colectivo sobre el particular, con sometimiento a la única condición de cursar al trabajador un preaviso de cinco días (artículo 34.2). A lo que se añade la posibilidad, introducida posteriormente por la Ley 16/2013, de superar, a los efectos de compensar las diferencias por exceso o por defecto de la jornada ordinaria, el límite de la jornada anual de trabajo, al permitirle hacerlo dentro de los doce meses siguientes a aquel en el que esas diferencias se hayan producido, siempre que no exista un pacto colectivo que prevea una solución distinta.

No es preciso realizar un gran esfuerzo de prospección para advertir que estas previsiones tienen la virtualidad de dejar sin efecto la posibilidad de que la distribución irregular sea acordada, salvo en supuestos absolutamente excepcionales, a nivel colectivo. A la vez que actúan como un eficaz antídoto frente a cualquier intento de introducción convencional de garantías o contrapesos relacionados con su utilización. La de distribución irregular de la jornada —de carácter dinámico además, en tanto que vinculada a la adopción de ningún tipo de ordenación de alcance general sino a su imposición individualizada en cada momento— aparece configurada por el precepto como una potestad empresarial unilateral e incondicionada, como se ha dicho, que para nada precisa del complemento de la autonomía colectiva. Es evidente que, a partir de la entrada en vigor de esta regulación, lo único que queda a los convenios colectivos es operar como mecanismos de reconocimiento —y, en todo caso, de lubricación— del recurso por el empresario a una posi-

bilidad de gestión no uniforme del tiempo de trabajo que se encuentra garantizada en todos sus extremos desde la ley. Con muy escasas sino nulas posibilidades, por tanto, de alteración de sus límites y, menos aún, de introducción de equilibrios o controles. La negociación colectiva se ve, de tal modo, «puenteada» —si se nos permite el uso de la expresión— en su función reguladora por el propio legislador, que debería ser quien más cuidado debería poner en fomentarla. E incluso abocada a operar en la práctica únicamente como un instrumento más al servicio de las fórmulas flexibles de gestión empresarial. Todo ello en un ámbito, como el de la dimensión cualitativa de la gestión del tiempo de trabajo, cuya incidencia sobre los demás aspectos de la vida del trabajador, y por tanto sobre otros bienes merecedores de tutela, como el respeto de la vida privada, la atención de las obligaciones familiares, las expectativas de formación o incluso la libertad de trabajo, es notable. Y en el que, en consecuencia, la función de garantía de los convenios colectivos sería especialmente necesaria.

A la luz de estos cambios no es de extrañar que la negociación colectiva, que no se caracteriza en todos los sectores por su particular intensidad reivindicativa, haya terminado por metabolizar de forma acrítica estos cambios. Y, por tanto, por refrendar de forma mayoritaria el uso empresarial de la referida potestad, sin introducir en ella, salvo casos excepcionales, límites dignos de ser mencionados, ni en cuanto a su extensión, ni en cuanto a las condiciones de su ejercicio. Dando así por buena la deficitaria regulación introducida por el legislador y, lo que es más preocupante, aceptando acriticamente la privación de función de la que ha sido objeto. De ello da por menorizada cuenta un estudio de próxima publicación, elaborado a partir de una muestra especialmente representativa de convenios colectivos por un núcleo de investigadores de diversas universidades españolas agrupados en torno al *Observatorio de la Negociación Colectiva* patrocinado por la Confederación Sindical de Comisiones Obreras, cuyas conclusiones se sintetizan a continuación como ilustración de la tendencia, sin duda inquietante, que acaba de ser apuntada. Aunque también de la presencia de excepciones a esta, algunas de ellas meritorias y expresivas de líneas de intervención que deberían ser promovidas por el legislador en aras de un mayor equilibrio en la regulación de la materia.

Un primer elemento destacado por el estudio es el carácter anecdótico de los supuestos en que la negociación colectiva incluye cláusulas que impiden de forma expresa la distribución irregular de la jornada de trabajo o fijan una jornada de trabajo en cómputo diario o semanal de carácter estable, lo cual debe ser interpretado a juicio de un solvente sector doctrinal como equivalente a la existencia de un pacto contrario a la misma. Si acaso, debe ser destacado aquí por su importancia cualitativa el caso del convenio colectivo estatal del sector de la banca,

que incluye dos tipos de horarios (el continuado y el partido), sujetos por igual a una distribución regular de las horas de trabajo. Poco más que testimoniales resultan, asimismo, los convenios colectivos que optan por llevar a cabo una distribución irregular de la jornada susceptible de ser calificada como *estática o programada*, en tanto que prevista de antemano e invariable. Una opción que puede responder tanto a la necesidad de adaptar el tiempo de trabajo a la distinta intensidad de la carga de trabajo a lo largo del año como a la satisfacción de las expectativas del personal. Esta es una previsión incluida preferentemente en convenios sectoriales de ámbito nacional, que suelen vincularla al establecimiento de una jornada intensiva para los periodos de verano o navidad o, en menor medida, para un día de la semana (los viernes) durante todo el año. Importante es destacar que en estos casos los convenios sectoriales suelen establecer esta clase de jornadas irregulares con carácter supletorio respecto de la regulación que pueda establecerse en el ámbito empresarial o reconociendo a este facultades de adaptación de su contenido, lo cual guarda coherencia con la atribución de prioridad aplicativa al convenio de empresa en la regulación de la materia por el artículo 84.2.c del Estatuto de los Trabajadores.

