

La distribución irregular de la jornada como medida de flexibilidad Post-Covid

Reyes, Javier

Capital Humano, Nº 356, Sección Relaciones laborales y prevención / Tribuna, Septiembre 2020, Wolters Kluwer



Francisco Javier Reyes Robayo

Abogado Laboralista de Ceca Magán Abogados



El término del verano ha traído a las empresas una situación bastante complicada en cuanto a la gestión y al sostenimiento de sus organizaciones. Los ERTE comienzan a tener fecha de caducidad y las empresas no pueden sino ser imaginativas para adaptarse a la situación de crisis, ya no sólo sanitaria, sino también económica, que estamos viviendo.

En este sentido, son muchas las empresas que están explorando soluciones alternativas a los Despidos Colectivos como fórmula para mantener el empleo y, al mismo tiempo, no perder todo el fuelle que mantenían. La mayoría de las empresas son conscientes de la dificultad que puede entrañar, una vez que se toque fondo, volver a resurgir en un mercado tan competitivo.

A colación de estas medidas alternativas, queremos poner el acento en una que muchas organizaciones están valorando al objeto de sobrevivir a esta situación de descenso notable de la demanda. Se trata de **la distribución irregular de la jornada de trabajo**.

La realidad que afronta esta medida no es otra que la de tener una plantilla que, en la actualidad, no tienen trabajo para las horas que se encuentran contratados, pero que las compañías esperan que en determinados meses del año vuelvan a tenerlo.

Se trata especialmente de negocios donde la actividad es cíclica, y que hasta ahora habían venido funcionando a través de la realización de horas extraordinarias, externalizaciones o contrataciones temporales. Sin embargo, los resultados del ejercicio 2020 y los previsibles, al menos, para 2021, exigen la adopción de medidas que permitan ser más competitivos y reducir costes superfluos.

En este contexto, debemos señalar que el artículo 34 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), señala que:

1. La duración de la jornada de trabajo será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo. La duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de

promedio en cómputo anual.

2. 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. En defecto de pacto, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el diez por ciento de la jornada de trabajo. Dicha distribución deberá respetar en todo caso los periodos 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.

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. En defecto de pacto, las diferencias derivadas de la distribución irregular de la jornada deberán quedar compensadas en el plazo de doce meses desde que se produzcan.

En efecto, los empresarios deben ser conscientes de que tienen la posibilidad de, unilateralmente, distribuir irregularmente, al menos, el 10% de la jornada de trabajo, lo que supone disponer de un importante número de horas que pueden adaptar de forma eficiente a la situación productiva existente en cada momento.

Aun así, hemos de tener presente que en esta materia es sumamente importante lo que disponga el Convenio Colectivo de aplicación, que:

- Podrá no decir nada o simplemente señalar que es posible establecer la distribución irregular de la jornada de trabajo, en cuyo caso debemos estar al 10% que autoriza el Estatuto de los Trabajadores.
- Podrá ampliar el porcentaje mínimo establecido en nuestra norma sustantiva laboral, en cuyo caso el empresario podrá estar, sin necesidad de negociación, a ese tope porcentual.

No obstante lo anterior, el porcentaje de distribución irregular establecido en el artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores (10%), o el que se establezca en la norma convencional, la empresa podrá someterlo a ampliación mediante negociación con los representantes legales de los trabajadores, a través del procedimiento previsto en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo.

Es decir, si se pretende aumentar el tope porcentual de distribución irregular de la jornada que establece la norma, el empresario deberá saber dos cuestiones:

- i.** Es necesario acudir al procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo que se recoge en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores. A este particular:
 - a.** Se deberá celebrar un periodo de consultas con un máximo de 15 días de negociación y una comisión constituida conforme a lo previsto en su apartado cuarto.
 - b.** En cuanto a exigencias documentales, aunque la norma no lo dice, es recomendable utilizar como reflejo las establecidas en el Real Decreto 1483/2012 para los despidos colectivos y las suspensiones de contratos y reducciones de jornada.
 - c.** Se deberá preavisar al trabajador y a sus representantes con quince días de antelación a la ejecución de la medida.
 - d.** El trabajador que se vea perjudicado por la modificación debe tener derecho a la extinción de su contrato de trabajo con derecho a 20 días de indemnización por año de servicio, con un tope de 9 mensualidades.
- ii.** Como segunda particularidad, y atendiendo a la literalidad del artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores, el empresario deberá tener presente que no podrá imponer la medida, sino que será necesario siempre la existencia de acuerdo con los representantes legales de los trabajadores.

Por último, y como cuestión a tener presente para la implementación de esta medida, es importante considerar los efectos que la opción por la extinción indemnizada de un único trabajador pudiera tener en cuanto a un posible incumplimiento del compromiso del mantenimiento del empleo, recogido en la Disposición Adicional 6ª del Real Decreto 8/2020. En efecto, podría entenderse que esta extinción, en tanto ajena a la voluntad del trabajador, computa a los efectos de este incumplimiento, y ya sabemos que la consecuencia del incumplimiento con un único trabajador es la devolución de todas las bonificaciones aplicadas sobre el conjunto de los

trabajadores afectados por el ERTE.

Dicho esto, consideramos que se trata de una medida interesante y que alcanzará gran relevancia en el último trimestre del presente ejercicio y en el primero de 2021, dada la necesidad imperiosa del conjunto de las empresas de adaptar sus plantillas a la acuciante e inestable actividad productiva actual.