

LA POTENCIACIÓN DE LOS MECANISMOS DE ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO COMO VÍA PARA FRENAR LA DESTRUCCIÓN DEL EMPLEO

Alberto Pastor Martínez

Xavier Solà Monells

Grup de Recerca Drets dels Treballadors Espanyols i Estrangers (DRELATES) - Institut d'Estudis del Treball (IET), Departament de Dret Públic i de Ciències Historicojurídiques

Universitat Autònoma de Barcelona

albert.pastor@uab.es

xavier.sola@uab.es



Resumen

La Reforma Laboral de 2012 aumentó de forma significativa el margen de maniobra otorgado al empresario para incrementar o disminuir el volumen de horas inicialmente contratado con la finalidad de adaptarlo a las nuevas exigencias del proceso productivo. A tal efecto, se introdujeron diversos cambios en la regulación de la suspensión por causas empresariales que han disparado su utilización, se admitieron las horas extraordinarias en el trabajo a tiempo parcial y se abrió la puerta a modificar el “quantum” de jornada a través de los arts. 41 y 82.3 del TRLET, aunque a día de hoy tal posibilidad resta pendiente de confirmación jurisprudencial. Paralelamente la Reforma Laboral supone un incremento de las posibilidades de distribución flexible de la jornada de trabajo desde la perspectiva empresarial. Este incremento de la flexibilidad en atención a intereses empresariales contrasta con las mayores limitaciones que se establecen cuando la adecuación persigue la conciliación de vida personal y familiar y tiempo de trabajo.

Palabras clave: suspensión, reducción de jornada, regulación temporal de empleo, causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, horas extraordinarias, contrato a tiempo parcial

Abstract

Labour Reform of 2012 has significantly enlarged the employer's faculty to increase or decrease the number of hours initially hired and to change the distribution of them meaning and increase of employer's possibility of schedule changes. This increased flexibility in response to business interests contrasts with the major limitations stipulated when working time adjustments pursue avoiding work-family conflict.

Keywords: suspension of the employment contract, reduction working of time, overtime, part time contracts, work time flexibility, substantial changes to working conditions, conciliation of personal and family life and working time.

Sumario

1. Introducción
2. Los mecanismos de gestión cuantitativa del tiempo de trabajo
 - 2.1. La suspensión por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción
 - 2.2. Otros mecanismos de gestión cuantitativa del tiempo de trabajo
3. La flexibilización de la distribución de la jornada de trabajo
 - 3.1. La individualización de la distribución de la jornada ordinaria
 - 3.2. El impacto de la reforma en los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral

LA POTENCIACIÓN DE LOS MECANISMOS DE ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO COMO VÍA PARA FRENAR LA DESTRUCCIÓN DEL EMPLEO

Alberto Pastor Martínez

Xavier Solà Monells,

Universitat Autònoma de Barcelona

1. Introducción

La Reforma Laboral de 2012 operó importantes cambios en varios elementos relativos a la ordenación del tiempo de trabajo, todos ellos, en palabras del legislador, con el objetivo bien de “fomentar la contratación indefinida y la creación de empleo” bien para introducir “medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción de empleo”¹. La importancia y trascendencia de los cambios se aprecia por la simple constatación de los ámbitos afectados: 1) horas extraordinarias; 2) distribución irregular de la jornada; 3) permisos y reducciones de jornada por cuidado de hijos o familiares; 4) modificación sustancial de las condiciones de trabajo; 5) inaplicación de las condiciones establecidas en convenio colectivo estatutario; y 6) suspensión del contrato de trabajo y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

Nos encontramos ante un elenco de medidas que afectan tanto a la dimensión cuantitativa de la jornada,

¹ Apartados II y III del Preámbulo de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

es decir, a su determinación máxima o número de horas exigible, como a su dimensión cualitativa, esto es, a su distribución, a la forma en que habrán de prestarse esas horas. En uno y otro caso, como veremos, las medidas reformadoras, lejos de ajustarse al parámetro del equilibrio que preconizaban sus autores, atiende de forma primordial a la lógica e interés empresarial. La dialéctica flexiseguridad se decanta, a nuestro juicio, de forma clara por la lógica de la flexibilización sin que, al menos de forma directa, se puedan colegir sus efectos positivos desde la perspectiva de la creación de empleo que pretendidamente justificaba su introducción.

En los epígrafes que siguen procederemos a detallar y valorar los diversos cambios que la Reforma Laboral de 2012 introdujo respecto a la ordenación del tiempo de trabajo, con la perspectiva que otorga su rodaje o puesta en práctica durante poco más de un año. A efectos sistemáticos trataremos en primer lugar las novedades introducidas en los mecanismos de gestión cuantitativa del tiempo de trabajo y, posteriormente, las que afectan a su distribución.

2. Los mecanismos de gestión cuantitativa del tiempo de trabajo

2.1. La suspensión por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción

La Reforma Laboral de 2012 ha introducido cambios importantes en los mecanismos de gestión cuantitativa del tiempo de trabajo, particularmente en la suspensión por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción (en adelante causas empresariales), regulada en el artículo 47 del TRLET. Tal y como se reconoce en el Preámbulo de la norma reformadora el objetivo, en línea con generalizada potenciación de los instrumentos de flexibilidad interna, es “*afianzar este mecanismo alternativo a los despidos*” otorgándole mayor “*agilidad*”, y para ello se introducen diversas modificaciones que sin duda facilitan la utilización de la suspensión por causas empresariales² y aportan

² Excepto en el ámbito de las Administraciones Públicas y las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de una o varias de ellas y de otros organismos públicos, a las que la Disposición Adicional vigésima primera del TRLET, incorporada a través de la Reforma Laboral de 2012, les impide expresamente utilizar las medidas previstas en el art. 47 del TRLET, excepto que “*se financien mayoritariamente con*

algunas mejoras técnicas, pero también generan algunos desequilibrios peligrosos. Como era previsible y ponen de manifiesto los datos estadísticos facilitados por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, la utilización de esta medida se ha incrementado notablemente tras esos cambios normativos: si el año 2011 se adoptaron un total de 27.838 suspensiones y reducciones de jornada que afectaron a 275.648 personas, en 2012 fueron 27.838 y 376.249, respectivamente³.

