

AUTONOMÍA EMPRESARIAL EN LA GESTIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO: LA DISTRIBUCIÓN DE LA JORNADA ORDINARIA Y EL RECURSO A LAS HORAS EXTRAORDINARIAS

Miguel Basterra Hernández

*Ayudante (LOU). Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Alicante*

EXTRACTO

Los profundos cambios experimentados en el modelo económico y productivo han transformado radicalmente las necesidades empresariales y el tiempo de trabajo es uno de los terrenos en los que estos cambios se han manifestado con especial intensidad. En efecto, las sucesivas reformas legislativas han adaptado el modelo de gestión de la jornada laboral a las nuevas exigencias, pero el panorama actual presenta algunas complejidades no siempre fáciles de dilucidar. El objetivo de este trabajo es el de ofrecer un análisis clarificador sobre las distintas posibilidades abiertas al empresario a la hora de gestionar el tiempo de trabajo en función de lo que, en su caso, se hubiese establecido en el marco de la negociación colectiva.

Palabras claves: autonomía empresarial, jornada, tiempo de trabajo, distribución y horas extraordinarias.

Fecha de entrada: 16-06-2016 / Fecha de aceptación: 25-07-2016 / Fecha de revisión: 25-07-2016

CORPORATE AUTONOMY IN WORKING TIME MANAGEMENT: THE DISTRIBUTION OF THE WORKING TIME AND THE RESORT TO THE SUPPLEMENTARY HOURS

Miguel Basterra Hernández

ABSTRACT

The profound changes in the economic and productive model has transformed radically the business needs; and working time is one of the areas on which these changes have been manifested with particular intensity. In effect, successive legislative reforms have adapted the management model of the working day to the current demands, but the current situation has some complexities not always easy to elucidate. Therefore, the stated objective of this work is just offer a clarifying analysis of the various possibilities open to the employer in managing working time, depending on what had been established by the collective negotiation.

Keywords: corporate autonomy, working time, distribution and supplementary hours.

Sumario

- I. Introducción
 - II. La jornada ordinaria de trabajo distribuida de forma regular: Grado de autonomía empresarial en la gestión del tiempo de trabajo
 - III. La jornada ordinaria de trabajo distribuida de forma irregular: Grado de autonomía empresarial en la gestión del tiempo de trabajo
 - a) La jornada irregular pactada expresamente en la negociación colectiva: Autonomía empresarial en la gestión del tiempo de trabajo
 - b) La jornada irregular nacida del silencio convencional al respecto: autonomía empresarial en la gestión del tiempo de trabajo
 - IV. La jornada irregular de gestión flexible: Grado de autonomía empresarial en la gestión del tiempo de trabajo
 - V. Límites comunes a todo sistema de distribución irregular de la jornada ordinaria
 - VI. Las horas extraordinarias: Un mecanismo paralelo para la gestión flexible de la jornada de trabajo
 - a) La aparición de las horas extraordinarias en función del modelo de jornada ordinaria aplicable en la empresa
 - b) Las horas extraordinarias como mecanismo paralelo para la gestión flexible del tiempo de trabajo
 - VII. Conclusiones
- Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

Resulta evidente que el tiempo de trabajo constituye, con toda seguridad, uno de los puntos en los que las tensiones inherentes a la relación laboral se manifiestan con mayor intensidad. En efecto, si se asume que el objeto del contrato de trabajo, aquello que se regula y retribuye, es la cantidad de tiempo que el trabajador pone a disposición del empresario a cambio de un salario, resulta del todo lógico que en este terreno las partes defiendan sus intereses contrapuestos con un extraordinario ahínco.

Por ello, la jornada de trabajo ha representado siempre un punto de especial interés. En efecto, mediante el estudio de esta institución resulta posible enfocar, desde una óptica privilegiada, cuál es la tendencia evolutiva general de todo Derecho del Trabajo en su conjunto; pues las reformas normativas operadas sobre el tiempo de trabajo reflejarán, con una inestimable fidelidad, cuáles son las principales líneas de cambio en esta rama del Derecho. En este sentido, resulta del todo ilustrativo cómo el concepto de la flexibilidad, ideal programático de todas las normas laborales tanto nacionales como comunitarias de un tiempo a esta parte, impacta de lleno en la ordenación del tiempo de trabajo.

En efecto, las exigencias competitivas de un mercado globalizado, así como los cambios experimentados en el propio modelo productivo, han supuesto la necesidad de conferir nuevas herramientas al empresario para optimizar la gestión de sus recursos productivos. De este modo, las distintas reformas efectuadas sobre la jornada, en sentido amplio, dibujan un complejo panorama, compuesto de múltiples alternativas empresariales para ajustar el tiempo de trabajo a las cambiantes necesidades productivas. Así, el objetivo de este trabajo no es otro que el de analizar cada una de las distintas posibilidades abiertas a la autonomía empresarial para gestionar el tiempo de trabajo de su plantilla; análisis que, necesariamente, discurrirá por distinto camino en función de las previsiones que se hubiesen establecido, o no, a este respecto en el marco de la negociación colectiva.

II. LA JORNADA ORDINARIA DE TRABAJO DISTRIBUIDA DE FORMA REGULAR: GRADO DE AUTONOMÍA EMPRESARIAL EN LA GESTIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO

El primer escenario ante el que podría encontrarse el empresario a la hora de gestionar el tiempo de trabajo de sus empleados es el de una jornada ordinaria distribuida de forma regular. Como se sabe, el [artículo 34 del ET](#) establece que la duración de la jornada de trabajo será, en principio, de 40 horas semanales de trabajo efectivo en cómputo anual. No obstante, a continuación, prevé

la posibilidad de que (ya sea mediante convenio colectivo o mediante acuerdo entre la empresa y los representantes legales de los trabajadores) pueda pactarse una distribución irregular de la jornada de trabajo. De este modo, resulta evidente que deberá entenderse que, según lo previsto por el citado precepto, una jornada de trabajo es regular, exclusivamente, cuando todas las semanas del año se trabajen exactamente el mismo número de horas; ya sean las 40 previstas por la propia ley o el número de horas menor a 40 que hubiesen pactado las partes, en sentido más favorable para el trabajador. Y, por el contrario, podrá hablarse de que la distribución de la jornada ordinaria es irregular cuando unas semanas se trabajen más horas que otras; compensándose las diferencias entre las semanas de mayor carga de trabajo y las de menor carga de trabajo a lo largo del año.

En relación con su estructura general, se afirma que esta norma manante de los puntos 1 y 2 del [artículo 34 del ET](#) tiene una doble naturaleza¹. En efecto, por una parte, cuantifica la jornada de trabajo en 40 horas semanales de promedio en cómputo anual. Esta primera vertiente ostenta naturaleza de derecho necesario relativo, de suerte que, tanto contractual como convencionalmente, solo podrá modificarse su contenido en beneficio del trabajador, mediante la minoración del tiempo durante el que el trabajador prestará sus servicios. Y, por otra parte, según esta lectura, la norma tiene también una naturaleza supletoria o de *half mandatory* para la negociación colectiva cuando distribuye la jornada de trabajo. A este respecto, la norma fija, en principio, una distribución *regular* de la jornada de trabajo que despliega plena operatividad: todas las semanas laborales se trabajarán 40 horas, independientemente de las horas que se trabajen cada día de esa semana. Pero paralelamente, en el 34.2, la ley 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; de manera que unas semanas se trabajen más de 40 horas y otras menos.

Llegados a este punto, podría pensarse que la jornada de trabajo se distribuirá siempre de un modo regular, a no ser que el convenio colectivo aplicable en la empresa o un acuerdo entre esta y los representantes legales de los trabajadores estableciese una distribución irregular del tiempo de trabajo. Sin embargo, ello no es así, pues el propio [artículo 34 del ET](#) establece que, en defecto de pacto sobre la distribución irregular de la jornada, la empresa podrá distribuir de forma irregular hasta el 10% del total de horas anuales de trabajo². De este modo, la ley garantiza al empresario una cuota mínima de flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo a cargo de sus trabajadores (que se concreta en el 10% de la jornada anual) para todos aquellos supuestos en los que ni el convenio colectivo ni un eventual acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores hubiesen establecido un sistema específico de distribución de la jornada ordinaria de trabajo.

¹ MONREAL BRINGSVAERD, E.: *La jornada de trabajo: Ley y convenio colectivo*, Madrid: CES, 2005, pág. 172.

² Este porcentaje va referido a la jornada anual máxima de cada trabajador en concreto; por lo que el número de horas que el empresario podrá distribuir irregularmente a lo largo del año se reducirá proporcionalmente para todos aquellos casos en los que los trabajadores realicen una jornada inferior a la jornada máxima ordinaria aplicable con carácter general en la empresa. Así, por ejemplo, en el caso de trabajadores temporales que presten sus servicios durante menos de un año o tuviesen un contrato a tiempo parcial, dicho montante anual de horas se reduciría proporcionalmente a su jornada de trabajo particular.

En conclusión, debe afirmarse, por cuanto atañe a este apartado, que, dada la vigente regulación, la única manera de que en una empresa se aplique una jornada ordinaria de trabajo de distribución regular, en la que todas las semanas se trabajen exactamente el mismo número de horas, es que el convenio colectivo aplicable o un acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores fijen, de un modo expreso, una distribución regular de la jornada ordinaria de trabajo. Solo en ese caso quedaría blindada frente al empresario una distribución de la jornada ordinaria en la que se trabajasen exactamente el mismo número de horas durante todas las semanas laborables del año. En efecto, si el convenio colectivo o el eventual acuerdo entre la empresa y los representantes legales de los trabajadores estableciesen un sistema de jornada ordinaria que previese que unas semanas se trabajasen más horas y otras menos (compensándose las diferencias entre unas y otras a lo largo del año), nos encontraríamos, ya, directamente, ante una jornada ordinaria distribuida irregularmente. Pero es que resulta que, para todos aquellos casos en que la negociación colectiva, simplemente, guardase silencio sobre el esquema de distribución de la jornada, la propia ley se encarga de conceder al empresario una cuota mínima (un 10%) de distribución irregular de la jornada anual; lo que, evidentemente, supone que siempre que así le interesase al empresario terminaríamos encontrándonos ante una jornada ordinaria distribuida (o, más bien, distribuible, en este caso) de un modo irregular.

En aquellos casos en los que, tal y como se ha visto, la negociación colectiva estableciese expresamente un modelo de jornada ordinaria de distribución regular, las posibilidades abiertas al empresario para ajustar dicha jornada a sus necesidades productivas serán, desde luego, muy limitadas.

