

La reordenación del tiempo de trabajo

Juan Pablo Maldonado Montoya

Isabel Marín Moral

Antonio V. Sempere Navarro

Dirección y coordinación



Derecho del Trabajo
y Seguridad Social

LA REORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO

LA REORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO

Dirección y coordinación

Juan Pablo Maldonado Montoya

Isabel Marín Moral

Antonio V. Sempere Navarro

Autores

Abeleira Colao, Manuela

Arias Domínguez, Ángel

Arrieta Idiákez, Francisco Javier

Barceló Fernández, Jesús

Barbancho Tovillas, Fernando

Baviera Puig, Inmaculada

Benlloch Sanz, Pablo

Blasco Jover, Carolina

Cairolì, Stefano

Cámara Botía, Alberto

Carrascosa Bermejo, Dolores

Cavas Martínez, Faustino

Cristóbal Roncero, Rosario

Cuadros Garrido, María Elisa

De Val Tena, Ángel Luis

Fernández Orrico, Fco. Javier

Folgozo Olmo, Antonio

García Ninet, José Ignacio

García Viña, Jordi

Gil Plana, Juan

González Martínez, José Antonio

Herraiz Martín, María del Sol

Kahale Carrillo, Djamil Tony

Maldonado Montoya, Juan Pablo

Marín Morán, Isabel

Martín Jiménez, Rocío

Martínez Torregrosa, Elena

Meléndez Morillo-Velarde, Lourdes

Moraru, Gratiela Florentina

Pagán Martín-Portugués, Fulgencio

Palomino Saurina, Pilar

Pérez Campos, Ana I.

Preteroti, Antonio

Ramo Herrando, María José

Rodríguez Iniesta, Guillermo

Romeral Hernández, Josefa

Ruiz González, Carlota M.^a

San Martín Mazzucconi, Carolina

Sempere Navarro, Antonio V.

Sierra Hernáiz, Elisa

LA REORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO

Dirección y coordinación

JUAN PABLO MALDONADO MONTOYA

Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad San Pablo - CEU

ISABEL MARÍN MORAL

Profesora Contratada Doctor de Derecho del Trabajo. Universidad Francisco de Vitoria

ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO

Catedrático de Universidad. Magistrado del Tribunal Supremo

VOLUMEN I

14

COLECCIÓN DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
MADRID, 2022

Primera edición: noviembre de 2022



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional, (CC BY-NC-ND 4.0).

© De los contenidos, sus autores
© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

<https://cpage.mpr.gob.es/>

NIPO (papel): 090-22-242-9
NIPO (PDF): 090-22-243-4
NIPO (ePUB): 090-22-244-X
ISBN: 978-84-340-2871-5
Depósito legal: M-26829-2022

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

ABREVIATURAS

<i>AEPD</i>	<i>Agencia Española de Protección de Datos</i>
<i>AIP</i>	<i>Acuerdo de interés profesional</i>
<i>AN</i>	<i>Audiencia Nacional</i>
<i>BOE</i>	<i>Boletín Oficial del Estado</i>
<i>CC/Cc</i>	<i>Convenio colectivo</i>
<i>CCAA</i>	<i>Comunidades autónomas</i>
<i>CDFUE</i>	<i>Carta de Derechos Fundamental de la Unión Europea</i>
<i>CE</i>	<i>Constitución Española</i>
<i>CFD</i>	<i>Contratación fija discontinua</i>
<i>CIF-OIT</i>	<i>Centro Internacional de Formación de la Unión Europea</i>
<i>Dir.</i>	<i>Directiva</i>
<i>Dig.</i>	<i>Digesto</i>
<i>EBEP</i>	<i>Estatuto Básico del Empleado Público</i>
<i>EM</i>	<i>Ley 55/2003, de 16 de diciembre, Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud</i>
<i>ERE</i>	<i>Despido colectivo / expediente de regulación de empleo</i>
<i>ERTE</i>	<i>Expediente de regulación temporal de empleo</i>
<i>ET/LET/TRLET</i>	<i>Estatuto de los Trabajadores (RDLeg. 2/2015, de 23 de octubre)</i>
<i>ETT</i>	<i>Empresa de trabajo temporal</i>
<i>FJ</i>	<i>Fundamento jurídico</i>
<i>ETOP</i>	<i>Económicas, técnicas, organizativas o de producción</i>
<i>FEDER</i>	<i>Fondo Europeo de Desarrollo Regional</i>
<i>FOGASA</i>	<i>Fondo de Garantía Salarial</i>
<i>INSS</i>	<i>Instituto Nacional de la Seguridad Social</i>
<i>ISM</i>	<i>Instituto Social de la Marina</i>
<i>ITSS</i>	<i>Inspección de Trabajo y Seguridad Social</i>
<i>JS</i>	<i>Juzgado de lo Social</i>
<i>LCT</i>	<i>Ley de Contrato de Trabajo (21 noviembre 1931)</i>
<i>LETA</i>	<i>Ley 20/2007, de 11 de julio, Estatuto del Trabajador Autónomo</i>