La suspensión por causas empresariales desarrolla una función de enorme importancia, dado que permite al empleador la disminución temporal del volumen de trabajo inicialmente contratado con reducción proporcional de salario para ajustarlo a las necesidades coyunturales de la empresa. Tal función puede desarrollarse además con notable flexibilidad, por cuanto se admite tanto la suspensión continua (suspensión por un mes, dos meses, etc.) como discontinua (suspensión de dos horas diarias, dos días a la semana, una semana al mes, etc.). Esta última corresponde a la medida que la norma legal denomina “*reducción de jornada*”, regulada expresamente desde la Reforma Laboral de 2010 y formalmente diferenciada de la suspensión, aunque en realidad sea una variante de la misma.

De todas las modificaciones introducidas en la regulación de la suspensión por causas empresariales a través de la Reforma Laboral de 2012, que posteriormente se han confirmado y concretado con la aprobación del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y de reducción de jornada (en adelante RDCSR), destacan particularmente tres: las referidas a la delimitación de las causas justificativas, al

ingresos obtenidos como contraprestación de operaciones realizadas en el mercado”. Esta previsión ha sido fuertemente criticada por la mayoría de la doctrina, que la considera injustificada. Sirva como ejemplo González Ortega, Santiago: “Suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”, en la obra colectiva *La regulación del mercado laboral*, Lex Nova, Valladolid, 2012, página 304.

³ Cuadros REG.-2 y REG 3 del *Boletín de Estadísticas Laborales* (<http://www.empleo.gob.es/estadisticas/bel/> consultado el 10 de abril de 2013).

procedimiento a seguir y a los incentivos en materia de Seguridad Social.

Por lo que concierne, en primer lugar, a la delimitación de las **causas justificativas**, tanto el art. 45.1 j) como el art. 47.1 y 47.2 del TRLET condicionan la posibilidad de utilizar la suspensión y la reducción de jornada por causas empresariales a la concurrencia de “*causas económicas, técnicas, organizativas o de producción*”. Esta expresión también se emplea para designar los requisitos sustanciales de las medidas extintivas previstas en los arts. 51 y 52 c) del TRLET y, con algunas pequeñas variaciones, los de las modificativas reguladas en los arts. 40, 41 y 82.3 de la misma norma. En el ámbito suspensivo la expresión entrecomillada había resultado tradicionalmente muy difícil de interpretar, dado que, a diferencia de lo que sucedía en esos otros casos, no existía ninguna regla directamente encaminada a concretar su significado; un significado que sólo se desvelaba de forma parcial e indirecta a través de un criterio de actuación dirigido genéricamente a la Autoridad Laboral encargada de autorizar la utilización de las medidas temporales de regulación de empleo

La Reforma Laboral de 2012 implica en este punto un importante paso adelante, porque introduce en los párrafos 2º y 3º del art. 47.1 del TRLET indicaciones específicas para interpretar el significado de las causas empresariales suspensivas. Como se comprobará de inmediato, la fórmula utilizada sigue el mismo esquema que los criterios establecidos para la interpretación de las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en otros contextos y coincide exactamente con la empleada en el art. 82.3 del TRLET para determinar cuándo procede la inaplicación de condiciones previstas en convenios colectivos estatutarios.

La causa económica se identifica con una “*situación económica negativa*” que puede concretarse en situaciones como “*la existencia de pérdidas actuales o previstas*” o “*la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas*”, precisándose que “*en todo caso se entenderá que la disminución es persistente si durante dos trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior*”. Por lo que refiere a las causas técnicas, organizativas y de producción, se identifican,

respectivamente, con los cambios “*en el ámbito de los medios o instrumentos de producción*”, “*en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción*” y “*en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretenda colocar en el mercado*”. La especificación introducida respecto a la causa económica, que es una de las aportaciones más destacadas de la Reforma Laboral de 2012, es la que en la práctica está llamada a tener mayor trascendencia, al otorgar al empresario una pauta segura y de baja exigencia para acceder con garantías a la suspensión por causas empresariales⁴.

Lo que no queda claro en el nuevo marco legal es si la situación habilitante debe tener alcance coyuntural; un rasgo que anteriormente se exigía de forma expresa y que impedía acudir a las medidas del artículo 47 del TRLET cuando la dificultad que se afrontaba era de tipo estructural o permanente. El desarrollo reglamentario ha resuelto la cuestión en sentido afirmativo, dado que el art. 16.3 RDCSR establece que “*el alcance y duración de las medidas de suspensión de los contratos o de reducción de jornada se adecuarán expresamente a la situación coyuntural que se pretende superar*” y posteriormente el art. 18.1 de la misma norma requiere que la documentación justificativa a presentar acredite “*que se trata de una situación coyuntural de la actividad de la empresa*”. Aunque probablemente hubiera sido mejor que tal clarificación se efectuase dentro de los criterios de interpretación ofrecidos por la norma estatutaria, la precisión efectuada a nivel reglamentario no plantea problemas de legalidad (complementa a la delimitación legal, que es extremadamente amplia, sin entrar en contradicción con ella) y consolida un rasgo tradicional y distintivo de la situación habilitante de las medidas del art. 47 del TRLET (hasta la Ley 11/1994, de 19 mayo, no se incorpora a nivel normativo, pero anteriormente ya se exigía, tanto por parte de la doctrina ya lo exigía, como

a nivel administrativo y judicial), que tiene una importante trascendencia práctica.