Ciertamente, el hecho de que todas las semanas deba trabajarse el mismo número de horas no implica que, necesariamente, todos los días de cada semana se trabajen, también, un número de horas igual. En efecto, una semana en la que se trabajasen 4 días a razón de 10 horas diarias tendría la misma envergadura que otra en la que se trabajasen 5 días a razón de 8 horas diarias. Así, aunque todas las semanas hubiese de trabajarse el mismo número de horas, a través del horario de trabajo diario sí podrían llevarse a cabo pequeños ajustes para acomodar las horas de servicio a los intereses productivos de la empresa; que consistirían en focalizar las horas de trabajo en aquellos días de la semana de mayor actividad. Incluso sería posible, también, combinar distintos horarios semanales lo largo del año; siempre y cuando, eso sí, al final de cada una de las semanas se terminase trabajando el mismo número de horas.

No obstante, es necesario tener en cuenta que, sobre este punto, emergen los límites propios de la jornada diaria. Como se sabe, el ET prevé, en primer lugar, un límite directo, consistente en un máximo diario de nueve horas de trabajo efectivo; el cual resulta inquebrantable para la autonomía individual en el contrato de trabajo, pero ostenta naturaleza dispositiva para la negociación colectiva. Así, en sede convencional puede establecerse un límite de horas diarias inferior al legal, como resulta obvio y adecuado al principio de norma más favorable; pero también podrá implantarse una jornada diaria de duración superior a esas nueve horas³. Eso sí, aun en caso de que la ne-

³ Cabe reseñar que esta posibilidad abierta a la negociación colectiva de disponer del límite diario de nueve horas supuso una importante novedad de la reforma del ET operada por la [Ley 11/1994](#). Con anterioridad a la entrada en vigor de

gociación colectiva disponga del tope de las nueve horas diarias, la duración máxima de la jornada diaria quedará indirectamente limitada por el descanso entre jornadas, que el propio [artículo 34.3 del ET](#) fija en 12 horas entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente. Y es que resulta que, a diferencia de lo que ocurre con el límite directo de las nueve horas, este otro límite indirecto del descanso entre jornadas ostenta naturaleza de derecho necesario relativo (tanto de cara a la autonomía individual, como de cara a la colectiva) y en ningún caso podrá ser objeto de minoración.

No obstante, al margen de estos pequeños ajustes que podrían efectuarse a través del horario de trabajo en la jornada diaria, las únicas posibilidades de las que dispondría el empresario para adecuar la jornada ordinaria de trabajo en la empresa a sus necesidades productivas pasarían, precisamente, por revocar el sistema de distribución regular de la jornada de trabajo que, previamente, se había pactado a nivel convencional⁴ a través del procedimiento para la inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo, recogido, como se sabe, en el [artículo 82.3 del ET](#).

En efecto, una vez perdiese su obligatoriedad el contenido del convenio colectivo que establecía expresamente un modelo de jornada ordinaria de distribución regular, surtiría efecto, automáticamente, la última cláusula del párrafo primero del [artículo 34.2 del ET](#); que, como se sabe, establece que, en defecto de acuerdo colectivo sobre el particular, el empresario podrá distribuir irregularmente el 10% de la jornada anual. Por lo tanto, a través de este mecanismo, la empresa terminaría teniendo a su disposición un margen considerable para gestionar de un modo flexible el tiempo de trabajo a cargo de su plantilla.

Y, por último, siempre cabría la posibilidad de ajustar el tiempo de trabajo a las necesidades empresariales a través del recurso a las horas extraordinarias; lo que será objeto de un análisis detallado más adelante en el correspondiente apartado.

En cualquier caso, debe advertirse que resulta difícil imaginar que, en el contexto normativo actual, llegue a materializarse en la práctica un panorama como el descrito hasta ahora, en el que la empresa y los representantes de los trabajadores hubiesen acordado expresamente una jornada ordinaria de distribución regular. En efecto, la previsión del párrafo primero del [artículo 34.2 del ET](#) relativa a que, en defecto de acuerdo colectivo sobre el particular, la empresa podrá

dicha norma, el originario artículo 34.2 del [ET de 1980](#) establecía, en su párrafo 4.º, un límite a la duración de la jornada diaria cuantitativamente idéntico al vigente (nueve horas), pero con una diferencia cualitativa sustancial: dicho tope resultaba absolutamente indisponible tanto para la autonomía individual como para la colectiva. Como se ve, con la citada reforma, este precepto pasó de conformar una norma de derecho necesario a ostentar, en el sentido ya analizado, una naturaleza parcialmente dispositiva (ALFONSO MELLADO, C. L. y GARCÍA ORTEGA, J.: *Jornada y ordenación del tiempo de trabajo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1994, pág. 31). Así, el límite diario de nueve horas de trabajo constituye ahora una norma *half mandatory*, o supletoria, para la negociación colectiva; lo cual instaura una relación de supletoriedad entre la ley y el convenio colectivo (MONREAL BRINGSVAERD, E.: *La jornada...*, *op. cit.*, pág. 102).

⁴ Recuérdese que, tal y como se ha expuesto, la única vía vigente para que una empresa organice el ritmo de trabajo de su plantilla de acuerdo a un sistema de jornada ordinaria regular es que así lo hubiese pactado expresamente en sede colectiva.

distribuir irregularmente hasta el 10% de la jornada de trabajo anual desplazará, con toda seguridad, el punto de equilibrio de cualquier negociación colectiva sobre el sistema de distribución de la jornada ordinaria; pues una vez ya concedida por la ley, en defecto de pacto alguno, esta cuota al empresario, resulta poco plausible que se desprenda de ella en la fase de negociación⁵. De este modo, el ET universaliza la jornada de distribución irregular, que pasa a ser, ya, la norma general⁶. Y lo hace sin tener en cuenta las distintas circunstancias concurrentes en cada actividad⁷; lo cual lleva a plantearse la urgencia y necesidad de propagar de manera indiscriminada este sistema de gestión del tiempo de trabajo. Sobre todo si se toman en consideración los efectos nocivos que estos esquemas de jornada laboral tendrán, casi con total seguridad, en la esfera vital del trabajador. Y, ahondando en esta postura, debe valorarse que, mientras esta tónica legislativa demuestra sus pretendidos beneficios sobre el empleo, lo que está fuera de toda duda es que tales medidas incrementan la sumisión de la fuerza de trabajo⁸.

III. LA JORNADA ORDINARIA DE TRABAJO DISTRIBUIDA DE FORMA IRREGULAR: GRADO DE AUTONOMÍA EMPRESARIAL EN LA GESTIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO

A continuación, el siguiente escenario que podría plantearse al empresario a la hora de gestionar el tiempo de trabajo de su plantilla es que la jornada ordinaria tuviese una distribución irregular a lo largo del año. Como se sabe, la literalidad del [artículo 34.1 y 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 aquella distribución del tiempo de trabajo en la que se trabaje exactamente el mismo número de horas todas las semanas, aunque pueda haber jornadas diarias de más de nueve horas y otras de menos; mientras que será irregular aquella otra que compense unas semanas de más horas

⁵ Queda patente, pues, que, en el actual proceso de recomposición del sistema de fuentes en la ordenación del tiempo de trabajo, el contrato y la autonomía de las partes han ganado espacio frente a la tradicional posición reforzada del convenio colectivo: MARTÍNEZ MORENO, C.: «La recomposición del sistema de fuentes en la ordenación del tiempo de trabajo», en AA. VV. [Ana Rosa Argüelles Blanco y Ana María Romero Burillo (dirs.)], *Régimen jurídico y gestión racional del tiempo en la empresa*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2013, págs. 33-35.

⁶ Incluso, los propios objetivos explícitos de flexibilidad interna pregonados por la [Ley 3/2012](#) (que, como se sabe, reformuló el art. 34.2 del ET en sus términos vigentes) han llevado a algunos autores a entender que la finalidad del precepto obliga a que todo convenio colectivo garantice esa cuota mínima de irregularidad en la jornada: 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, pág. 710.

⁷ MARTÍNEZ YÁÑEZ, N. M.: «Las fuentes de la distribución irregular de la jornada tras las sucesivas reformas laborales», *Relaciones Laborales*, núm. 5, 2013, págs. 18 y 19.

⁸ BALLESTER PASTOR, M. A.: «La flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo: Jornada y distribución del tiempo de trabajo», *Revista de Derecho Social*, núm. 62, 2013, pág. 56.

de trabajo con otras de menos dentro del mismo año⁹. Así, a través de una distribución irregular de la jornada ordinaria, la empresa podría programar en el calendario laboral un reparto de la jornada anual de trabajo que fuese permeable a sus necesidades productivas, de forma que el ritmo de trabajo se adaptase a la irregularidad o estacionalidad propias de su actividad.

La estructura del [artículo 34 del ET](#) permite que en una determinada empresa pueda llevarse a cabo una distribución irregular de la jornada ordinaria a través de dos vías: en primer lugar, que la negociación colectiva acuerde expresamente este modelo de jornada o, en segundo lugar, que a nivel convencional se guarde silencio al respecto, en cuyo caso surtirá efecto la ya conocida cláusula de este precepto que, en tales casos, concede al empresario una cuota de distribución irregular del 10% de la jornada anual. Por lo tanto, se hace necesario hacer una serie de apreciaciones particulares para cada una de estas dos vías para la distribución irregular de la jornada.

a) La jornada irregular pactada expresamente en la negociación colectiva: Autonomía empresarial en la gestión del tiempo de trabajo

La primera aclaración que debe realizarse en este punto versa sobre la relación de fuentes que contempla el [artículo 34.2 del ET](#) para que la negociación colectiva pacte expresamente una distribución irregular de la jornada ordinaria de trabajo. En concreto, la ley contempla dos manifestaciones de la autonomía colectiva para la implantación de una jornada de trabajo distribuida irregularmente: el convenio colectivo y, en su defecto, el acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. Así, parece que la dicción literal del artículo 34.2 no deja margen de duda: el acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores solo puede tener lugar cuando el convenio colectivo guarda silencio al respecto. Por ello, no es posible acordar ningún mecanismo de distribución irregular cuando el convenio colectivo aplicable ya prevé un sistema propio a este respecto.

Sin embargo, la extensión de esta regla principal puede ser acotada en algunos aspectos. En efecto, 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 jornada¹⁰; lo cual 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, este tendrá plena capacidad para establecer una distribución irregular de la jornada. Es del todo posible que un convenio colectivo ceda la distribución del tiempo de trabajo a pactos colectivos de ámbito inferior. Incluso, podría progra-

⁹ MONREAL BRINGSVAERD, E.: *La jornada...*, *op. cit.*, pág. 168.

