

REFLEXIONES PARA UNA REFORMA DE LA DISTRIBUCIÓN IRREGULAR DE LA JORNADA

FRANCISCA FERNÁNDEZ PROL

NET21 NÚMERO 9, FEBRERO 2022

La conformación de un sistema de relaciones laborales equilibrado pende, sin duda alguna, de una regulación justa y, así mismo, ponderada del factor tiempo de trabajo. Y ello no sólo desde una perspectiva cuantitativa - mediante el señalamiento de jornadas máximas y descansos mínimos-, sino también cualitativa -ordenando la proyección y distribución de aquéllas-. Ello es preceptivo para salvaguardar la seguridad y salud de las personas trabajadoras, para garantizar sus legítimas aspiraciones de armonización de obligaciones personales, familiares y laborales y, por ende, para mantener el equilibrio económico del contrato de trabajo.

La hiperdisponibilidad, en efecto, genera incertidumbre -y, muy probablemente, estrés- y constituye, a la postre, un factor de riesgos psicosociales. Incluso no es descartable un impacto, tal vez más físico, fruto de la concentración en periodos determinados de un gran volumen de trabajo, desencadenante, aún con respeto a las normas mínimas, de alargamientos de jornadas y correlativas reducciones de descansos. La puesta a disposición constante, por otro lado, coarta las perspectivas vitales: las oscilaciones de jornadas abocan, ante la imposibilidad de planificación y por tanto de conjugación con las responsabilidades familiares, al abandono del mercado de trabajo. Un efecto, conviene remarcarlo, con toda probabilidad más acentuado en el caso de las trabajadoras. Y es de justicia reconocer la onerosidad sobrevenida generada: la hiperdisponibilidad caracteriza, en términos negativos, la prestación de servicios -en términos similares a la turnicidad o la nocturnidad-, generando un sobreesfuerzo o sobrecoste personal sin embargo carente de compensación económica. En definitiva, oscilaciones de jornada, intensas e imprevisibles, generan, a falta de límites, una suerte de precariedad *sui generis*, fruto del desarrollo mismo del contrato, aun siendo este por tiempo indefinido y a jornada completa.

Un análisis retrospectivo de la regulación interna en la materia pone de manifiesto el deterioro operado, de manera muy señalada en el marco de la reforma de 2012. El ET de 1980 no contemplaba la distribución irregular de

la jornada. Esta fue introducida por la reforma laboral de 1994 –Ley 11/1994-, si bien como prerrogativa exclusiva de convenios colectivos o, en defecto de estos últimos, de acuerdos de empresa. A los negociadores se confiaba, pues, bien a nivel sectorial, bien a nivel empresarial –y, a falta de convenio, mediante acuerdo de empresa- pactar el recurso, o no, a la distribución irregular, el volumen de jornada afectada –con respeto, como es lógico, de descansos mínimos-, así como el procedimiento de su puesta en práctica – señaladamente, preavisos mínimos-. Configuración que se mantiene tras el RD-ley 7/2011, si bien con un matiz relevante: la norma, vía reforma del art. 85.3 ET, conmina, por un lado, a la negociación colectiva al señalamiento de un porcentaje máximo y mínimo de jornada susceptible de distribución irregular a lo largo del año y prevé, por otro, que tal porcentaje alcance, salvo pacto en contrario, el 5 por 100 de aquélla. Resulta así patente el impulso del legislador a la distribución irregular, por cierto, expresamente configurada como “medida para contribuir a la flexibilidad interna en la empresa”, que favorece “su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda y la estabilidad del empleo en aquélla”. De este modo, si bien la distribución de la jornada se erige en contenido mínimo de los convenios colectivos, en manos de los negociadores permanecía la potestad de su regulación, a priori inclusive por debajo del citado 5 por 100 o en niveles determinantes de una configuración aún más residual.

El cambio de paradigma se produce, también en esta materia, con ocasión de la reforma de 2012, a cuyo tenor, en una redacción aún hoy inalterada, se confiere a la empresa, “en defecto de pacto”, el derecho a “distribuir de manera irregular a lo largo del año el 10 por 100 de la jornada de trabajo”. La distribución irregular es, pues, negociable, según mantiene el art. 34.2 ET, “mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores”. No obstante, ambas partes abordan ahora la negociación desde posiciones muy dispares: la empresa ya cuenta, por ley, con un porcentaje mínimo de distribución irregular –que, conviene destacarlo, duplica el referido por la norma de 2011-; la parte social, por su parte, queda privada de la posibilidad de negociación de la implantación misma de la medida, impuesta legalmente en un umbral nada desdeñable y en unas condiciones de puesta práctica muy incisivas e invasivas de la esfera privada de las personas trabajadoras. Así, en primer término, al disponer la norma un preaviso mínimo especialmente exiguo –de tan sólo 5 días-, cualquiera que sea la circunstancia, más o menos urgente, determinante del recurso a la distribución irregular. Y también, en segundo lugar, habida cuenta la configuración de un sistema de compensación de diferencias, entre jornada efectivamente realizada (fruto de la distribución irregular) y jornada ordinaria (legal o pactada), especialmente expansivo. A tenor de la norma, en efecto, a