En efecto, una situación coyuntural es una situación temporalmente limitada, es decir, transitoria o provisional. Así pues, no podrá plantearse la utilización de la suspensión por causas empresariales como mal menor ante un problema que presente notas de estabilidad o permanencia, ni tampoco para afrontar dificultades que se reiteran periódicamente, como los supuestos que se han denominado de “*sobredimensionamiento cíclico estructural*”, consistentes en excesos de “*stocks*” que se producen de forma estacional, particularmente frecuentes en el sector del automóvil. Aunque a nivel teórico el significado del término coyuntural puede establecerse sin excesivas dificultades su aplicación práctica puede resultar bastante problemática. En algunos supuestos la transitoriedad de la situación será evidente, pero en otros no podrá apreciarse a primera vista y obligará a realizar un análisis minucioso, atento a las circunstancias de cada supuesto (pérdidas, exceso de capacidad productiva, etc.). Para estos últimos casos es difícil establecer reglas generales, dado que el carácter temporal o estructural de la situación dependerá de muchos factores y no puede reconducirse a parámetros unitarios.

Interesa destacar, finalmente, que en la actualidad no se requiere expresamente ninguna conexión entre la suspensión o reducción de jornada por causas empresariales y la situación que debe afrontarse con ellas. Al igual que en el ámbito extintivo, las indicaciones introducidas por la Reforma Laboral de 2012 para determinar el significado de las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, han llevado a que ya no se exija que aquellas medidas constituyan una contribución necesaria para superar la situación en la que se encuentra la empresa, lo cual equivalía a exigir que la medida suspensiva fuese adecuada o razonable. En el actual contexto normativo sólo se impone la concurrencia y acreditación de una determinada situación empresarial, aunque esa correlación ahora silenciada por la ley constituye una exigencia lógica y es probable que los órganos judiciales no se resistan a valorarla cuando revisen las medidas de suspensión y reducción de jornada por causas empresariales.

El **procedimiento para adoptar una suspensión por causas empresariales** también fue modificado en

⁴ Los datos sobre las motivos que han fundamentado las suspensiones adoptadas en 2012 ponen de manifiesto que la alegación de la causa económica ha crecido más de diez puntos porcentuales: si en 2011 el número de trabajadores afectados por una suspensión (en sentido estricto, dejando al margen las reducciones de jornada) motivada por esta causa fue de 96.738 sobre un total de 215.012 (44,5 %) en 2012 fueron 160.237 sobre 284386 (56,3 %). Cuadro REG-23 del *Boletín de Estadísticas Laborales* (<http://www.empleo.gob.es/estadisticas/bel/> consultado el 10 de abril de 2013).

profundidad por la Reforma Laboral de 2012 y sin ninguna duda la novedad más significativa es la supresión de la exigencia de autorización administrativa previa, en paralelo a lo que sucede en el ámbito del despido colectivo.

Las nuevas reglas procedimentales contenidas en el art. 47.2 del TRLET y 16 a 24 del RDCSR suponen una importante marginación de la autoridad laboral, que pasa de tener un control absoluto de las medidas a través de la facultad autorizatoria a un rol muy secundario, que se limita a recibir información sobre la pretensión empresarial (el empleador debe trasladarle tanto la comunicación de inicio del procedimiento, junto con la documentación acreditativa, como la decisión finalmente adoptada tras la negociación con la representación de la plantilla) y realizar un seguimiento externo del procedimiento, con posibilidad de instar su revisión judicial “*a posteriori*” a través de una impugnación de oficio si se aprecian determinadas irregularidades.

Buena muestra de la pérdida de peso de la administración es la forma como se configura esa facultad de seguimiento. Distintos preceptos reconocen a la autoridad laboral la posibilidad de formular “*advertencias*” y “*recomendaciones*”, tanto a la parte laboral como, sobre todo, a la empresarial, cuando considere que su actuación no se ajusta al marco normativo. Tal posibilidad se prevé, en concreto, respecto a dos hipótesis: primera, para corregir las deficiencias que se observen en la comunicación que inicia el procedimiento art. 19.4 RDCSR; segunda, para contribuir a la “*efectividad del período de consultas*” (art. 21.1 RDCSR). En ambos casos se prevé la remisión de una copia del escrito a la otra parte (empresario o representantes de los trabajadores) y a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, señalando expresamente que “*no supondrán, en ningún caso, la paralización ni la suspensión del procedimiento*”. Respecto a las advertencias y recomendaciones realizadas en relación al período de consultas se prevé adicionalmente que la obligación empresarial de responderlas por escrito antes de la finalización de dicha fase de negociación, aunque no se establece ninguna sanción concreta en caso de incumplimiento. Todo ello pone de manifiesto un evidente deseo de marcar distancia con el marco normativo precedente e impedir que la autoridad laboral pueda bloquear la adopción de las medidas, por

muy graves que sean las irregularidades que observe, apostando por un sistema de control judicial “*ex post*” y a instancia de parte.

La representación de los trabajadores y trabajadoras continúa teniendo un papel fundamental en el procedimiento de suspensión por causas empresariales que se instaura con la Reforma Laboral de 2012, dado que el empleador que desee adoptar esta medida queda obligado a abrir un “*período de consultas*” o negociación sobre su pretensión, aunque no sea imprescindible llegar a un acuerdo sino tan solo intentarlo durante un máximo de 15 días, quedando habilitado –una vez transcurrido ese plazo– a ponerla en práctica en los términos que estime convenientes o, en su caso, en los términos acordados. La nueva regulación incorpora algunas previsiones que pretenden ordenar e impulsar el desarrollo de la negociación (obligación de fijar un calendario de negociación, fijación de un mínimo de dos reuniones, obligación de levantar acta de cada reunión, etc.) y que deben valorarse positivamente, pero también implica algunos cambios de difícil justificación (el objeto de la negociación se reduce a la medida propuesta por el empleador, sin que se exija ya –al menos de forma expresa– valorar fórmulas para atenuar los perjuicios que sufrirán las personas afectadas).