¹⁰ LINARES LORENTE, J. A.: «Flexibilidad en materia de jornada de trabajo», *Colex*, núm. 11, 1994, pág. 99.

mar una concreta distribución del tiempo de trabajo y, paralelamente, permitir a estos pactos colectivos de ámbito inferior modificarlo dentro de unos términos¹¹. 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, precisamente, el acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores¹².

Mayores dudas ofrece, por su parte, 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 podría llegar a valorarse la idoneidad del ámbito empresarial y de centro de trabajo para regular esta cuestión y, bajo esta concepción, se permitiese distribuir irregularmente la jornada anual mediante acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores; tal y como, precisamente, se defiende por parte de algunos autores¹³. No obstante, también existen otras voces autorizadas dentro de la doctrina científica que entienden que, una vez ya distribuida la jornada en convenio colectivo, sería necesaria una autorización expresa para que tuviese cabida el acuerdo de empresa sobre esta materia¹⁴. En efecto, en mi opinión, el tenor literal es claro, y, pese a que 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. A mayor abundamiento de esta interpretación vendría a incidir la nueva regla del [artículo 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 10% 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 mínimo¹⁵, 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 únicas razones que motivarían una entrada artificiosa del acuerdo de empresa en la distribución irregular de la jornada, quedan aseguradas por este mínimo con el que siempre contará la empresa.

¹¹ MONREAL BRINGSVAERD, E.: *La jornada...*, *op. cit.*, pág. 179.

¹² ROQUETA BUJ, R.: «La jornada de trabajo y su determinación», en AA. VV. [José María Goerlich Peset (dir.)], *El tiempo de trabajo en la negociación colectiva*, Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008, págs. 55 y ss.

¹³ MONREAL BRINGSVAERD, E.: *La jornada...*, *op. cit.*, págs. 177 y 178: tal sería el supuesto de un convenio colectivo que fijase la jornada semanal en 40 horas y a renglón seguido previese que equivale a 1.800 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.

¹⁴ ROQUETA BUJ, R.: «La jornada...», *op. cit.*, pág. 77.

¹⁵ RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: «Los límites...», *op. cit.*, pág. 709.

Por otra parte, lo que se ha entendido que resulta necesario¹⁶ es que todo sistema de distribución irregular de la jornada pactado en sede colectiva contemple unos determinados módulos temporales de extensión superior a la semana (el módulo al que atiende por defecto el [art. 34.1 ET](#)) e inferior al año; y, así, mediante ellos, se establezcan unos máximos periódicos de tiempo de trabajo ordinario. Lo que se plantea al hilo de esta idea es que, si se elimina la semana como módulo de cómputo de la jornada de trabajo, fruto de una distribución irregular de la jornada, se establezcan en paralelo unos ciclos temporales nuevos que permitan estructurarla en distintos tramos de duración inferior al propio año; de manera que los excesos y defectos de jornada se compensen con relativa frecuencia y sin llegar al año de dilación, lo cual parecería excesivo. Algunos ejemplos de ello podrían ser una jornada mensual de 160 horas o una jornada cuatrimestral de 600 horas, que podrían distribuirse irregularmente dentro de dichos módulos específicos. Eso sí, siempre con sujeción a las limitaciones derivadas de los descansos mínimos y acumulaciones de trabajo máximas.

De este modo, para determinar el grado de autonomía empresarial en la gestión del tiempo de trabajo en el supuesto de que la negociación colectiva hubiese fijado expresamente un sistema concreto de distribución irregular de la jornada ordinaria habrá que atenerse a lo establecido al respecto por dicho convenio o acuerdo colectivo. Así, el empresario podrá fijar en el calendario laboral un reparto de la carga de trabajo desigual entre las distintas semanas del año; pero respetando siempre los parámetros previstos al efecto por la negociación colectiva. Es decir, podrá concentrar el trabajo en determinados periodos del año, pero sin rebasar los límites específicos que se hubiesen pactado en el propio convenio o acuerdo colectivo.

b) La jornada irregular nacida del silencio convencional al respecto: autonomía empresarial en la gestión del tiempo de trabajo

Como se sabe, el [artículo 34.2 del ET](#) prevé que, cuando ni el convenio colectivo ni el acuerdo subsidiario entre la empresa y los representantes de los trabajadores diseñasen un sistema de distribución irregular de la jornada, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año hasta el 10% de la jornada de trabajo¹⁷. De este modo, el precepto confiere al empresario

¹⁶ MONREAL BRINGSVAERD, E.: «Autonomía colectiva e iniciativa empresarial en la distribución irregular de la jornada», en *Actualidad Laboral*, tomo 1999-2, pág. 561: Todo sistema convencional de distribución de la jornada debe contener unos marcos temporales para estructurar dicha distribución, y también debe concretar la jornada ordinaria correspondiente a cada uno de esos marcos. Si no se hiciese así, no se podría saber cuándo se realizan horas extraordinarias, pues su confusión con la jornada ordinaria sería total.

¹⁷ Debe observarse que hasta la llegada de las fórmulas previstas por el [Real Decreto-Ley 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 artículo 34.1 del ET devenía automáticamente aplicable y todas las semanas laborales se trabajaban, como máximo, 40 horas. La distribución irregular de la jornada anual, igual que ocurre con el tope de nueve horas de jornada diaria, resultaba del todo inaccesible para la esfera individual de la relación. (En contra, afirmando que sí cabe pactar en el contrato individual la distribución irregular de la jornada: ALARCÓN CARACUEL, M. R.: «La jornada ordinaria de trabajo y su distribución», en AA. VV. *Tiempo de trabajo*, Albacete: Bomarzo, 2007, pág. 46). No obstante, es cierto que antes, igual que ahora, sí cabía la posibi-

una cláusula de garantía que le asegura unos márgenes mínimos de flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo; pues, 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 [artículo 41 del ET](#)¹⁸. Y, así, a través del silencio convencional sobre el régimen de distribución de la jornada ordinaria también se llegaría, *de facto*, a una jornada irregular.

No obstante, debe llamarse la atención sobre la relevancia práctica que, casi con toda seguridad, adquirirá en estos casos el [artículo 34.3 del ET](#); que, como se sabe, establece que a salvo de disposición en contrario en el convenio colectivo o acuerdo de empresa subsidiario, la jornada diaria tiene un tope de nueve horas ordinarias inaccesible para la autonomía individual. En efecto, lo más plausible es 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. Y, en tales casos, cuando el empresario pase a distribuir irregularmente hasta el 10% de la jornada anual por aplicación directa del [artículo 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 las correspondientes disminuciones) de las jornadas semanales que comprometan hasta un 10% de la jornada anual¹⁹, pero siempre con atención al límite diario del [artículo 34.3 del ET](#). De modo que, cuan-

lidad de pactar en el contrato de trabajo la realización obligatoria de horas extraordinarias; que, como se verá, puede funcionar como un mecanismo de distribución irregular de la jornada.

En cualquier caso, aquella situación sufrió un giro radical propiciado por el artículo 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 ya iniciada por el [Real Decreto-Ley 7/2011](#) al reformular, en sus términos vigentes, el artículo 34.2 del ET. [El art. 2 [RDL 7/2011, de 10 de junio](#), de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, añadía una letra i) al artículo 85.3 del ET sobre el contenido mínimo de los convenios colectivos, 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 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*]. Para un análisis de toda la evolución legislativa del fenómeno de la distribución irregular de la jornada, que comienza con la [Ley 11/1994](#), *vid.*: BALLESTER PASTOR, M. A.: «La flexibilidad...», *op. cit.*, págs. 70 y ss.

Al hilo de este cambio en la estructura de la norma que regula la relación de fuentes en la ordenación del tiempo de trabajo, se ha afirmado que el sistema ha evolucionado de una «potestad convencional» a una «facultad empresarial» para distribuir la jornada de trabajo de un modo irregular y flexible: ARGÜELLES BLANCO, A. R.: «Nuevas fórmulas jurídicas y problemas sociales en la gestión del tiempo de trabajo», en AA. VV. [Ana Rosa Argüelles Blanco y Ana María Romero Burillo (dirs.)], *Régimen jurídico y gestión racional del tiempo en la empresa*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2013, pág. 82.

¹⁸ ROQUETA BUJ, R.: *La flexibilidad interna tras la reforma laboral*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, págs. 28 y 29.

¹⁹ Este porcentaje será el que corresponda en cada caso (recuérdese el supuesto particular de los trabajadores temporales que prestasen sus servicios durante menos de un año o tuviesen un contrato a tiempo parcial) a la jornada anual

do no existiese un acuerdo colectivo que suprimiese ese tope, ningún día podrán trabajarse más de nueve horas ordinarias aunque el empresario haga uso de la distribución irregular del 10% de la jornada; lo que contendría de un modo muy significativo el grado de autonomía que ostentaría el empresario de cara a la gestión del tiempo de trabajo. Además, cabe recordar que, obviamente, también 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.

En fin, llegados a este punto, es conveniente señalar que la actual redacción del [artículo 34 del ET](#) adolece de dos importantes defectos en la transposición de la normativa comunitaria. En primer lugar, como se sabe, el artículo 19 de la [Directiva 2003/88/CE](#) otorga a los Estados miembros la facultad de permitir que la negociación colectiva amplíe los periodos de referencia para la distribución de la jornada hasta un máximo de 12 meses. Por ello, un sector de la doctrina científica²⁰ entiende que la posibilidad de distribuir irregularmente la jornada de trabajo a lo largo de todo el año se ajusta, sin problemas, a los estándares de la directiva. Sin embargo, debe observarse que la norma comunitaria condiciona que el periodo para la distribución irregular de la jornada se amplíe hasta el año a que se respeten los principios generales de protección de la seguridad y salud de los trabajadores y exige, además, que para la adopción de tal medida concurren razones objetivas, técnicas u organizativas. Pues bien, dado que la facultad que confiere el [artículo 34.2 del ET](#) a la negociación colectiva para distribuir irregularmente la jornada a lo largo del año es absolutamente acausal, es sobre este punto donde sí se aprecia un claro defecto de transposición de la directiva comunitaria²¹.