falta de pacto, el reajuste ha de efectuarse en el plazo de doce meses desde que se hubiesen producido tales diferencias. Lo que, por un lado, conforma una excepción al principio general de anualidad de la jornada, desplazando a excesos o defectos al año natural siguiente, sin que quepa la apreciación de horas extraordinarias, ni la aplicación del art. 30 ET –lo que, a la postre, conlleva un ahorro de costes para el empleador y un correlativo traslado al trabajador del riesgo de inactividad de la empresa-. Por otro lado, a sensu contrario, ello implica la posibilidad de arbitrar –previo pacto en convenio colectivo o acuerdo de empresa- un periodo de referencia aún mayor, entonces carente de límite temporal alguno.

Todo ello contrasta, sin duda alguna, con la regulación del derecho de adaptación de jornada por razones de conciliación, introducido por Ley 3/2007 y también reformado en 2012 en unos términos cuando menos más laxos y menos garantistas de los intereses de las personas trabajadoras. La distribución irregular de la jornada que atiende a los intereses empresariales es objeto de una regulación pro empresa y la adaptación de jornada, que habría de atender, por su parte, a los intereses de las personas trabajadoras, también. La regulación de la distribución de jornada fruto de la reforma de 2012 resulta, pues, internamente –en sí misma- desequilibrada, pero lo es también en clave de contexto, por la asimetría que revela, como se ha subrayado, una comparativa con la adaptación de jornada y, así mismo, por sumarse, con escasísimos contrapesos a muchas otras medidas ideadas en clave de flexibilización –o desregulación- del tiempo de trabajo. Conviene recordar, en dicho sentido, que la reforma de 2012 permitió la realización de horas extraordinarias por los trabajadores a tiempo parcial –regla objeto de reversión por el posterior RD-ley 16/2013-, incidiendo nuevamente en una modalidad contractual ya objeto de una regulación, en materia de tiempo de trabajo, eminentemente dúctil. Y debe referirse, así mismo, el refuerzo, de nuevo en 2012, de las herramientas para la modificación de las condiciones de trabajo –jornada, horario y distribución del tiempo de trabajo inclusive-, ya se hallen pactadas en contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o fuesen el fruto de una decisión unilateral del empresario –por la vía del art. 41 ET-, y también de preverse en convenio colectivo estatutario –en este caso, al amparo del descuelgue regulado en el art. 82.3 ET-. Incluso la prioridad aplicativa, ex art. 84 ET, del convenio de empresa –como se ha señalado, susceptible de regular la distribución irregular de la jornada- conforma un factor de potenciación de esta herramienta.

Normas a un lado, una ponderación del vigente régimen de distribución irregular de la jornada exige considerar los nuevos modos de trabajo, como es sabido, profundamente marcados por el recurso a las denominadas

tecnologías de la información y comunicación, cuyo impacto en la variable tiempo de trabajo es por todos conocida. Estas, como acostumbra decirse, permiten trabajar desde cualquier lugar y también a *cualquier hora*, lo que posibilita un desarrollo de la prestación de servicios ya abandonado el puesto de trabajo, más allá del horario pactado. De modo que la distribución irregular de jornada a menudo opera en un clima, por obra del proceso global de digitalización de las relaciones laborales, de confusión y superposición de tiempos de trabajo y de descanso, en que la limitación del primero y la salvaguarda del segundo se tornan especialmente complejas. Y ello pese a la articulación, en los últimos años, de herramientas de control y garantía: el registro de jornada, con vocación más general, y el derecho a la desconexión digital, ideado específicamente para la contención de injerencias telemáticas del poder empresarial de dirección.