Al margen de estos ajustes, conviene tener presente la incidencia que la supresión de la exigencia de autorización administrativa puede tener sobre el período de consultas. En el sistema anterior la suscripción de un acuerdo con la representación colectiva prácticamente garantizada la concesión de la autorización administrativa, porque la autoridad laboral tendía a homologar sistemáticamente las solicitudes consensuadas tras comprobar la inexistencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, mientras que, por el contrario, en caso de desacuerdo la intervención administrativa era de mayor intensidad y la obtención de la autorización mucho más dificultosa. Ello constituía un incentivo que potenciaba el período de consultas, porque hacía que la parte empresarial estuviese especialmente interesada en la negociación y dispuesta a realizar concesiones para alcanzar el consenso; un incentivo que no ofrece el actual sistema, dado que el empresario puede proceder a la adopción de la medida tanto si la negociación fructifica como si no. Se produce, indirectamente, un debilitamiento del

papel de la representación colectiva que previsiblemente derivará en un menor porcentaje de acuerdo o, como mínimo, en una menor capacidad de modular a la baja el planteamiento inicial de la parte empresarial y comprometerla a adoptar medidas que reduzcan los perjuicios que sufrirán las personas afectadas.

Finalmente, por lo que refiere a los **incentivos en materia de Seguridad Social**, la Reforma Laboral de 2012 prorrogó dos mecanismos creados a través el Real Decreto-ley 2/2009, de 6 de marzo, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas, que en principio debían tener un alcance meramente transitorio pero que se han ido manteniendo sin solución de continuidad a través de diversas modificaciones legales⁵. Nos referimos, en concreto, a la bonificación de cotizaciones, que permite un ahorro del 50 % en la cuota empresarial por contingencias comunes correspondientes a las relaciones laborales que se hallen en suspensión por causas empresariales (con un límite de 240 días por trabajador o trabajadora y siempre que se les mantenga en el empleo como mínimo durante un año con posterioridad a la finalización de la medida suspensiva), y al denominado “*derecho de reposición*”, que implica la consideración como no consumidas de las prestaciones contributivas por desempleo cobradas durante las suspensiones (tanto continuas como discontinuas, incluyendo por tanto las reducciones de jornada) cuando poco tiempo después se produce un despido por causas empresariales. El Real Decreto-ley 1/2013, de 25 de enero, por el que se prorroga el programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo y se adoptan otras medidas urgentes para el empleo y la protección social de las personas desempleadas, ha prorrogado de nuevo la vigencia de este último mecanismo hasta finales del año 2014.

Resulta indiscutible que en la práctica estos incentivos, particularmente la reposición de prestaciones, han estimulado notablemente la obtención de acuerdos durante el período de consultas y, consecuentemente, el recurso a la suspensión por causas empresariales, al

⁵ Por ello lo más lógico, en aras a la seguridad jurídica y a la optimización de la función que desarrollan, sería consolidar definitivamente esos incentivos, como propone Falguera Baró, Miquel Àngel: “El Real Decreto-ley 3/2012: más ideología que empleo”, *Jurisdicción Social*, número 117, 2012, página 250.

disminuir y en algunos casos incluso eliminar las secuelas que genera en la protección por desempleo el paso por una situación suspensiva⁶. No cabe olvidar, sin embargo, que su puesta en práctica requiere una importante inyección de dinero público (difícil de cuantificar, dado que no existe información al respecto) y por ello resulta esencial garantizar su correcta utilización; una garantía difícil de obtener en el actual contexto normativo, donde la autoridad laboral ya no puede ejercer un control directo y existe un riesgo evidente de que se acuda a la suspensión por causas empresariales sin que concurren dificultades que lo justifiquen o para afrontar problemas de carácter estructural que no pueden remediarse con esa medida transitoria, con el beneplácito de todas las partes implicadas porque constituye un mal menor y permite ganar tiempo.

2.2. Otros mecanismos de gestión cuantitativa del tiempo de trabajo

Al margen de los cambios introducidos en la suspensión por causas empresariales, la Reforma Laboral de 2012 ha incidido también sobre otros mecanismos de gestión cuantitativa del tiempo de trabajo aumentando el margen de maniobra otorgado al empresario para incrementar y disminuir el volumen de horas inicialmente contratado con la finalidad de adaptarlo a las nuevas exigencias del proceso productivo.

Destaca, en primer lugar, la admisión con carácter general de las horas extraordinarias en el contrato a tiempo parcial (en adelante CTP). Con anterioridad a la Reforma Laboral de 2012 el art. 12.4.c del TRLET sólo las permitía en casos excepcionales, cuando fuesen necesarias “*para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes*”, mientras que en la actualidad su versión reformada las admite con dos únicos límites: primero, que no se supere el número máximo de horas extraordinarias anuales legalmente previsto, que debe ajustarse en proporción a la jornada

⁶ Así lo han destacado diversos autores, como por ejemplo González Ortega, Santiago: “Suspensión del contrato...”, obra citada, página 286. También en este punto los datos estadísticos son absolutamente reveladores: el año 2009, que es el primer en el que están vigentes los incentivos, el número de suspensiones y reducciones de jornada autorizadas se eleva a 15.449 (3.335 en 2008) y el número de personas afectadas a 485.806 (107.516 en 2008). Cuadros REG-2 y REG 3 del *Boletín de Estadísticas Laborales* (<http://www.empleo.gob.es/estadisticas/bel/> consultado el 10 de abril de 2013).

ordinaria estipulada en cada caso; y segundo, que la suma de las horas extraordinarias y las complementarias no supere el límite que define el CTP.