Pero es que resulta que, además de este primer defecto de transposición de la directiva comunitaria, la reforma operada por la [Ley 3/2012](#) introdujo otro nuevo. En efecto, según lo dispuesto por el artículo 19 de la [Directiva 2003/88/CE](#), cualquier sistema de jornada que contenga un módulo de cómputo anual debería ser habilitado a través de un convenio colectivo o acuerdo entre interlocutores sociales; pero, en su redacción actual, el [artículo 34 del ET](#) establece que, en

máxima prevista en el convenio colectivo. En el caso de que no existiese una jornada anual máxima convencional, el 10% de la jornada máxima anual prevista en la ley supondría un total de 182 horas aproximadamente. Sobre este punto, *vid.* ALARCÓN CARACUEL, M. R.: «La jornada...», *op. cit.*, págs. 46 y 47. La fórmula empleada para llegar a las 1.826 horas y 27 minutos es la siguiente: 52 semanas al año divididas entre los 12 meses da 4,33 semanas por mes. Tras restar las 4,33 semanas correspondientes a las vacaciones, otras 2 semanas por los 14 festivos, se obtiene el resultado de 45,67 semanas laborales, que multiplicadas por 40 horas dan un total de 1.826 horas y 27 minutos anuales de jornada máxima legal. No obstante, si se siguen otras pautas distintas en la realización de esta operación, se obtienen resultados moderadamente distintos: en este caso, el profesor ALARCÓN CARACUEL obtiene la cifra de 1.818 horas y 11 minutos.

²⁰ Entre otros: ALFONSO MELLADO, C. L. y GARCÍA ORTEGA, J.: *Jornada...*, *op. cit.*, pág. 34; MONREAL BRINGSVAERD, E.: *La jornada...*, *op. cit.*, pág. 107 y SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Artículo 34. Jornada», en AA. VV., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2010, pág. 380.

²¹ En el mismo sentido: CABEZA PEREIRO, J.: «Las fuentes reguladoras de la jornada de trabajo», en AA. VV., *Tiempo de trabajo*, Albacete: Bomarzo, 2007, pág. 21: Llama la atención el contraste entre el revestimiento de excepcionalidad de la directiva y la habilitación general del ET.

defecto de pacto colectivo sobre la distribución irregular de la jornada, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el 10% de la jornada anual. Como resulta evidente, ello supone ceder a la esfera individual de la relación lo que la directiva sujeta a la esfera colectiva; con el consiguiente incumplimiento del mandato comunitario²².

Así, por todo ello, parece razonable valorar la necesidad de corregir estas deficiencias, y supeditar la distribución irregular de la jornada a la existencia de un acuerdo convencional habilitante, primero, y que, además, dicho acuerdo deba vincularse siempre a la referida concurrencia de causas justificadoras.

IV. LA JORNADA IRREGULAR DE GESTIÓN FLEXIBLE: GRADO DE AUTONOMÍA EMPRESARIAL EN LA GESTIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO

Hasta este punto se ha analizado la distribución irregular de la jornada como si fuese un procedimiento constituido por una única fase, según el cual se fija un ritmo de trabajo desigual a lo largo del año para hacer frente a unas necesidades productivas discontinuas; el cual se plasma desde un principio en el calendario laboral de la empresa. De esta manera, el trabajador no prestaría servicios en igual cuantía durante todas las semanas del año, pero conocería con exactitud cuáles son esas irregularidades que presenta su jornada ordinaria de trabajo. Lo que ocurre es que este es solo uno de los posibles tipos de distribución irregular de la jornada, que vendría a corresponder con la variable *estática*; pero existe también otro modelo de jornada irregular, que podría denominarse *flexible*.

En efecto, 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 conocidas y reiteradas. En estos casos, bastará con dibujar en el calendario laboral esos periodos de mayor y menor actividad; lo que equivaldría a una distribución irregular estática o rígida de la jornada de trabajo.

Pero también es posible, y de hecho así ocurre muy frecuentemente, que los incrementos y disminuciones de las necesidades productivas sean altamente volubles y difíciles de predecir. Este es el panorama que caracteriza a aquellas actividades en las que la demanda se encuentra condicionada por 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 mercado²³. En suma, lo que se persigue es dotar a la empresa de una herramienta

²² En el mismo sentido: BALLESTER PASTOR, M. A.: «La flexibilidad...», *op. cit.*, pág. 77.

²³ ROQUETA BUJ, R.: «La jornada...», *op. cit.*, pág. 71.

que le permita adaptar con agilidad 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 flexible.

La relevancia práctica de este tipo de jornada irregular, la flexible, ha ido creciendo a lo largo de los últimos tiempos en paralelo a un cambio generalizado a nivel global en el modelo productivo²⁴; proceso que ha sido referido como la transición del *fordismo* al *toyotismo*²⁵. En esta línea, la redacción actual del artículo 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 una antelación mínima de cinco días el día y la hora de la prestación de trabajo resultante de aquella. Y es en esta última previsión, relativa al preaviso de cinco días, donde se encuentra, implícitamente, la habilitación legal a los sistemas de jornada irregular flexibles o dinámicos²⁶.

Si se observa, esta exigencia de preavisar al trabajador, con al menos cinco días de antelación, del día y la hora de la prestación de servicios se presenta como un derecho del trabajador. Y en realidad lo es²⁷; lo que ocurre es que detrás subyace el beneplácito del legislador a los sistemas de jornada elástica, ya aceptados desde antes por doctrina y jurisprudencia, y que ahora quedan revestidos con fuerza de ley²⁸. Y, de esta forma, mediante la exigencia de que el trabajador conozca con una antelación 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; sino que 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.

²⁴ BOLEGO, G.: «Recenti evoluzioni contrattuali in materia di retribuzione e orario di lavoro», en AA. VV., *Instituzioni e regole del lavoro flessibile*, Napoli: Editoriale Scientifica, 2006, págs. 361-362.

²⁵ BALLESTER PASTOR, M. A.: «La flexibilidad...», *op. cit.*, págs. 53 y 54.

²⁶ En este sentido puede hablarse, en términos globales, de que la tendencia legislativa apunta a una ordenación del tiempo de trabajo caracterizada por un alma doble. La primera, de carácter garantista, concerniente a la protección de los tiempos de descanso. La segunda relativa a la duración de la prestación de trabajo, claramente propensa a la flexibilización de los tiempos de trabajo: BOLEGO, G.: «Recenti...», *op. cit.*, pág. 354.

²⁷ 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...», *op. cit.*, págs. 76 y 77.

²⁸ Hasta la entrada en vigor de la Ley 3/2012, y la modificación que esta produjo en el artículo 34 del ET, este sistema de organización del tiempo de trabajo carecía de una regulación legal expresa. No obstante, la doctrina científica (MONREAL BRINGSVAERD, E.: *La jornada...*, *op. cit.*, pág. 173) y judicial [STS de 15 de diciembre de 1998 (rec. núm. 1162/1998)] sí admitían la posibilidad de que la negociación colectiva habilite al empresario a actuar en estos términos sobre la jornada de trabajo. En cualquier caso, la Ley 3/2012 vino a modificar (y clarificar) todo este panorama en tanto en cuanto positivizó y confirió un soporte legal a la distribución irregular dinámica, al tiempo que la dotó de un régimen jurídico cierto.

Ciertamente, este tipo de prerrogativas resultarían 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, ya consagrado en los artículos 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. 1.261 2.º y 1.273 CC), ni la prohibición de dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1.256 CC)²⁹. 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»³⁰.

Sea como fuere, debe subrayarse que el artículo 34.2 del ET no solo habilita, con respaldo legal, a la negociación colectiva a introducir sistemas de jornada irregular de carácter dinámico o flexible. Dada su ubicación, al final del artículo 34.2 del ET, esta elasticidad también afectará a aquel 10% 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. Lo cual implica que, cuando ese 10% de jornada pase a ser distribuido unilateralmente por la empresa, esta podrá generar variaciones en el tiempo de trabajo por un valor global de hasta 182 horas con tan solo preavisar al trabajador con 5 días de antelación. Desde luego, llama la atención que la ley no exija más trámite procedimental que este breve preaviso, así como que tampoco sea necesaria la concurrencia de causa alguna para la adopción de tal medida. Si se valora hasta qué punto puede llegar a perturbar al trabajador esta medida, parece desproporcionado el grado de holgura concedido al empresario para adoptarla; y, en ese sentido, este aspecto de la norma ha sido criticado³¹.

En cualquier caso, pese a que la literalidad de la ley no exija una justificación causal ni un verdadero procedimiento para la introducción de esta medida, considero que el uso por parte del empresario de esta facultad no puede ser arbitrario o irracional, sino que debe conectarse con causas de utilidad y las necesidades de funcionamiento de la empresa; extremo susceptible de someterse a control judicial³². Por tanto, esta decisión empresarial deberá, al menos, conectarse

²⁹ MONREAL BRINGSVAERD, E.: «Autonomía...», *op. cit.*, pág. 556.

³⁰ LÓPEZ GANDÍA, J.: «Flexibilidad del tiempo de trabajo y prestación de desempleo (trabajo a tiempo parcial y reducción de jornada)», *Actualidad Laboral*, tomo 1996-1, pág. 323.

³¹ Entre otros: BALLESTER PASTOR, M. A.: «La flexibilidad...», *op. cit.*, pág. 76.

³² Al hilo de lo interpretado por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 15 de diciembre de 1998 (rec. núm. 1162/1998). Si bien es cierto que este pronunciamiento recaía sobre los sistemas de jornada irregular flexible que hubiesen nacido no de la propia ley, sino de un pacto colectivo (que eran la única posibilidad de aplicar este tipo de sistema de jornada durante esa situación de vigencia), estimo que tales criterios resultan plenamente aplicables a este 10% de jornada irregular dinámica que correrá a cuenta del empresario cuando el convenio colectivo no prevea un sistema específico por mor de la redacción actual del artículo 34.2 del ET.

con 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 solo en casos de manifiesta arbitrariedad o improcedencia se llegue a este control judicial³³.

Así pues, una jornada ordinaria de distribución irregular y gestión flexible permitirá al empresario introducir variaciones en la jornada inicialmente prevista en el calendario laboral, en función de aquellas necesidades productivas que, de forma inopinada, exigiesen un cambio inesperado del ritmo de trabajo.