También un análisis desde la óptica del Derecho de la UE revela la necesidad de una reforma en la materia. Pues, el ya referido régimen de compensación de diferencias –en periodos potencialmente superiores a la anualidad en el caso de mediar pacto- parece chocar con la exigencia, ex art. 19 de la Directiva 2003/88/CE, de periodos de referencia de 12 meses como máximo previa concurrencia, además, de “razones objetivas, técnicas o de organización del trabajo”. Y conviene, así mismo, tener presente la exigencia de “previsibilidad mínima del trabajo” que se desprende del art. 10 de la más reciente Directiva 2019/1152/UE, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, cuyo plazo de transposición, por lo demás, finaliza el próximo 1 de agosto. Precepto a cuyo tenor, de apreciarse un “patrón de trabajo total o mayoritariamente imprevisible”, los Estados miembros han de garantizar el cumplimiento de dos condiciones –en defecto de las cuales (de una o de ambas), el trabajador ha de ostentar el derecho a rechazar la tarea asignada sin que ello tenga consecuencias desfavorables-. Ha de asegurarse, por un lado, que “el trabajo tiene lugar en unas horas y unos días de referencia predeterminados”, conformando, además, tales horas y días, ex art. 4 de la norma europea, un “elemento esencial de la relación laboral” consecuentemente objeto de información preceptiva por el empleador con carácter previo al inicio de la prestación de servicios o “durante el período comprendido entre el primer día de trabajo y, a más tardar, el séptimo día natural” -art. 5-. Y es preciso, por otro lado, que el trabajador tenga conocimiento de la tarea asignada “con un preaviso razonable establecido de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o la práctica nacionales”, a su vez, así mismo, debidamente comunicado en los términos indicados –arts. 10.1.b, 4.2.m y 5.1 de la Directiva-.

Los próximos meses se revelan especialmente oportunos para una reforma en materia de tiempo de trabajo en general y de distribución irregular de la jornada en particular. La reciente reforma operada por RD-ley 32/2021, al abordar los expedientes de regulación temporal de empleo –a la postre también un mecanismo de ajuste ante oscilaciones en el volumen de trabajo– conforma, desde luego, un óptimo punto de partida. Y debe tenerse en cuenta así mismo la necesaria –y urgente (antes del próximo 2 de agosto)– transposición de la Directiva (UE) 2019/1158, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores. Tarea que no debiera circunscribirse a cuestiones puntuales, sino abordarse desde una óptica más transversal, operando una reformulación profunda de la regulación interna del tiempo de trabajo, tal vez incluso, por sus conexiones evidentes, de la modalidad de trabajo a tiempo parcial.

Ya en términos propositivos, cabría destacar las siguientes ideas-fuerza. Debidamente configurada la distribución irregular de la jornada es susceptible de conformar un instrumento valioso para la preservación de los empleos, en virtud de aquélla dotados de mayor resiliencia frente a oscilaciones del volumen de actividad. Para ello, con todo, es preciso un cambio de modelo, que revierta la actual configuración, a modo de herramienta de flexibilidad de bajo coste, fruto de un empoderamiento desproporcionado del empleador. Y deben articularse, para salvaguardar la calidad de los empleos, límites o contrapesos que doten al desarrollo de la prestación de servicios de una previsibilidad y estabilidad mínimas. Todo ello requiere, en primer término, de una regulación articulada e imbricada, por el legislador y la autonomía colectiva. Los convenios colectivos desde luego conforman el ámbito adecuado para la ordenación flexible del tiempo de trabajo –inclusive vía distribución irregular de la jornada–, con todo, su intervención ha de venir enmarcada por una regulación legal básica con vocación garantista. No cabe, por tanto, la configuración incondicionada de espacios convencionales, sino que deben fijarse por Ley requisitos mínimos –con carácter general, indisponibles o, excepcionalmente, sujetos a flexibilización causal, de apreciarse especiales circunstancias–: así, en materia de preavisos o, cumpliendo con lo dispuesto por el Derecho de la UE, respecto de periodos máximos de referencia a efectos de compensación de diferencias. Diseñado por Ley el marco de actuación, a los negociadores ha de corresponder el pacto de la distribución irregular y su regulación más favorable, debiendo velarse, así mismo, por el equilibrio de la concertación misma. Para esto último, sería conveniente la opción por el reenvío al ámbito más garantista –el sectorial–, sin perjuicio de una tarea de concreción a nivel de empresa,

abordando además ambas partes la negociación sin privilegios ni ataduras - esto es, sin vinculación a distribución irregular mínima alguna-. Ya a efectos de transposición de la Directiva 2019/1152/UE y con objeto de garantizar la previsibilidad mínima del trabajo, es preceptiva la identificación de la concreta información a suministrar a los trabajadores sujetos a distribución irregular. En clave de contexto, finalmente, el tiempo de trabajo debiera ser objeto de una intervención transversal que atienda y racionalice el conjunto de medidas, coexistentes y superpuestas, para la gestión cualitativa del tiempo de trabajo.