Ahora bien, tanto frente a los anteriores como respecto de los que guardan silencio sobre el particular, son claramente mayoritarios, especialmente a partir del año 2012, los convenios que prevén una distribución *dinámica o flexible* de la jornada irregular, dirigida a hacer posible, a través de decisiones de carácter específico, la atención de necesidades extraordinarias de trabajo de carácter sobrevenido o imprevisible. Las cláusulas previstas en estos casos, no obstante, se caracterizan por su extrema variedad, que impide poder hablar de la existencia de una pauta común en lo que a la regulación de la materia se refiere. En general, como se indica en el estudio que nos sirve de base, abundan las referencias escuetas, poco precisas e incluso equívocas, basadas en la mera alusión a la posibilidad de recurrir a esta medida o el reenvío al artículo 34.2, que como se ha dicho atribuye al empresario esta posibilidad de adaptación continua, sin añadir a ella precisión o requisito alguno. O incluyendo referencias que no hacen más que refrendar lo previsto por dicho precepto, en particular en lo relativo al porcentaje de horas susceptibles de distribución irregular, que aparece en bastantes casos citado de forma expresa. El efecto de este tipo de cláusulas es, por supuesto, semejante al del silencio convencional. No otro que el refrendo sin más de la potestad de gestión unilateral de la distribución irregular de la jornada atribuida al empresario por la norma estatutaria. Bien que en este caso mediante la admisión expresa por los sujetos negociadores de que esa potestad forma parte de los poderes ordinarios de gestión del empresario y no

requiere de ningún tipo de complemento o intervención de la autonomía colectiva. La negociación colectiva se convierte entonces en un instrumento de confirmación de la atribución al empresario de una potestad que en principio le correspondería ejercer a ella misma de acuerdo con la propia ley.

Dentro de la ley existe, de todas formas, un elemento que ha sido capaz de impulsar a un buen número de convenios a llevar a cabo una regulación más detenida de la materia, aunque no necesariamente garantista. Se trata de la ya aludida prohibición de que la jornada irregular pueda prolongarse más de nueve horas diarias a falta de pacto en contrario. No son infrecuentes, así, las cláusulas que abren la posibilidad de fijar jornadas diarias de diez, once o doce horas. E incluso las que prevén simplemente que dicha barrera podrá ser superada, pero sin fijar una duración máxima, lo cual remite al límite máximo implícito de doce horas, fijado como período de descanso entre jornadas. La atribución al convenio de un rol meramente facilitador del ejercicio de esta potestad aparece en estos casos con absoluta claridad, sobre todo cuando no viene acompañado de ningún tipo de indicación o contenido adicional. De allí que unos pocos convenios supediten ese incremento al cumplimiento de determinados requisitos no previstos por la norma, como el acuerdo con los representantes de los trabajadores o el consentimiento del trabajador afectado.

Frente a las cláusulas meramente refrendatorias o incluso facilitadoras del ejercicio de la potestad empresarial de distribución irregular introducida por el legislador, existe un reducido grupo de convenios colectivos que llevan a cabo una auténtica regulación de la materia, que introduce modificaciones y matices al tratamiento, en principio supletorio, introducido por el legislador. Mención especial merecen aquí, aunque resultan absolutamente excepcionales, los convenios que reducen el porcentaje máximo anual de horas flexibles, exigen la existencia de acuerdo con los representantes de los trabajadores para su aplicación o la supeditan a la concurrencia de determinadas causas o condiciones de carácter específico. Si bien las primeras no son especialmente originales, ya que suelen hacer alusión a la existencia de circunstancias económicas, técnicas, organizativas o de producción o a periodos punta o de especial actividad, no ocurre lo mismo con las segundas, que pueden dar lugar a contrapartidas de relieve asociadas al ejercicio de esta potestad. Así ocurre cuando se prevé, por ejemplo, que mientras dure la distribución irregular no será posible la contratación temporal o la realización de horas extraordinarias o que la misma constituye un instrumento preferente y previo frente a la adopción de decisiones que afecten al empleo. Y también cuando se gradúa el porcentaje de horas flexibles de forma inversa a los índices de fijeza de la plantilla de las empresas o se prohíbe su



empleo de haberse recurrido previamente a un despido colectivo.

