

LA FLEXIBILIDAD LABORAL TIENE UN LÍMITE: LOS MÍNIMOS DE DERECHO NECESARIO

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Supremo,
Sala 4.^a, de 16 de abril de 2014, rec. núm. 183/2013**

Francisco Vila Tierno

Profesor Titular. Universidad de Málaga

Magistrado Suplente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Málaga

1. EL MARCO LEGAL: VOLUNTAD LEGISLATIVA DE LA REFORMA LABORAL EN ESTA MATERIA

La tan comentada reforma laboral del año 2012 no se queda únicamente en el despido, en la ultra-actividad o en el descuelgue convencional. Hay otras instituciones que se han visto afectadas a resultas de la omnipresente flexibilidad.

Concretamente, la distribución irregular de la jornada, en la que el antes citado concepto de flexibilidad adquiere centralidad, ha sido objeto de modificación por el legislador para facilitar la adaptación del tiempo de trabajo a las necesidades estrictamente empresariales. A estos efectos, el artículo 34.2 del **ET** introduce la posibilidad de concertar una distribución irregular de la jornada siempre y cuando se atienda a una serie de elementos, entre otros:

- Debe formularse por convenio colectivo o acuerdo de empresa.
- En ausencia del anterior, se concede a la empresa la posibilidad de hacer uso de manera irregular y a lo largo del año, del 10% de la jornada de trabajo.
- Se debe comunicar al trabajador con un preaviso mínimo de cinco días.

Esta versión, fruto de la referida reforma laboral de 2012, introduce una serie de novedades en relación con lo dispuesto antes de la misma –por **RDL 7/2011, de 10 de junio**, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva (BOE de 11 junio)–, pues el **ET** se limitaba a establecer que «Mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año. Dicha distribución deberá respetar en todo caso los periodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en esta Ley», si bien, se había dado pie ya a la flexibilidad que ahora

se consolida de un modo indirecto, puesto que en lugar de concretar en el precepto que ahora se analiza, el 34.2 del [ET](#), todo lo relativo a la distribución irregular de la jornada, se abría una escotilla en un lugar insospechado: el artículo 85.3 i) del [ET](#).

En dicha disposición normativa, reguladora de parte del contenido mínimo del convenio colectivo, se obligaba a que este se pronunciara sobre «medidas para contribuir a la flexibilidad interna en la empresa, que [*favorecieran*] su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda y la estabilidad del empleo en aquella». Y entre las mismas se incluía la de fijar «un porcentaje máximo y mínimo de la jornada de trabajo que [*podría*] distribuirse de manera irregular a lo largo del año», porcentaje que en defecto de pacto sería de un 5 %.

Por último, si nos remontamos a la redacción en el año 2010, podremos observar que no existía ninguna referencia al respecto, salvo lo que se ha señalado en relación con el artículo 34.2 del [ET](#). Sin que la importante reforma laboral acometida ese año afectara a la institución.

Ello quiere decir, que el espíritu reformista y flexibilizador que se aprecia en los sucesivos gobiernos va introduciendo novedades en esta materia y cuya única finalidad consiste en «fortalecer los mecanismos de adaptación de las condiciones de trabajo a las circunstancias concretas que atraviese la empresa», en «favorecer la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción de empleo», según dispone la exposición de motivos de la [Ley 3/2012](#). Exposición de motivos que, curiosamente, no se hace eco de la modificación que dicha ley, en su artículo 9, hace a la redacción al artículo 34.2 del [ET](#) en los términos que hemos indicado.

Estamos, por tanto, en una medida de flexibilidad que parece haberse convertido en el paciente pobre frente a tanta estrella mediática en el contexto de reformas. En cualquier caso, lo que se ha pretendido, claramente y sin ambages, es lo siguiente: por una parte, sustraer del control de la negociación colectiva una parte de la jornada cuya determinación se concede de manera unilateral al empresario con el objeto de que pueda hacer uso de la misma con libertad *casi* absoluta. En segundo lugar, se ha ido aumentando el porcentaje de la misma que ha pasado de un 5 a un 10 %, si bien, de manera muy positiva, se ha introducido la necesidad de comunicar con un mínimo de 5 días de antelación al trabajador (especificando el momento exacto de su realización).

Como última reflexión hay que precisar que seguimos hablando de jornada ordinaria, lo que implica, necesariamente, partir del concepto más amplio de tiempo de trabajo. En este sentido, la empresa encuentra una doble facilidad: utilizar parte de la jornada ordinaria a su antojo o necesidad, sin tener que negociar nada al respecto ni alegar causa alguna a tal fin y, agregar a esta la opción del uso de las horas extraordinarias. Queda, de este modo, bastante abierto el uso y gestión del tiempo de trabajo por la empresa.

Sin embargo, esta flexibilidad no es, como decimos, absoluta. Tiene una serie de límites. Límites que chocan con los mínimos de derecho necesario. En este caso tres: el respeto a los límites de jornada y descansos obligatorios; los porcentajes en manos del empresario y el plazo mínimo de preaviso.

2. EL CASO: SÍNTESIS DEL SUPUESTO DE HECHO

La sentencia que estudia el contenido que ahora nos ocupa es una resolución judicial de escasa extensión, pero de gran contenido didáctico. Y, si bien es cierto que no introduce aspectos esencialmente novedosos en cuanto al obligado respeto a las normas de derecho necesario, sea este absoluto o relativo, sí aporta claridad respecto a los límites de la flexibilidad frente a aquellas.