Por otra parte, podría plantearse la duda de si el horario de trabajo inicialmente previsto podría suponer, en sí mismo, un límite específico a esta prerrogativa empresarial; en el sentido de que cualquier variación de la jornada ordinaria prevista inicialmente en el calendario también supondrá, necesariamente, una variación respecto al horario de trabajo que se había fijado. Sin embargo, ello no es así, pues la jurisprudencia sostiene que el horario de trabajo se encuentra, de algún modo, subordinado a la jornada de trabajo³⁴; de modo que, en caso de discrepancia, deberá prevalecer la jornada, aunque para ello debiese producirse alguna variación sobre el horario de trabajo. Por lo tanto, el horario previamente fijado no supondrá un obstáculo para que la jornada ordinaria pueda distribuirse de manera irregular y flexible. No obstante, considero que el horario solo deberá soportar las variaciones estrictamente necesarias para acoger el resultado de la distribución irregular y flexible de la jornada; sin que tal coyuntura pueda servir como pretexto para modificar el horario de trabajo más allá de las exigencias derivadas de la nueva distribución de la jornada. Así, el empresario podrá requerir al trabajador que inicie antes su jornada diaria o que retrase su salida del trabajo, siempre en la medida necesaria para acoger un incremento de la jornada semanal derivada de esta gestión flexible del tiempo de trabajo. Pero, en cambio, no será posible modificar el horario en sí mismo y al margen de las necesidades relacionadas con la jornada flexible. Así, el empresario no podría, por ejemplo, variar el sistema de trabajo a turnos, ni desplazar en bloque, hacia delante o hacia detrás, el horario diario de trabajo.

Cuestión distinta es la relativa al límite de nueve horas diarias de trabajo efectivo establecido en el [artículo 34.3 del ET](#). En efecto, ya se vio que resulta muy probable que, cuando la negociación colectiva no alcanzase un acuerdo sobre el sistema de distribución irregular de la jornada, tampoco eliminase el límite diario de nueve horas que rige en defecto de disposición convencional en contrario. Y, así, lo más plausible es que aquel empresario que accediese a la cuota del 10% de distribución irregular y flexible de la jornada ordinaria por el mero hecho de no haberse alcanzado ningún acuerdo sobre esta materia en el seno de la negociación colectiva, vea limitada esta prerrogativa por la aplicación del máximo diario de nueve horas de trabajo efectivo. De esta manera, podría variar la jornada ordinaria más allá del calendario y el horario de trabajo inicialmente previstos, pero respetando siempre este límite de las nueve horas diarias de servicios.

³³ En un sentido similar: RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: «Los límites...», *op. cit.*, pág. 714.

³⁴ SSTs de 22 de julio de 1995 (rec. núm. 443/1995), 4 de noviembre de 1997 (rec. núm. 460/1997) y 26 de junio de 1998 (rec. núm. 4621/1997).

V. LÍMITES COMUNES A TODO SISTEMA DE DISTRIBUCIÓN IRREGULAR DE LA JORNADA ORDINARIA

Como se sabe, todo esquema de distribución irregular de la jornada incide, de manera muy directa, sobre la esfera sanitaria, personal, familiar y social de los trabajadores afectados. Por ello, estos mecanismos de organización del tiempo de trabajo encuentran una serie de límites comunes dirigidos a garantizar unos estándares mínimos de protección de los trabajadores afectados por este tipo de medidas³⁵.

El primer límite que se erige frente a la distribución irregular de la jornada, en cualquiera de sus variantes, es el constituido por los propios tiempos de descanso³⁶. Así lo recoge el párrafo 2.º del artículo 34.2 del ET, al referir que, en todo caso, deberán respetarse los descansos mínimos diario y semanal previstos por la ley. Ciertamente, llama la atención que el precepto no se refiera en modo alguno a las vacaciones anuales ni a los festivos; aunque, dado el carácter de derecho necesario que ostentan estas dos instituciones, no cabe duda de que también deben ser considerados como límites oponibles a la distribución irregular de la jornada.

Por otra parte resulta también llamativo que el precepto solo 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. Sin embargo, 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 aquellos tramos del derecho que tengan origen en una mejora prevista por convenio colectivo³⁷.

³⁵ Antes de entrar a valorar con exhaustividad 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, establecido en el artículo 34.3 del ET en este punto. En efecto, tal y como se expuso ya durante el análisis del grado de autonomía empresarial en la gestión del tiempo de trabajo ante una jornada irregular nacida del silencio convencional al respecto, debe tenerse muy presente que, a salvo de disposición convencional al respecto, cada día podrán prestarse, como máximo, nueve horas de trabajo efectivo. Y resulta más que probable que si el empresario accede a la distribución irregular y flexible del 10% de la jornada por no existir ningún acuerdo colectivo sobre esta materia, la negociación colectiva tampoco hubiese acordado la supresión del límite de nueve horas diarias de trabajo establecido en el artículo 34.3 del ET; en cuyo caso el empresario podrá distribuir irregular y flexiblemente el 10% de la jornada anual, pero sin superar nunca las nueve horas diarias de trabajo efectivo.

³⁶ ALARCÓN CARACUEL, M. R.: «La jornada...», *op. cit.*, págs. 51 y 52, donde se afirma, muy gráficamente, que los descansos diario y semanal, los festivos y las vacaciones serían periodos «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, pág. 311: ahondando en esta postura al señalar que los descansos diario, semanal y anual actúan como medios para delimitar la obligación de trabajo en su aspecto temporal, es decir, la jornada.

³⁷ En el mismo sentido: ROQUETA BUJ, R.: «Artículo 34», en AA. VV., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 2.ª ed., Valladolid: Lex Nova, 2012, pág. 366.

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 interjornadas el que reviste una eficacia y una operatividad más destacadas. En efecto, tal y como se sabe, el descanso semanal, por su parte, puede acumularse por periodos de hasta 14 días; en determinadas circunstancias, será 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 llegar a alterar las 12 horas de descanso entre jornadas de trabajo sucesivas. Y es por ello que puede afirmarse que es este 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 extraordinaria³⁸.

Todo ello trae a colación un problema que podríamos denominar como la *jornada semanal extrema* y que versa sobre la concentración máxima de trabajo en un determinado periodo de tiempo que permiten los parámetros de la ley. En efecto, si combinásemos la distribución irregular de la jornada con la supresión en sede colectiva del límite diario de 9 horas de trabajo y, además, la acumulación del descanso semanal en 2 semanas, podría llegarse a una jornada concentrada de 11 días de trabajo consecutivos, a razón de 12 horas por día con la única pausa de 15 minutos prevista por el 34.4 del ET, seguidos de 3 días de descanso³⁹. Desde luego, parece difícil defender que una ordenación del tiempo de trabajo semejante pueda ser compatible con los principios de seguridad y salud en el trabajo que, como bien manifiesta la directiva comunitaria, deben regir esta materia. Por ello, creo que sería más que conveniente que la ley garantizase, incluso frente a la negociación colectiva, una duración máxima de la jornada semanal a través de un límite propio, específico e indisponible, semejante al límite indirecto de las 12 horas de trabajo efectivo al día que opera de cara a la jornada diaria. Además, todo lo analizado sobre ese 10% de distribución irregular a cuenta del empresario, en defecto de sistema convencional al respecto, ahonda en esta problemática; pues el principal obstáculo para esta saturación de la jornada laboral, que no es otro que el tope de 40 horas semanales, va a encontrarse a merced del empresario casi con total seguridad⁴⁰. Todo lo cual 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 12 horas de descanso entre días de trabajo consecutivos.

El segundo límite específico consiste en que todo sistema de distribución irregular de la jornada llevará aparejada 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 solo frente a la distribución irregular flexible; de suerte que, si el sistema diseñado es ab-

³⁸ CABEZA PEREIRO, J. *et al.*: *La ordenación del tiempo de trabajo*, Santiago de Compostela: CGRL, 2004, pág. 71.

³⁹ Sobre el peligro que representa este extenuante sistema de jornada laboral: ROQUETA BUI, R.: «La jornada...», *op. cit.*, pág. 69.

⁴⁰ Ya se vio cómo en la práctica negociadora ese 10% a cuenta del empresario va a operar como contenido mínimo del acuerdo colectivo para distribución irregular de la jornada. Por ello, 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 10% de la jornada anual irregularmente.

solamente rígido, el trabajador conocería con exactitud su jornada de trabajo desde el momento en que esta se plasme en el calendario laboral.

Fue la reforma de la [Ley 3/2012](#) la que positivizó esta segunda exigencia, aunque ya era habitual en la práctica negociadora y considerada fundamental por la doctrina científica⁴¹. Así, tras dicha modificación, el [artículo 34.2 del ET](#) impone ahora 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 irregular⁴². 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 individual⁴³. Por su parte, la ubicación del mismo, en el segundo párrafo del [artículo 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 este 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 10% de la jornada anual.

Dentro de los distintos límites a la distribución irregular de la jornada se ha barajado, también, la posibilidad de exigir 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 es que, dado que la ley utiliza el módulo anual para cuantificar el tiempo total de trabajo, no para distribuirlo, la deuda de actividad del trabajador debería ser repartida en espacios temporales inferiores al propio año⁴⁴. Sin embargo, la nueva norma sobre el 10% 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; ya que ahora es la propia ley la que permite, directamente, en defecto de acuerdo colectivo sobre la distribución irregular de la jornada, proyectar el cómputo de la jornada ordinaria hasta un periodo de referencia anual.

En efecto, obsérvese que, tras la entrada en vigor de la [Ley 3/2012](#), en el [artículo 34 del ET](#) se abre la posibilidad de que el empresario distribuya irregularmente el 10% de la jornada en cómputo anual. Y nada hace entender que, en caso de que sea este el sistema de jornada operativo (por no programarse uno específico a nivel colectivo), el empresario deba atenerse a marco temporal alguno, más allá del propio año cuya jornada se distribuye irregularmente. Por tanto,

⁴¹ MONREAL BRINGSVAERD, E.: «Autonomía...», *op. cit.*, pág. 566.

⁴² Los tribunales han identificado que la finalidad de este precepto no es otra que la de ofrecer al trabajador el tiempo necesario para organizarse antes de su incorporación al puesto de trabajo; compatibilizando así la vida personal y familiar con las exigencias laborales derivadas de una distribución irregular de la jornada de trabajo: [STSJ de Aragón de 7 de junio de 2013 \(rec. núm. 225/2013\)](#).

⁴³ Ni siquiera sería válido aquel pacto convencional que, a cambio de determinadas mejoras respecto al régimen legal (por ejemplo, reducir del 10 al 5% el porcentaje de jornada anual redistribuible), rebajase este periodo de preaviso. Lo que llevó al Tribunal Supremo a rechazar la validez de una cláusula convencional que establecía un periodo de preaviso de tan solo 24 horas: [STS 16 de abril de 2014 \(rec. núm. 183/2013\)](#).