Un tema crucial prácticamente no abordado a pesar de su indudable importancia es el relativo a la aplicación de las medidas de distribución irregular de la jornada a los trabajadores que se encuentran disfrutando de los derechos de conciliación. E incluso, en general, a los trabajadores cuyas obligaciones familiares limitan su disponibilidad fuera del horario de trabajo inicialmente establecido, aun cuando no hayan hecho uso de esa posibilidad. Como es evidente, el funcionamiento de la distribución irregular requiere de niveles muy importantes de disponibilidad por parte de los trabajadores, capaces de entrar en conflicto con el ejercicio de los indicados derechos o, en general, con la posibilidad de atención por el trabajador de las referidas obligaciones. Aquí, si acaso, puede registrarse un muy limitado grupo de convenios que imponen restricciones a la aplicación de la distribución irregular de la jornada a los trabajadores que tengan a su cuidado menores, a las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia o a quienes disfruten de una reducción de jornada por guarda legal o cuidado de familiares.

Otras cuestiones tratadas de forma expresa por los convenios colectivos son las relativas a la duración del preaviso que debe darse al trabajador en estos casos y a la compensación de los excesos y defectos de jornada resultantes de aplicación de la distribución irregular. Por lo que se refiere al primero, si bien la mayoría optan por ratificar el plazo de cinco días establecido por la ley, bien expresamente o de forma implícita al no prever uno distinto, algunos se inclinan por extenderlo en beneficio del trabajador, en tanto que otros lo reducen en provecho del empresario ante la concurrencia de situaciones excepcionales. Mientras la primera es una estipulación válida al tener la referida duración de carácter mínimo para la autonomía colectiva, no sucede lo mismo con la segunda, que posee un evidente carácter *contra legem*. La regulación de la compensación, por su parte, en los pocos casos en que se lleva a cabo, parte por lo general de asumir la excepción al principio de anualidad prevista por la norma, procediendo por tanto únicamente a regular algún aspecto de su aplicación. Son solo unos cuantos los convenios que, frente a ello, se inclinan por primar la compensación dentro del año natural del que se trate, supeditando el trasvase al siguiente a los casos en que existan razones técnicas, productivas u organizativas que lo justifiquen, estableciendo que los excesos de la jornada anual no amparados por estas deberán ser abonados como horas extraordinarias.

Escasas son también las cláusulas reguladoras del modo de disfrute del descanso derivado de dicha com-

pensación. La determinación de su fecha de disfrute suele estar atribuida al empresario, lo cual no supone aportación alguna respecto del régimen legal, aunque hay casos en que se remite al pacto con el trabajador o se prevé la formación de una bolsa individual de tiempo disponible de la que podrá disfrutar este en períodos acordados con el empresario. Hay también convenios que se ocupan de prever un período de preaviso en estos casos o que establecen que la compensación deberá llevarse a cabo en jornadas completas y no por horas sueltas. E incluso algunos que disponen expresamente que, en los supuestos de extinción de la relación de trabajo los saldos positivos no compensados deberán ser abonados como horas extraordinarias, en tanto que los negativos pueden, dependiendo de los casos, considerarse como horas trabajadas o descontarse del importe final de la liquidación del trabajador. Una omisión generalizada es, en fin, la falta de reglas o mecanismos de verificación y control de la ejecución de la jornada irregular, por más que la obligación de registro de la jornada introducida en el artículo 34.9 del Estatuto a través del Real Decreto-Ley 8/2019 contribuirá sin duda a suplir esta carencia.

La síntesis de los principales contenidos de la negociación colectiva en materia de distribución de la jornada de trabajo que se acaba de realizar nos permite advertir hasta qué punto la asignación desde la ley a los convenios colectivos de cometidos de adaptación e incluso de vehiculización del ejercicio de potestades unilaterales de gestión es capaz de dar lugar a resultados difícilmente compatibles con el cumplimiento de su ineludible función compensadora si no se ve acompañada de contrapesos y garantías que promuevan esa deseable síntesis entre tutela y flexibilidad que solo ellos están en condiciones de alcanzar. Esta es, por supuesto, una deriva preocupante, puesto que la negociación colectiva sólo tendrá futuro si, aun respondiendo a las legítimas expectativas empresariales de adaptación y flexibilidad, conserva su capacidad de integración de los trabajadores, por prestar atención a la tutela de sus igualmente legítimos intereses. Con todo, la presencia de convenios que, aún en un contexto normativo tan poco favorable como el actual, hayan conseguido poner en marcha regulaciones más próximas a ese equilibrio constituye una muestra palpable de la vitalidad de la negociación colectiva como instrumento regulador, así como de las posibilidades de que esta lleve a cabo un tratamiento adecuado de una materia tan sensible como es la relativa a la distribución del tiempo de trabajo de contar con el soporte normativo del que actualmente carece.

WILFREDO SANGUINETI RAYMOND

*Subdirector*