Cuando se consiga pactar la realización de horas extraordinarias y también de horas complementarias que, no cabe olvidarlo, pueden suponer un incremento de entre un 15 % y un 60 % de las horas ordinarias⁷, el empresario queda automáticamente facultado para efectuar incrementos muy significativos de la jornada de trabajo de forma puntual o permanente, en función de sus necesidades, de forma que las horas de trabajo efectivamente realizadas resulten bastante superiores a las estipuladas en el contrato como jornada ordinaria. La consecución de tales pactos no parece demasiado complicada en el actual contexto si el empresario está interesado en disponer de esa flexibilidad. Es previsible, por tanto, que en el momento de ofertar y suscribir el CTP el empresario opte por fijar a la baja el número de horas ordinarias, porque ello le generará un menor compromiso y siempre que sea necesario podrá incrementarlo. Todo ello acaba generando una mayor precariedad en las personas que prestan servicios en el marco de un CTP, que pueden encontrarse realizando habitualmente una jornada de, por ejemplo, unas 18 horas semanales de las cuales sólo 10 están “*garantizadas*” y el resto depende de la conveniencia empresarial.

Bastante más complejo resulta determinar la posibilidad de alterar el volumen de horas de trabajo inicialmente contratado a través de los mecanismos previstos en los arts. 41 y 82.3 del TRLET, esto es, mediante la modificación sustancial de condiciones de trabajo y la inaplicación de condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo estatutario. Ambos mecanismos se han visto significativamente alterados por la Reforma Laboral de 2012 con el expreso deseo de incrementar su potencialidad y fomentar su utilización. ¿Es posible reducir el volumen de la jornada -con o sin reducción salarial proporcional- por alguna de esas dos vías, con carácter transitorio o definitivo? Se trata sin duda ante una cuestión compleja, que a día de hoy no dispone de una respuesta clara ni a nivel doctrinal ni en el ámbito

⁷ El art. 12.5.c) del TRLET establece con carácter general que el número de horas complementarias no puede superar el 15 % de las horas ordinarias pero admite que este porcentaje se eleve hasta un máximo del 60 % a través de convenio colectivo sectorial o, en su defecto, de ámbito inferior.

jurisprudencial, pero respecto a la cual resulta obligado posicionarse.

Son diversas las variantes en las que puede plantearse esa cuestión y conviene empezar por la menos conflictiva, que a nuestro entender son los casos donde la variación de la jornada suponga la traspasar la barrera que delimita el contrato a tiempo completo del CTP, esto es, cuando suponga la conversión de un CTP en un contrato a tiempo completo o viceversa. En tales casos el art. 12.4.e) del TRLET, que no ha resultado afectado por la Reforma Laboral de 2012, niega expresamente la posibilidad de hacer efectivo el cambio a través del art. 41 del TRLET (que sería la vía oportuna cuando la jornada venga establecida por acuerdo individual, pacto de empresa o convenio colectivo extraestatutario) y afirma con contundencia que el mismo “*tendrá siempre carácter voluntario*”, lo cual debería llevar también a excluir la vía del art. 82.3 del TRLET (la correspondiente cuando la jornada se haya fijado a través de convenio colectivo estatutario).

Ahora bien, ¿cuál es la respuesta cuando, por ejemplo, sólo se altera el número de horas ordinarias de un CTP sin traspasar la barrera que lo define o se modifica la jornada prevista en un convenio colectivo estatutario con carácter general para todos los sujetos a los que resulta aplicable?⁸ Existen varios argumentos que permiten defender en tales hipótesis la posibilidad de alterar el volumen de jornada a través de los arts. 41 y 82.3 del TRLET, en función de la vía que en cada caso corresponda: primero, la “*jornada de trabajo*” se incluye expresamente en el listado de condiciones susceptibles de modificación (junto con una referencia a la “*distribución del tiempo de trabajo*”, que fuerza a interpretar la primera en sentido cuantitativo); segundo, tras la Reforma Laboral de 2012 pueden operarse modificaciones de gran intensidad, como por ejemplo la reducción de la cuantía salarial (admisibles ahora por cualquiera de aquellas dos vías) sin alterar el volumen de jornada, lo cual supone alterar la correlación existente entre ambos parámetros; etc. No obstante, también pueden esgrimirse argumentos en sentido contrario. Si se atiende a la condición de mecanismo subsidiario o “*cajón de sastre*” que

⁸ Ello supondría alterar la “*jornada a tiempo completo*” que se utiliza como parámetro de referencia para definir el CTP pero no implicaría ningún cambio de modalidad contractual y, por tanto, no se vería afectada por la regla establecida en el art. 12.4.e) del TRLET.

indiscutiblemente tiene el art. 41 del TRLET y que también puede atribuirse al 82.3 del TRLET, quedarían excluidos todos los cambios que disponen de un canal específico, como por ejemplo el incremento de la jornada ordinaria en los CTP (horas complementarias y horas extraordinarias) o la disminución de jornada con reducción proporcional de salario cuando reviste carácter temporal (art. 47 del TRLET). Conviene tener presente, además, que este último cambio, si eventualmente pudiese hacerse efectivo con carácter temporal o definitivo a través de los arts. 41 y 82.3 del TRLET –posibilidad que resulta cuanto menos discutible– no permitiría acudir, por muy significativa que fuese la reducción, a la protección por desempleo, dado que el art. 208.2 del TRLGSS sólo cubre las reducciones de jornada previstas en el art. 47 de la norma estatutaria.

En resumidas cuentas, las reflexiones expuestas ponen de manifiesto, nos hallamos ante uno de los problemas más complejos que la Reforma Laboral de 2012 ha dejado sobre la mesa, que a buen seguro la jurisprudencia deberá afrontar en un futuro no muy lejano.