⁴⁴ MONREAL BRINGSVAERD, E.: «Autonomía...», *op. cit.*, pág. 562.

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 esta. Como se sabe, el verdadero aspecto cuantitativo del tiempo de trabajo está representado por la jornada máxima anual⁴⁵, y este *quantum*, a su vez, va a delimitar el sistema de distribución irregular de la jornada. Una vez pactado el número de horas de trabajo que el trabajador pone a disposición del empresario, el sistema de distribución irregular de la jornada no puede sino relocalar ese montante anual de horas de trabajo, esa *jornada absoluta*, de manera desigual entre las distintas semanas del año. Pero, para que ello sea posible sin afectar a la esfera cuantitativa de la jornada ordinaria, al número total de horas de trabajo anuales, los excesos y defectos producidos por dicha distribución irregular deberán ser objeto de compensación dentro del año correspondiente.

Pues bien, sobre esta cuestión incide de lleno el último párrafo del [artículo 34.2 del ET](#), que establece que 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. Y, en defecto de pacto, las diferencias derivadas de la distribución irregular de la jornada deberán quedar compensadas en el plazo de 12 meses desde que se produzcan⁴⁶.

Dos son los aspectos de la norma que, pese a su aparente claridad literal, exigen un análisis exhaustivo. El primero se refiere a la especificación que hace el precepto de que las variaciones de jornada objeto de compensación serán aquellas producidas tanto por exceso como por defecto. Y es que, hasta que el [Real Decreto-Ley 16/2013](#) incorporó este último párrafo al [artículo 34.2 del ET](#), se consideraba que la empresa no podía anticipar el descanso para compensar un futuro incremento de esa 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 viable⁴⁷. Sin embargo, parece que la redacción del último párrafo del [artículo 34.2 del ET](#) revierte este análisis; ya que se equiparan las variaciones de jornada en ambos sentidos («la compensación de las variaciones por exceso y por defecto») y se da carta de normalidad a que se generen «bolsas de horas» (las cuales se producirían a través de descansos anticipados, que serían recuperados en lo sucesivo a través de los incrementos de jornada correspondientes).

⁴⁵ En efecto, 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.

⁴⁶ Como se sabe, este último párrafo del [artículo 34.2 del ET](#) fue incorporado a través de la reforma operada por el [Real Decreto-Ley 16/2013](#).

⁴⁷ ROQUETA BUI, R.: «Artículo 34...», *op. cit.*, pág. 365, con apoyo en la STSJ de Andalucía de 18 de junio de 2003 (rec. núm. 1308/2003).

El segundo aspecto de la norma que exige un análisis particularizado versa 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 12 meses, que empieza a computar desde el momento en que se produjeran los distintos incrementos y disminuciones de jornada derivados de la distribución irregular. No obstante, una aplicación taxativa de la norma acarrearía diversos efectos perjudiciales. En efecto, si, como parece referir la norma, se abre un plazo específico de 12 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. Ciertamente, abrir un plazo independiente de 12 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 12 meses establecido al efecto en el calendario, contagiarían al siguiente, confundiendo el uno con el otro; y 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 80 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. Desde luego, difuminar de este modo los contornos del ciclo anual de la jornada supondría, sin ningún género de dudas, desestabilizar el equilibrio estructural de toda la organización del tiempo de trabajo.

Por otro lado, ha de tenerse en cuenta que, si nos ciñésemos a su tenor literal, el nuevo párrafo 3.º del artículo 34.2 del ET contravendría el espíritu y la letra de la Directiva 2003/88/CE. Concretamente, resultaría contrario a los artículos 6 y 19 del texto comunitario que, interpretados a la luz del TJUE en su Sentencia de 3 de octubre de 2000 (caso SIMAP), confieren a los particulares un derecho a que el periodo de referencia para el establecimiento de la duración máxima de su tiempo de trabajo semanal no exceda de 12 meses. De esta forma, la directiva programa una jornada máxima total de cómputo anual, que resulta irrebasable en todo caso; por lo que no habría cabida ninguna para posibles saldos interanuales de horas resultantes de una distribución irregular de la jornada, que implicasen computar el tiempo de trabajo en periodos superiores a 12 meses⁴⁸.

Por todo ello, considero que es necesario realizar una interpretación finalista del precepto; en el sentido de que debe entenderse que los mencionados 12 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 sobre el ciclo anual siguiente⁴⁹. Sin embargo, a pesar de todos los razonamientos expuestos, la Audiencia Nacional ha llegado a admitir que el convenio colectivo permita diferir las diferencias de jornada

⁴⁸ MONREAL BRINGSVAERD, E.: «La duración de la jornada y los saldos interanuales de horas. A propósito de la última reforma normativa del tiempo de trabajo», *Relaciones Laborales*, núm. 10, octubre 2014, edición digital, pág. 6.

⁴⁹ En sentido contrario, defendiendo una interpretación literal del precepto que, por tanto, habilite la compensación de los excesos de jornada sobre el ciclo anual siguiente: RODRÍGUEZ PASTOR, G.: «Hacia una organización más flexible del tiempo de trabajo», *Relaciones Laborales*, núm. 12, diciembre 2014, edición digital, págs. 6-10.

a la anualidad siguiente⁵⁰; obviando, de este modo, todas las contradicciones que esta interpretación literal del precepto plantea frente al régimen general de la jornada de trabajo y las diversas dificultades aplicativas que generaría.

VI. LAS HORAS EXTRAORDINARIAS: UN MECANISMO PARALELO PARA LA GESTIÓN FLEXIBLE DE LA JORNADA DE TRABAJO

a) La aparición de las horas extraordinarias en función del modelo de jornada ordinaria aplicable en la empresa

Además de los distintos recursos que ofrece la propia jornada ordinaria para gestionar, tal y como se ha visto, el tiempo de trabajo de acuerdo a los diseños organizativos del empresario, las horas extraordinarias ofrecen un mecanismo alternativo para adaptar la jornada de trabajo de los trabajadores a tiempo completo⁵¹ a las necesidades productivas. Como se sabe, las horas extraordinarias se encuentran reguladas, principalmente, en el [artículo 35 del ET](#), que las define como aquellas horas de trabajo que se realicen sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, fijada de acuerdo con el artículo 34. Así, el precepto define la jornada extraordinaria por contraposición a la jornada ordinaria, lo que hace de ella un concepto relacional y residual⁵²; y, por ello, también esquivo⁵³. Concretamente, el problema radica en que, tal y como se ha expuesto a lo largo de este trabajo, existen diferentes modelos de jornada ordinaria, en función de que esta se distribuya de manera regular o irregular y de que, a su vez, se gestione de un modo

⁵⁰ SAN 125/2014, de 4 de julio. Así, ha sido esta interpretación de la reforma operada por el [Real Decreto-Ley 16/2013](#) en el [artículo 34 del ET](#) la que ha precipitado este cambio interpretativo en la Audiencia Nacional, que apenas meses antes de su promulgación mantenía, sobre este punto, un criterio plenamente coherente con el régimen general de la jornada de trabajo: SAN 103/2013, de 24 de mayo.

⁵¹ Como se sabe, el [artículo 12.4 c\) del ET](#) prohíbe, tras la última reforma operada por el [Real Decreto-Ley 16/2013](#), la realización de horas extraordinarias (salvo las que viniesen exigidas por supuestos de fuerza mayor) a los trabajadores a tiempo parcial. De este modo, las distintas consideraciones expuestas en este apartado, relativo a la gestión flexible del tiempo de trabajo mediante el recurso a las horas extraordinarias, deben entenderse referidas en exclusiva a los trabajadores que prestasen sus servicios a tiempo completo. No obstante, sí debe mencionarse, siquiera sucintamente (ya que un análisis exhaustivo sobre este particular excedería de los objetivos propuestos en este trabajo), que el propio [artículo 12.5 del ET](#) recoge el régimen de las horas complementarias (pactadas y voluntarias); que, en gran medida, también permitirían a los empresarios adaptar la jornada de sus empleados a tiempo parcial a los eventuales incrementos de sus necesidades productivas.

⁵² CABEZA PEREIRO, J. *et al.*: *La ordenación...*, *op. cit.*, pág. 183.

⁵³ DE LA VILLA GIL, L. E.: «El concepto de hora extraordinaria», en AA. VV., *Estudios sobre la jornada de trabajo*, Madrid: ACARL, 1991, pág. 365. En este mismo trabajo (pág. 378), el autor define las horas extraordinarias, de acuerdo a ocho elementos caracterizadores, como «todo tiempo de trabajo efectivo, superpuesto al trabajo ordinario, que se realiza voluntariamente por encima de la jornada habitual, con restricción insuperable de ochenta horas al año, encarecimiento de su coste para el empleador, mayor retribución para el trabajador y sujeción al control externo de la Administración y los representantes del personal del centro de trabajo».

rígido o flexible; lo cual implica que, dependiendo del modelo de jornada ordinaria establecido en la empresa, las horas extraordinarias aparecerán a partir de uno u otro momento. Así, resulta necesario analizar por separado los distintos esquemas de jornada ordinaria para identificar, en cada uno de esos panoramas, a partir de qué momento concreto se considera que las horas de trabajo exceden de la jornada ordinaria y, por tanto, aparecen horas extraordinarias.

Cuando nos encontramos ante una jornada perfectamente regular, el análisis no reviste ninguna complejidad. Como se sabe, en este esquema de jornada ordinaria se trabaja exactamente el mismo número de horas durante todas las semanas laborables del año; de modo que serían horas extraordinarias todas aquellas que superasen las 40 semanales señaladas por la ley como jornada ordinaria, o las que superasen la jornada semanal más reducida que, en su caso, hubiese previsto la negociación colectiva o, incluso, el contrato de trabajo.

No obstante, como ya se vio, el [artículo 34 del ET](#) posibilita que la negociación colectiva distribuya de manera irregular la jornada ordinaria de trabajo; lo que equivale a que unas semanas se trabaje un número de horas superior al límite máximo de la jornada semanal en cómputo anual (ya sea este el legal o bien el establecido al efecto en la negociación colectiva) y ese exceso de trabajo se compense, dentro de un determinado periodo de referencia, con otras semanas de menos horas de trabajo. De este modo, lo que ocurriría, en realidad, es que, en lugar de estructurar la jornada ordinaria en módulos semanales de 40 horas (o el número menor pactado colectivamente), dicha jornada ordinaria se estaría estructurando en periodos de referencia superiores a la semana y a lo largo de los cuales se trabajaría, obviamente, un número de horas proporcionalmente superior (por ejemplo, 160 horas a lo largo del mes o 600 horas a lo largo de un cuatrimestre). La cuestión es que dentro de la jornada irregular en sentido amplio coexisten, a su vez, panoramas bien diferenciados; lo que obliga a realizar un diagnóstico singularizado de la aparición de las horas extraordinarias para cada uno de los distintos esquemas de jornada irregular.