Viene a resolver una impugnación de convenio colectivo (BOA de 2 de marzo de 2012) instada por la Dirección General de Trabajo (Gobierno de Aragón), contra Grupo El Árbol Distribución y Supermercados, S.A. y el comité de empresa. Estos habían alcanzado un acuerdo en cuya cláusula 25 se venía a disponer que «la empresa podrá flexibilizar la jornada de forma irregular en el 5% de la misma, lo que supone 89 horas al año en contratos a tiempo completo o los que proporcionalmente se correspondan con la jornada pactada. En virtud de la autonomía de las partes, estas horas deberán ser preavisadas con un mínimo de 24 horas y la jornada podría ser ampliada al trabajador con el máximo de 9 horas diarias y durante un máximo de 14 días al mes. En todo caso se respetará el descanso de 12 horas entre jornadas, y las horas de descanso semanal. La compensación de las horas realizadas como consecuencia de la flexibilización se realizará en los tres meses anteriores o posteriores a su realización».

Frente a tal contenido, la citada Dirección General de Trabajo entiende que tal redacción choca con el contenido del artículo 34.2 del ET porque no se respetan derechos indisponibles que se fijan en el mismo.

Un rápido análisis del precepto permite observar que son varios los elementos que deben destacarse:

- a) Se pretenden respetar los límites de descanso entre jornadas e incluso se introduce el tope de jornada en el caso de tratarse de una distribución regular: 9 horas.
- b) Se pacta reducir el porcentaje de distribución irregular a un 5%.
- c) El plazo de preaviso queda limitado a 24 horas de antelación.

El objeto del debate, por tanto, queda circunscrito a esclarecer si es posible la compensación de estos extremos, esto es, rebajar el porcentaje de flexibilidad a cambio de un menor tiempo de preaviso al trabajador. Y si con ello se permite el derecho a la negociación colectiva y al equilibrio de los intereses de las partes.

3. LA DOCTRINA DE LA DECISIÓN: FUNDAMENTOS DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO

De un modo muy simple se resuelve toda la cuestión anterior. Lo que hace el Tribunal Supremo es trasladar los argumentos de una resolución anterior (STS de 25 de enero de 2011, rec.

núm. 216/2009) referida al artículo 37.3 del ET al alcance del artículo 34.2 del ET, para disponer que tanto en uno como en otro caso estamos refiriéndonos a una norma de derecho necesario relativo, que «permite su mejora, pero no su empeoramiento –en ambos casos desde el punto de vista del trabajador– vía convenio colectivo o contrato individual de trabajo».

De este modo, si el convenio colectivo regula una condición que resulta más perjudicial para el trabajador que lo previsto en una norma de superior rango jerárquico, no se cumple lo previsto, de manera taxativa en el artículo 3.3 del ET y, por ende, no respeta el principio de jerarquía normativa consagrado en el artículo 9.3 de la CE. Ello, en ningún caso, supone establecer trabas a la negociación colectiva, como con expresa cita de la doctrina del Tribunal Constitucional se encarga de matizar la sentencia (STC 210/1990, de 20 de diciembre, con cita de SSTC 58/1985, 177/1988 y 171/1989).

Pero, a continuación, aporta el dato más significativo: a la hora de determinar qué es más o menos perjudicial para el trabajador cuando se utiliza el principio de norma mínima, no debe establecerse el criterio de comparación global que se usa en el caso de norma más favorable, sino que debe procederse a una depuración, una por una, de todas y cada una de las condiciones o extremos reguladas de forma paralela en ley y convenio.

La consecuencia de lo anterior es evidente: no puede dejarse al arbitrio de las partes de manera absoluta la regulación de los extremos de la distribución irregular de la jornada, ni aun en los casos en que lo que se está haciendo es limitando o delimitando el contenido del derecho a favor de la empresa que ahora contempla el artículo 34.2 del ET, por más que se alegue que el resultado de lo pactado es el fruto de una compensación de intereses en el que se entiende que no resulta perjudicado el trabajador.

4. TRASCENDENCIA DE LA DECISIÓN Y PROBABILIDAD DE CONSOLIDACIÓN COMO DOCTRINA UNIFICADA VINCULANTE

Resulta especialmente interesante la sentencia, a nuestro modo de ver, porque supone acotar los límites a una flexibilidad que a veces no parece tenerlos.

La tan reiterada flexibilidad, lo que no va a permitir es eludir fronteras que la ley mantiene vigentes y, en este caso, cabe la regulación en beneficio del trabajador, pero no en perjuicio del mismo. Recuérdese la clásica ordenación de las relaciones ley-convenio (MARTÍN VALVERDE y posteriormente GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN), y el concepto de suplementariedad, según el cual una norma permite a otra de rango inferior regular de un modo diferente siempre que se respeten unos mínimos. Y aquí los mínimos están claros como ya se adelantaron en el primer epígrafe: el descanso obligatorio, el máximo a disposición del empresario (10%) y el preaviso mínimo para el trabajador (5 días).

Con esos parámetros que fija la ley, puede la negociación colectiva ajustar de un modo más concreto la regulación adoptándola a las características del ámbito que regula, pero en ningún caso eludir esos topes infranqueables.

En síntesis, deben respetarse, uno por uno, cada uno de los extremos, de manera que, de forma acumulativa, se tiene que no rebasar el tope del 10%, pero también no reducir el mínimo de 5 días (además del descanso obligatorio).

Se configura así una forma clara de entender dónde están los límites de la flexibilidad y que, en nombre de esta, no se admite la desregulación absoluta. Se sientan las bases, de un modo definitivo de cómo deben articularse los supuestos de regulación convencional del porcentaje de distribución irregular de la jornada en manos del empresario. Pero, sobre todo, se fija como criterio perfectamente aplicable a otras hipótesis situadas en el contexto de la flexibilidad interna que la libertad no es absoluta, y que principios como la jerarquía normativa aún existen y que las reformas de los últimos tiempos, especialmente la de 2012, también tiene sus límites.