3. La flexibilización de la distribución de la jornada de trabajo

3.1. La individualización de la distribución de la jornada ordinaria

En la ordenación del tiempo de trabajo, junto a la variable cuantitativa a la que nos acabamos de referir, resulta imprescindible referirnos a su distribución, esto es, a la forma en que la jornada pactada ha de realizarse o distribuirse a lo largo del tiempo. En esta dimensión cualitativa de la jornada subyace claramente una dialéctica entre el interés empresarial, focalizado principalmente a la consecución de la mayor flexibilidad posible, y el interés de los trabajadores en orden a asegurarse una cierta regularidad o, cuando menos, una previsibilidad, en la realización de la jornada que posibilite la compatibilización del tiempo de trabajo con los otros tiempos vitales.

La conciliación de ambas lógicas e intereses se había construido hasta la reforma del 2012 básicamente en el juego articulado de la ley y la autonomía colectiva. Así, el Estatuto de los Trabajadores establecía unos límites a

la distribución de la jornada ordinaria (básicamente y a nuestros efectos los más relevantes eran las 40 horas semanales y las 9 horas de jornada ordinaria diarias⁹) pero autorizaba a que por convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores se pudiese acordar la realización de jornadas ordinarias que superasen aquellos límites. Únicamente a través de estas vías colectivas, excluyéndose, por lo tanto, el contrato de trabajo o la decisión unilateral empresarial, podía acordarse, lo que la normativa denomina, distribución irregular de la jornada ordinaria¹⁰.

La reforma laboral del 2012 ha dejado inalterados los límites legales a la distribución de la jornada y las posibilidades de que por convenio o, en su defecto acuerdo de empresa, se pueda acordar una distribución irregular de la jornada, el cambio viene dado por el reconocimiento, en defecto de pacto en convenio o de acuerdo con los representantes, de una facultad empresarial de distribuir irregularmente a lo largo del año el diez por ciento de la jornada de trabajo. De esta forma, ahora el empresario, sin necesidad del concurso de la autonomía colectiva podrá acordar que un volumen de horas equivalente al 10% de la jornada de trabajo pueda distribuirse a lo largo del año.

Nos encontramos ante una reforma que tiene importantes repercusiones en lo que se refiere a la flexibilidad de la gestión del tiempo de trabajo y en el

⁹ A dichos límites se deben añadir el descanso intrajornadas de 15 minutos para las jornadas continuadas superiores a las 6 horas (art. 34.4 ET), el descanso inter jornadas de 12 horas (art. 34.3 ET), el descanso semanal de un día y medio (art. 37.1 ET), las vacaciones anuales de 30 días (art. 38 ET) y los 14 días festivos prescritos por la ley (art. 37.2 ET).

¹⁰ De esta forma, desde un plano individual, la superación de aquellos umbrales sólo podía venir dada a través de la realización de horas extraordinarias. Ha de tenerse en cuenta, que aunque inicialmente las horas extraordinarias se adicionan a la jornada ordinaria, y por ello inciden en principio en la dimensión cuantitativa, la posibilidad de compensarlas con tiempo de descanso las convierte también en un instrumento hábil para conseguir una distribución irregular de la jornada que supere los límites de las 40 horas semanales y 9 horas diarias. Una vía en la que no será necesario el concurso de la representación de los trabajadores pero que encuentra una importante limitación como instrumento de ordenación de la jornada en el carácter voluntario que, en principio y como regla general, tiene la realización de horas extraordinarias... El límite legal de 80 horas extraordinarias anuales constituye otra limitación a su idoneidad como mecanismo de distribución irregular de la jornada si bien en este caso de menor importancia, por cuanto se excluyen de dicho cómputo aquéllas que se hubieran compensado con tiempo de descanso en los cuatro meses siguientes a su realización.

rol que en dicha gestión tienen los agentes sociales. Por ello resulta, cuando menos, sorprendente que un cambio de este calado haya sido omitido por el legislador en la Exposición de motivos que justifica las medidas adoptadas. Aunque ese olvido nos priva de saber de primera mano cuales han sido las motivaciones u objetivos perseguidos por el legislador al adoptarla, no se nos oculta que esta medida tiene como una de sus finalidades, –aunque no la única como se verá–, la potenciación de la flexibilidad interna. Conviene advertir, sin embargo, que el legislador no ha establecido ninguna garantía para que esa flexibilidad actúe como una alternativa a la destrucción de empleo. Lógica que, según la Exposición de motivos, inspira con carácter general las medidas flexibilizadoras introducidas por la reforma.

La finalidad flexibilizadora se aprecia en la configuración objetiva con que el legislador configura la distribución irregular de la jornada, pero sobretodo en el reconocimiento de un poder empresarial de carácter unilateral para su establecimiento. Cabría afirmar que la novedad radica no tanto en la posibilidad ya existente de distribuir irregularmente la jornada, aunque como se verá también parece querer el legislador profundizar en su alcance, sino en quién lo podrá hacer. La reforma refuerza la unilateralidad del poder empresarial y relega a un segundo plano a la negociación colectiva al hacer prescindible al convenio o al acuerdo entre empresario y representantes de los trabajadores. Un cambio que tiene importantes repercusiones ya no sólo en la capacidad de intervención de los agentes sociales en la regulación de la ordenación del tiempo de trabajo sino en su propia posición en las mesas negociadoras.

Con la anterior regulación, al requerirse el acuerdo de los negociadores para incorporar ciertos elementos de flexibilidad en la ordenación del tiempo de trabajo, ésta se había convertido en un elemento central de negociación y factor de intercambio en los procesos negociadores. La necesidad del acuerdo, el carácter necesariamente negociado que tenía la distribución irregular de la jornada, había sido utilizado por los negociadores para obtener importantes transacciones en las mesas negociadoras. En no pocas ocasiones, la distribución irregular de la jornada se había empleado como *quid pro quo*, como elemento de intercambio para la consecución de compromisos en materia de

empleo, y ello tanto en un plano cuantitativo como cualitativo¹¹. Se trataba de convenios y, sobretodo, acuerdos de empresa en los que la introducción de una gestión flexible del tiempo de trabajo se configuraba como una contrapartida al compromiso empresarial de mejora de la estabilidad en el empleo, ya fuese mediante la conversión de contratos temporales en indefinidos, bien mediante la limitación de la contratación externa vía ETTs, y, aunque ello de manera menos frecuente, el compromiso empresarial consiste en la creación de empleo o de mantenimiento del nivel de empleo¹².