En aquellos casos en que la jornada sea irregular, pero absolutamente rígida, tampoco será problemático identificar la aparición de las horas extraordinarias. Nos encontraríamos ante el supuesto de que la negociación colectiva fijase periodos de referencia para el cómputo de la jornada ordinaria superiores al semanal, pero el resultado de esta distribución irregular quedase sellado desde un primer momento en el calendario laboral, que especificaría con toda exactitud el número de horas de trabajo de cada uno de los días laborables del año. Dado que, en tal caso, en todo momento se conocerían con una precisión absoluta los contornos temporales de la prestación de servicios del trabajador, bastaría con atender a las horas efectivamente realizadas cada día y contrastarlas, después, con lo que en un principio se había programado en el calendario laboral. Y, así, tras dicha comprobación, podrían calificarse como horas extraordinarias todas aquellas que excediesen de la jornada ordinaria inicialmente prevista para cada día en particular⁵⁴.

⁵⁴ LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F.: «La nueva regulación del calendario laboral y las horas extraordinarias en el Real Decreto-Ley 2001/1986, de 14 de marzo», *Revista de Trabajo*, núm. 86, 1987, págs. 99-100.

Ahora bien, si el sistema de jornada irregular es, además flexible, sí aparecen algunas dificultades. Se trataría del caso en que no solo se fijasen periodos de referencia superiores a la semana para el cómputo de la jornada ordinaria, sino que, además, dentro de dichos periodos de referencia pudiesen producirse variaciones respecto al reparto de la carga de trabajo que en principio se había previsto en el calendario. En efecto, en estos casos el diagnóstico de la aparición de las horas extraordinarias se complejiza notoriamente, ya que el calendario inicialmente previsto puede sufrir, inopinadamente, incrementos y disminuciones de jornada en función de las necesidades productivas de la empresa; de modo que no existiría un patrón establecido de lo que debiera ser la jornada ordinaria sobre el que, posteriormente, se pudiesen contrastar las horas efectivamente trabajadas y, así, determinar si se ha producido un exceso de jornada (y, por tanto, han aparecido horas extraordinarias).

Ciertamente, en muchas ocasiones, el sistema de jornada irregular dinámica diseñado por la negociación colectiva sí contendrá periodos de referencia que, aun siendo superiores a la propia semana, delimiten la jornada ordinaria con relativa periodicidad. Imagínese, por ejemplo, una jornada mensual de 160 horas o una jornada cuatrimestral de 600 horas, que podrán ser recolocadas dentro de dichos módulos de cómputo en función de las necesidades de la empresa⁵⁵. Si es este el caso, tampoco existirían excesivos problemas para apreciar la aparición de horas extraordinarias, pues bastaría con esperar a la finalización del correspondiente periodo de referencia de la jornada ordinaria y contrastarla con la jornada efectivamente realizada a lo largo de ese espacio de tiempo⁵⁶. Sirviéndonos del ejemplo anterior, sería suficiente con esperar al final del mes y determinar si se han trabajado más de 160 horas, o si al final del cuatrimestre se han trabajado más de 600; en cuyo caso, todas y cada una de esas horas trabajadas en exceso recibirían la calificación de horas extraordinarias.

Sin embargo, como se sabe, la vigente redacción del [artículo 34.2 del ET](#) universaliza el año como periodo de referencia para el cómputo de la jornada ordinaria; lo cual lleva a que variaciones de jornada propias de la distribución irregular se proyecten a lo largo de todo el año. De esta manera, puede afirmarse que, en la práctica, dejan ya de existir unos parámetros diferenciados para cuantificar la jornada y para distribuirla, pues en ambos casos el intervalo considerado va a ser el año; que ahora es el periodo de referencia utilizado tanto para cuantificar la jornada de trabajo como para distribuirla. Y ello, por dos factores. En primer lugar, porque la propia válvula de cierre del [artículo 34.2 del ET](#) va a dejar en manos del empresario, siempre que no exista sistema convencional para la distribución de la jornada, un 10% de la jornada anual que podrá ser distribuida de manera irregular y flexible. Lo cual lleva, directamente, a que deba atenderse al año no solo como periodo de referencia en la cuantificación de la jornada sino también como módulo distributivo⁵⁷. Pero, además, en segundo lugar, resulta que esa válvula de cierre va a ejercer una

⁵⁵ Recuérdese, no obstante, que las variaciones respecto a lo inicialmente previsto deberán respetar el necesario preaviso de cinco días previsto en el [artículo 34.2 del ET](#).

⁵⁶ En este mismo sentido: ARGÜELLES BLANCO, A. R.: «Nuevas...», *op. cit.*, pág. 86.

⁵⁷ Así, concluye todo un proceso de flexibilización en la gestión de la jornada ordinaria, consistente en una ampliación paulatina de los periodos de cómputo de la jornada desde los tradicionales ciclos diario y semanal al actual módulo

innegable influencia sobre cualquier hipotético sistema convencional de distribución de la jornada; de modo que, aun en caso de que existiese este, parece difícil imaginar que el empresario se hubiese desprendido de esa prerrogativa recogida en la propia ley durante la fase de negociación. Y, así, lo más probable es que el parámetro temporal fijado para la distribución de la jornada en cualquier acuerdo colectivo que, eventualmente, se hubiese alcanzado sobre esta materia siguiese siendo, igualmente, el año.

Como resulta imaginable, en todos estos casos será necesario esperar a que concluya el año de prestación de servicio para, solo entonces, poder determinar si se han realizado, o no, horas extraordinarias. En efecto, ya se afirmó que el verdadero límite infranqueable o magnitud operativa de la jornada ordinaria es el año⁵⁸. Pues bien, si tal y como establece el [artículo 35 del ET](#), son horas extraordinarias las que se realicen sobre la duración máxima de la jornada ordinaria, no cabe ninguna duda de que las horas que, al finalizar el año, excedan de la jornada ordinaria anual se considerarán tiempo de trabajo extraordinario.

El problema es que cuanto mayor es el periodo de referencia para la distribución de la jornada ordinaria, mayor es la dificultad para apreciar la existencia de horas extraordinarias⁵⁹; materia, como se sabe, sobre la que se producen no pocos abusos e irregularidades en la práctica. A lo que cabría añadir la falta de concreción que sufre el trabajador respecto a los periodos en que resulta exigible su prestación de servicios⁶⁰, con los consiguientes perjuicios en la esfera personal, familiar y social. Pues bien, todo ello encuentra su máxima expresión en casos como estos, en los que el periodo de referencia es anual. Además, a tales complicaciones para el diagnóstico de la jornada extraordinaria se suma la dificultad de respetar adecuadamente las propias exigencias del [artículo 35.5 del ET](#) sobre el registro y totalización de la jornada extraordinaria de cara a su control y seguimiento, cuyo cumplimiento exhaustivo deviene prácticamente imposible cuando la jornada se distribuye de manera flexible y en cómputo anual⁶¹.

anual. Sobre la evolución histórica de los módulos de cómputo de la jornada: ALARCÓN CARACUEL, M. R.: *La ordenación del tiempo de trabajo*, Madrid: Tecnos, 1988, págs. 87-90.

⁵⁸ SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Artículo 34...», *op. cit.*, pág. 379.

⁵⁹ CABEZA PEREIRO, J. *et al.*: *La ordenación...*, *op. cit.*, pág. 183

⁶⁰ GARCÍA RUBIO, M. A.: «Ampliación de jornada: Horas extraordinarias y horas complementarias», en AA. VV., *El tiempo de trabajo en la negociación colectiva*, Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008, pág. 222.

⁶¹ Concretamente, el [artículo 35.5 del ET](#) exige, en primer lugar, que la jornada extraordinaria del trabajador se registre día a día. Y, en segundo término, que dicha jornada se totalice en el periodo fijado para el abono de los salarios; lo cual, normalmente y en aplicación del [artículo 29.1 del ET](#), tendrá una periodicidad máxima de un mes. Además, en relación con esta segunda obligación también se prevé la entrega al trabajador de un resumen indicativo de la totalización de las horas extraordinarias. Evidentemente, si la jornada ordinaria se distribuyese de manera flexible y en cómputo anual, habría que esperar al final del año para determinar, en su caso, la posible aparición de horas extraordinarias, con lo que tales previsiones serían imposibles de observar.

b) Las horas extraordinarias como mecanismo paralelo para la gestión flexible del tiempo de trabajo

Como se sabe, el principal límite que opera frente a la jornada extraordinaria es el relativo al número de horas extraordinarias que podrá realizar cada trabajador, que el [artículo 35.2 del ET](#) cifra en un máximo de 80 horas extraordinarias al año⁶². Sin embargo, de acuerdo al propio [artículo 35.2 del ET](#), las horas extraordinarias que se compensen mediante descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización no computan de cara a este máximo anual de 80 horas extraordinarias; lo cual provoca que puedan efectuarse aumentos de jornada sobre lo inicialmente previsto que, neutralizados en los cuatro meses siguientes, no contabilicen como horas extraordinarias.

Pues bien, nótese, a este respecto, que las horas extraordinarias compensadas mediante descansos en los cuatro meses siguientes actúan, de hecho, de un modo muy similar a las horas flexibles⁶³. En efecto, este uso de las horas extraordinarias supondría que se generarían incrementos y decrementos en el tiempo de trabajo que se compensarían dentro de ciclos de cuatro meses, lo que resultaría parangonable a una distribución irregular y flexible de la jornada ordinaria.

Incluso, podría afirmarse que estas «horas flexibles atípicas», fruto del recurso a las horas extraordinarias, tendrían un rango de acción todavía mayor que las verdaderas horas ordinarias flexibles, pues no se verían afectadas por algunos límites que operan solo de cara a las horas ordinarias; como sucede con del máximo de nueve horas ordinarias de trabajo al día previsto en el [artículo 34.3 del ET](#). En efecto, cuando la negociación colectiva no hubiese suprimido ese límite del [artículo 34.3 del ET](#), a través de la distribución irregular y flexible de la jornada ordinaria no podría incrementarse el trabajo diario más allá de las nueve horas; sin embargo, ello sí sería posible mediante el recurso a estas horas extraordinarias compensables, pues dicho límite no despliega sus efectos frente a la jornada extraordinaria.