Adicionalmente el carácter esencial o constitutivo de la negociación colectiva había determinado que la negociación colectiva se convirtiese en el instrumento fundamental de regulación y ordenación de la distribución irregular de la jornada. El convenio y/o el acuerdo de empresa establecían el marco jurídico regulador al que debía de ajustarse la realización de la distribución irregular estableciendo cláusulas que, por ejemplo, exigían una causalización, el preaviso, una limitación cuantitativa del número de horas distribuible irregularmente, se calendarizaba su realización, entre otras posibles.

El reconocimiento de la facultad empresarial de distribuir irregularmente un 10% de la jornada que ha supuesto la reforma del 2012 no impide *per se* que la autonomía colectiva continúe desarrollando esa función constitutiva y reguladora, pero ahora, ya no será necesaria. Si en la negociación del convenio o el acuerdo de empresa, empresarios y trabajadores no alcanzan un acuerdo, los primeros, por disposición legal, podrán distribuir irregularmente la jornada. El acuerdo con los representantes de los trabajadores sólo será necesario cuando la distribución irregular pretenda superar las ya de por sí amplias posibilidades que ofrece

¹¹ Ello sin perjuicio de que las cláusulas de empleo, –entendiendo por tales aquellas dirigidas a la creación neta de empleo; mantenimiento del volumen de empleo; conversión de empleo temporal en fijo, a la mejora de la formación de los trabajadores–, haya sido un ámbito tradicionalmente marginado por la negociación colectiva desarrollada en España. Sempere Navarro, Antonio V. y Nicolás Franco, Alberto: “Las cláusulas de empleo en la negociación colectiva”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 33, 1998.

¹² Véase al respecto Serrano Olivares, Raquel: *Los compromisos de empleo en la negociación colectiva*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2003.

la ley. Es posible, de esta forma, afirmar que la unilateralidad consagrada en esta materia por la ley supone un fuerte desapoderamiento de la parte social en la mesa negociadora¹³.

Asimismo y también en relación a los supuestos en que será admisible la distribución irregular de la jornada debe destacarse que las reformas, en este caso las del 2011 y las del 2012, han supuesto la prioridad aplicativa del convenio de empresa respecto a aquello que se hubiera podido acordar a nivel sectorial. Así, suponiendo que las partes hubiesen podido acordar a nivel sectorial una determinada regulación de la distribución irregular de la jornada, por ejemplo, exigiendo la concurrencia de causas, calendarizándola o, limitándola cuantitativamente, un posterior convenio de empresa, en base al art.84.2 del ET, podría establecer una regulación alternativa a aquella. Sin que la ley haya condicionado esa dispositivización del convenio sectorial a causa o condición alguna y, vetando, al convenio sectorial a que pueda hacerlo¹⁴.

En relación a la configuración objetiva de la distribución irregular de la jornada debe señalarse que el legislador reconoce una amplia capacidad en términos cuantitativos que se traduce en un 10% de la jornada. Esta cuantía, que sigue la que establecieron los agentes sociales en el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014 (BOE 6 de febrero de 2012), pero que es un 5% superior a la que se

¹³ A esta pérdida de poder negociador de la parte social se debe añadir la que se deriva con carácter general en los procesos de negociación como consecuencia de la limitación legal de la ultra actividad a un año desde la finalización de la vigencia del convenio. Recuérdese que con la nueva regulación del art. 86.3 del ET, también fruto de la reforma del 2012, una vez que transcurra un año desde la finalización del anterior convenio sin que se haya alcanzado un nuevo acuerdo o dictado un laudo arbitral, aquél, salvo pacto en contrario, dejara de ser eficaz y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación.

¹⁴ La reforma en el año 2011 del art. 84 del ET supuso una clara potenciación del convenio colectivo de empresa, especialmente evidente, en la regulación del tiempo de trabajo al otorgarle preferencia aplicativa respecto a los sectoriales en materia de 1) horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones; 2) las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal y 3) el abono o compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos. La reforma del 2012, supuso, como corolario que la negociación colectiva sectorial no pudiese establecer limitaciones a esa posible descentralización.

estableció en un momento inicial de la reforma¹⁵, supone para la empresa, si tomamos como referente una jornada media de 1800 horas, la posibilidad de distribuir irregularmente anualmente hasta 180 horas¹⁶.

La distribución, por imperativo legal, deberá respetar en todo caso los períodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la Ley y el trabajador deberá conocer con un preaviso mínimo de cinco días el día y la hora de la prestación de trabajo resultante de aquella. Por último, y en relación también a la configuración objetiva de la distribución irregular, señalar que el legislador continua sin establecer de forma clara si dicha facultad ampara, ya no sólo la superación de las 40 horas semanales y 9 diarias, sino también la alteración de los días establecidos como laborables en el calendario elaborado por la empresa o acordado colectivamente, de forma, que permita entender que la distribución irregular permite la realización de trabajo ordinario en días distintos a los establecidos como laborables. Aunque a nuestro juicio, la distribución irregular no ampara dicha facultad modificativa, que debería canalizarse a través del procedimiento pertinente, serán los Tribunales los que tengan que pronunciarse en último término¹⁷.