Cuestión distinta es la relativa al descanso diario de 12 horas que, según lo establecido por el [artículo 34.3 del ET](#), debe efectuarse entre jornadas sucesivas de trabajo; pues, en efecto, dicho límite no podrá ser rebasado en ningún caso, ni a través de la jornada ordinaria ni a través de la jornada extraordinaria. Además, conviene destacar que este límite operará tanto frente a las horas extraordinarias comunes como a las motivadas por fuerza mayor⁶⁴.

⁶² Ciertamente, la cifra definida por el ordenamiento español contrasta fuertemente con otras de nuestro entorno jurídico y social, como podría ser el caso de Italia, donde el D. Lgs. n.º 66/2003 establece, en su artículo 5, un límite máximo anual de 250 horas extraordinarias para los casos en que la negociación colectiva no hubiese establecido reglas específicas al respecto. En cualquier caso, debe recordarse aquí que las horas extraordinarias realizadas *por fuerza mayor*, de acuerdo al [artículo 35.3 del ET](#), no computarán de cara a este límite de 80 horas extraordinarias al año.

⁶³ Entre otros, MONREAL BRINGSVAERD, E.: *La jornada...*, *op. cit.*, pág. 200, CABEZA PEREIRO, J. *et al.*: *La ordenación...*, *op. cit.*, págs. 186 y 199.

⁶⁴ GARCÍA RUBIO, M. A.: «Artículo 35», en AA. VV., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 2.ª ed., Valladolid: Lex Nova, 2012, pág. 375.

Por todo lo expuesto, resulta evidente que mediante esta utilización de la jornada extraordinaria, el empresario acumula simultáneamente los mecanismos puros para la distribución irregular flexible de la jornada, por un lado, y, por otro, el recurso a las horas extraordinarias; lo cual ha sido objeto de abundantes críticas por parte de la doctrina científica, dada la finalidad coincidente de ambas herramientas⁶⁵. Efectivamente, sí parece excesivo, además de redundante, someter la jornada del trabajador a posibles variaciones inopinadas por distintas vías y al mismo tiempo.

En cualquier caso, debe advertirse que el trabajador solo estará obligado a realizar las horas extraordinarias que le solicitase el empresario cuando así se hubiese pactado previamente, bien en convenio colectivo, bien en el propio contrato de trabajo. En efecto, el [artículo 35.4 del ET](#) establece que la prestación de trabajo en horas extraordinarias será voluntaria, a salvo de que se hubiese pactado su realización obligatoria. Todo ello a salvo de las horas extraordinarias por fuerza mayor (aquellas que se efectuasen para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes), que sí serán siempre de realización obligatoria; pues pese a que el artículo 35 no recoge expresamente tal carácter obligatorio, así se desprende del principio de buena fe que rodea a la relación laboral [arts. [5 a\)](#) y [20.2 ET](#)].

VII. CONCLUSIONES

Del estudio realizado se desprende que las tensiones que convergen, con un altísimo grado de presión, sobre el tiempo de trabajo se han trasladado, desde aquel debate de corte cuantitativo que caracterizó las primeras fases evolutivas del Derecho del Trabajo, a otro terreno en el que el conflicto versa, principalmente, sobre la cuestión cualitativa de la jornada. En efecto, en el contexto actual, los intereses principales de ambas partes se plantean más sobre la distribución y el reparto del tiempo trabajo que sobre la propia cantidad de horas de servicio prestadas. Así, el principal objetivo empresarial es el de acceder a un sistema de distribución irregular y dinámica de la jornada que le permita responder con agilidad y precisión a los cambios y variaciones que se producen en el mercado. De modo que para el empresario la prioridad no es ya adquirir la mayor cantidad posible de horas de servicio por parte del trabajador, sino poder hacer un uso flexible e inteligente de esas horas.

En efecto, se aprecia que las últimas reformas operadas sobre la materia apuntan en esta dirección, incrementando muy notoriamente el grado de autonomía empresarial en la gestión del tiempo de trabajo; lo cual concuerda, plenamente, con la idea de la *flexiguridad*, erigida como respuesta ideal frente a los retos actuales del modelo económico y productivo. La cuestión es que este nuevo marco jurídico de gestión del tiempo de trabajo, impulsado tras las últimas reformas, presenta no pocos problemas, tanto a nivel técnico o aplicativo como fundamental.

⁶⁵ MONREAL BRINGSVAERD, E.: *La jornada...*, *op. cit.*, pág. 202; BALLESTER PASTOR, M. A.: «La flexibilidad...», *op. cit.*, pág. 71.

En primer lugar, llama la atención que el ET adolezca, todavía, de determinados defectos de transposición de la directiva comunitaria sobre la jornada de trabajo presentes desde hace décadas. Pero lo que resulta incluso más incomprensible es que las últimas reformas, lejos de solventar tales carencias técnicas en la acomodación de la normativa interna a la comunitaria, añadan otras nuevas. Cuestiones, estas, que merecerían alguna reflexión por parte del legislador.

Por otra parte, también resulta significativo, desde el punto de vista técnico o aplicativo, que, a raíz de estas últimas reformas sobre la materia, el sistema de gestión del tiempo de trabajo plantee ahora graves incongruencias jurídicas y fallos de sincronización entre instituciones clave de la jornada de trabajo, como son la jornada ordinaria, la jornada extraordinaria o las vacaciones anuales. Todo lo cual debiera ser, desde luego, solventado también con la pertinente presteza.

Y cabe, por último, una reflexión sobre la propia dinámica evolutiva de la jornada de trabajo, en sentido amplio, en nuestro modelo de relaciones laborales. Ciertamente, no cabe duda alguna de que la situación actual, a nivel interno e internacional, obliga a realizar cambios y ajustes en el modelo productivo que permitan afrontar los retos presentes y venideros. En este sentido, resulta oportuno incrementar las herramientas empresariales de gestión del tiempo de trabajo que contribuyan a optimizar los procesos productivos. La cuestión es que las últimas reformas universalizan los modelos de jornada irregulares y flexibles, más allá de cuáles fuesen las verdaderas necesidades de cada empresa. Y es ahí donde reside el abuso, pues no deben perderse de vista los perjuicios relacionados con la organización de la vida profesional y personal que, con total certeza, acarrearán para los trabajadores este elevado nivel de incertidumbre.

Bibliografía

ALARCÓN CARACUEL, M. R. [2007]: «La jornada ordinaria de trabajo y su distribución», en AA. VV., *Tiempo de trabajo*, Albacete: Bomarzo.

— [1988]: *La ordenación del tiempo de trabajo*, Madrid: Tecnos.

ALFONSO MELLADO, C. L. y GARCÍA ORTEGA, J. [1994]: *Jornada y ordenación del tiempo de trabajo*, Valencia: Tirant lo Blanch.

ARGÜELLES BLANCO, A. R. [2013]: «Nuevas fórmulas jurídicas y problemas sociales en la gestión del tiempo de trabajo», en AA. VV. [Ana Rosa Argüelles Blanco y Ana María Romero Burillo (dirs.)], *Régimen jurídico y gestión racional del tiempo en la empresa*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

BALLESTER PASTOR, M. A. [2013]: «La flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo: Jornada y distribución del tiempo de trabajo», *Revista de Derecho Social*, núm. 62.

BOLEGO, G. [2006]: «Recenti evoluzioni contrattuali in materia di retribuzione e orario di lavoro», en AA. VV., *Istituzioni e regole del lavoro flessibile*, Napoli: Editoriale Scientifica.

- CABEZA PEREIRO, J. [2007]: «Las fuentes reguladoras de la jornada de trabajo», en AA. VV., *Tiempo de trabajo*, Albacete: Bonmarzo.
- (et al.) [2004]: *La ordenación del tiempo de trabajo*, Santiago de Compostela: CGRL.
- DE LA VILLA GIL, L. E. [1991]: «El concepto de hora extraordinaria», en AA. VV., *Estudios sobre la jornada de trabajo*, Madrid: ACARL.
- GARCÍA RUBIO, M. A. [2012]: «Artículo 35», en AA. VV. *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 2.^a ed., Valladolid: Lex Nova.
- [2008]: «Ampliación de jornada: Horas extraordinarias y horas complementarias», en AA. VV., *El tiempo de trabajo en la negociación colectiva*, Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración.
- LINARES LORENTE, J. A. [1994]: «Flexibilidad en materia de jornada de trabajo», *Colex*, núm. 11.
- LÓPEZ GANDÍA, J. [1996]: «Flexibilidad del tiempo de trabajo y prestación de desempleo (trabajo a tiempo parcial y reducción de jornada)», *Actualidad Laboral*, tomo 1.
- LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F. [1987]: «La nueva regulación del calendario laboral y las horas extraordinarias en el Real Decreto-Ley 2001/1986, de 14 de marzo», *Revista de Trabajo*, núm. 86.
- MATÍA PRIM, J. [1977]: «Descanso semanal y anual. Permisos», en AA. VV., *Diecisiete lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales*, Madrid: Universidad de Madrid.
- MARTÍNEZ MORENO, C. [2013]: «La recomposición del sistema de fuentes en la ordenación del tiempo de trabajo», en AA. VV. [Ana Rosa Argüelles Blanco y Ana María Romero Burillo (dirs.)], *Régimen jurídico y gestión racional del tiempo en la empresa*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- MARTÍNEZ YÁÑEZ, N. M. [2013]: «Las fuentes de la distribución irregular de la jornada tras las sucesivas reformas laborales», *Relaciones Laborales*, núm. 5.
- MONREAL BRINGSVAERD, E. [2014]: «La duración de la jornada y los saldos interanuales de horas. A propósito de la última reforma normativa del tiempo de trabajo», *Relaciones Laborales*, núm. 10, octubre.
- [2005]: *La jornada de trabajo: Ley y convenio colectivo*, Madrid: CES.
- [1999]: «Autonomía colectiva e iniciativa empresarial en la distribución irregular de la jornada», *Actualidad Laboral*, tomo 2.
- RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B. [2013]: «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.
- ROQUETA BUJ, R. [2013]: *La flexibilidad interna tras la reforma laboral*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- [2012]: «Artículo 34», en AA. VV., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 2.^a ed., Valladolid: Lex Nova.
- [2008]: «La jornada de trabajo y su determinación», en AA. VV. [José María Goerlich Peset (dir.)], *El tiempo de trabajo en la negociación colectiva*, Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración.
- SEMPERE NAVARRO, A. V. [2010]: «Artículo 34. Jornada», en AA. VV. *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.