3.2. El impacto de la reforma en los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral

Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral constituye el segundo de los ámbitos relativos a la distribución del tiempo de trabajo en los que la Reforma Laboral de 2012 incide. Aun cuando los cambios no alteran el conjunto de derechos reconocidos, que permanece inalterado, y en algunos supuestos recogen mejoras técnicas que solventan algunos problemas aplicativos existentes¹⁸, la reforma

¹⁵ El Real Decreto Ley 3/2012 estableció un porcentaje del 5%. Fue en la tramitación de la Ley 3/2012 cuando se estableció el 10% final.

¹⁶ A las que cabría añadir, en su caso, las horas extraordinarias utilizadas, con las limitaciones ya comentadas, como mecanismo de distribución irregular.

¹⁷ El II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014 diferenciaba claramente ambas situaciones aunque posibilitaba que las partes pudieran acordar también la modificación/ampliación del número de días laborables. Así establecía que «los convenios colectivos deberían posibilitar que el empresario disponga de una bolsa de cinco días (o 40 horas) al año que podrá alterar en la distribución prevista en el calendario anual».

¹⁸ Ocurre ello en relación al permiso de lactancia. Si antes este derecho se atribuía legalmente a las “trabajadoras”, la nueva

ha supuesto una importante limitación en las capacidades de gestión flexible del tiempo de trabajo desde la perspectiva de la conciliación de la vida laboral y familiar que resulta especialmente evidente en lo que al permiso por cuidado de menores o familiares se refiere.

El primero de los aspectos reformados en relación al derecho a la conciliación se refiere al art. 34.8 del ET. En un redactado que la reforma deja inalterado, el primer párrafo del precepto establece que «el trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquélla». Una previsión idónea, al menos potencialmente, para conseguir una mayor capacidad de adaptación del tiempo de trabajo a los tiempos vitales y sociales del trabajador. Ocurre, sin embargo, que la mayor parte de la doctrina ha considerado que no resulta de directa aplicación por considerar que su ejercicio requiere de un ulterior desarrollo en convenio colectivo o en el acuerdo que se alcance con el empresario. Habiéndose considerado, de esta forma, que es el convenio o el acuerdo individual los que determinarán su eventual ejercicio. Aún cuando existen argumentos, a nuestro juicio, para defender que la ley reconoce un auténtico derecho por parte del trabajador¹⁹, en cualquier caso, conviene destacar que la Reforma Laboral ha supuesto la pérdida de una oportunidad para reforzar la eficacia de este auténtico derecho a la flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo desde la perspectiva de las necesidades personales y familiares. El legislador lejos de asegurar la efectividad de este derecho, con el necesario respeto y garantías para el legítimo ejercicio de la actividad empresarial, se ha limitado a añadir que «a tal fin, se promoverá la utilización de la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que permitan la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida familiar personal, familiar, y

redacción del art. 37.4 del ET reconoce ahora la titularidad de ambos progenitores, si bien, que limitando su disfrute a uno de los progenitores cuando ambos trabajen.

¹⁹ Véanse los razonamientos en Pastor Martínez, Alberto: “La concreción de la reducción de la jornada por cuidado de hijos o familiares. La judicialización de cuestión mal resuelta”, Revista Jurídica de Catalunya, número 1, 2009.

laboral de los trabajadores y la mejora de la productividad de las empresas».

El segundo de los aspectos en los que el legislador interviene limitando los derechos de conciliación de los trabajadores es en relación a la reducción de jornada por cuidado de hijos o familiares. Nos encontramos ante un permiso que regulado en el art. 37.5 y 6 del ET otorga el derecho a solicitar una reducción de entre un octavo y un máximo de la mitad de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario a quienes por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de ocho años o una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida, o a aquellas personas encargadas del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida. La configuración jurídica de dicha reducción de jornada había permitido, no sin cierta conflictividad judicial, que su ejercicio, al tiempo que permitía dicha reducción, se convirtiese en un instrumento de adecuación de su distribución al servicio de la conciliación. Así, resultaba relativamente frecuente que en su utilización se concentrase la reducción de la jornada en los periodos de tiempo más asociales (señaladamente fines de semana; turnos de tarde y nocturnos) y, por ende, en los que con mayor dificultad se podía conseguir aquella conciliación. De esta forma, cabía considerar que este derecho a la reducción de la jornada se había convertido, con limitaciones y matices, en un auténtico derecho a la adaptación de la jornada.

El añadido por el Real decreto de una sola palabra, del adjetivo, “diaria” a la expresión «tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo (diaria)», se ha visto como un auténtico recorte a la capacidad de adecuación que se derivaba del precepto. Sin duda, ha querido el legislador limitar la capacidad de transformación de la jornada que algunas sentencias habían reconocido en base a aquel derecho (esencialmente la concentración de las reducciones de jornada en los turnos de tarde y/o nocturno cuando estos eran rotativos). El alcance concreto que haya de tener la limitación derivada del nuevo redactado se determinará por los Tribunales, pero en cualquier caso, la misma responde a exigencias

empresariales, en este caso, de mayor rigidez en la gestión del tiempo de trabajo.

Una mayor rigidez de la gestión del tiempo de trabajo desde la perspectiva del derecho de conciliación de la vida personal y familiar de los trabajadores que contradice abiertamente la lógica de la flexiseguridad que el legislador dice inspirar la reforma y que, además, determina que haya de considerarse como una reforma no neutral desde la perspectiva del empleo y el género. Y es que si la potenciación de la flexibilidad en el empleo tiene un mayor impacto negativo en los colectivos de trabajadores más precarizados, entre los que se encuentran las mujeres, ello se acentúa cuando aquella la flexibilidad incide en la gestión del tiempo de trabajo. En un contexto social en el que la asunción de las tareas doméstico familiares presenta un claro sesgo de género, el incremento de la flexibilidad afectará de modo especialmente negativo a las mujeres que verán como continua dificultándose el ejercicio efectivo de los derechos de conciliación.