■ LA REORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO

<i>LGSS</i>	<i>Ley General de la Seguridad Social (RDLeg. 8/2015, de 30 de octubre)</i>
<i>LISOS</i>	<i>Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (Real Decreto legislativo 5/2000, de 4 de agosto)</i>
<i>LO</i>	<i>Ley Orgánica</i>
<i>LOLS</i>	<i>Ley Orgánica de Libertad Sindical (2 agosto 1985)</i>
<i>LOPD</i>	<i>Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos y garantía de los Derechos Digitales</i>
<i>LPRL</i>	<i>Ley 38/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales</i>
<i>LRJS</i>	<i>Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social</i>
<i>LTD</i>	<i>Ley 10/2021, de 8 de julio, de Trabajo a Distancia</i>
<i>LRL</i>	<i>Ley 18/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales</i>
<i>MSCT</i>	<i>Modificación sustancial de condiciones de trabajo</i>
<i>NTC</i>	<i>Nota técnica de prevención</i>
<i>OIT</i>	<i>Organización Internacional del Trabajo</i>
<i>OM</i>	<i>Orden ministerial</i>
<i>OMT</i>	<i>Orden del Ministerio de Trabajo</i>
<i>OV</i>	<i>Orden de 18 de enero de 1967, normas para la aplicación y desarrollo de la prestación de vejez en el Régimen General de la Seguridad Social</i>
<i>PR</i>	<i>Periodo de referencia</i>
<i>PYME</i>	<i>Pequeña y mediana empresa</i>
<i>RAAB</i>	<i>RD 84/1996, de 26 de enero, Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas y bajas y variaciones de datos de los trabajadores en la Seguridad Social</i>
<i>RD</i>	<i>Real Decreto</i>
<i>RDLeg.</i>	<i>Real Decreto legislativo</i>
<i>RDL / RDley</i>	<i>Real Decreto-ley</i>
<i>RDGT</i>	<i>Resolución de la Dirección General de Trabajo</i>
<i>Rec.</i>	<i>Recurso</i>
<i>Recud. / Rcud.</i>	<i>Recurso de casación para unificación de doctrina</i>
<i>RETA</i>	<i>Régimen especial de trabajadores autónomos</i>
<i>RGPD</i>	<i>Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, Reglamento General de Protección de Datos</i>
<i>RLT</i>	<i>Representación legal de los trabajadores</i>
<i>S/SS</i>	<i>Sentencia / sentencias</i>
<i>SAD</i>	<i>Sociedad anónima deportiva</i>
<i>SNS</i>	<i>Servicio Nacional de Salud</i>
<i>SOVI</i>	<i>Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez</i>
<i>SPEE</i>	<i>Servicio Público de Empleo Estatal</i>
<i>TC</i>	<i>Tribunal Constitucional</i>
<i>TIC</i>	<i>Tecnología de la información y la comunicación</i>

<i>TFUE / TFEU</i>	<i>Tratado fundacional de la Unión Europea</i>
<i>TJUE / TJEU</i>	<i>Tribunal de Justicia de la Unión Europea</i>
<i>TGSS</i>	<i>Tesorería General de la Seguridad Social</i>
<i>TR</i>	<i>Texto refundido</i>
<i>TRADE / trade</i>	<i>Trabajador autónomo económicamente dependiente</i>
<i>TRLET</i>	<i>Estatuto de los Trabajadores</i>
<i>TS</i>	<i>Tribunal Supremo</i>
<i>TSJ</i>	<i>Tribunal Superior de Justicia</i>
<i>UE</i>	<i>Unión Europea</i>
<i>VTC</i>	<i>Vehículos de turismo con conductor</i>
<i>VVAA</i>	<i>Varios autores</i>

ÍNDICE

	<u>Páginas</u>
ABREVIATURAS	7
 PRIMERA PARTE TIEMPO Y TRANSFORMACIÓN DEL TRABAJO CAPÍTULO I. EL TIEMPO DE TRABAJO A TRAVÉS DE LA HISTORIA: DEL GÉNESIS AL CIBERTIEMPO	
1. «IN ILLO TEMPORE»	45
A) Factor tiempo, jornada y descanso semanal en los textos bíblicos más remotos	45
B) El tiempo de trabajo de los romanos	47
a) Significación del tiempo en las relaciones de trabajo	47
b) Duración de la «locatio conductio operarum»	51
c) Jornada de trabajo	52
d) Descansos durante la jornada	54
e) Festivos y descanso semanal	55
2. EN LA ERA INDUSTRIAL	57
A) Mercantilización del tiempo del trabajador	57
B) Mujeres y niños primero	58
C) El debate sobre la limitación de la jornada	60
D) La limitación de la jornada de todos los trabajadores de la industria ...	61

	Páginas
E) Jornada de ocho horas	62
a) Reivindicación histórica del movimiento obrero	62
b) Trascendencia internacional	63
c) Normalización de las ocho horas	64
d) Las ocho horas en España	66
F) Vacaciones y ocio	68
G) El tiempo de trabajo como política de empleo	69
H) La flexibilidad o reordenación del tiempo de trabajo en un primer momento	77
3. EN LA SOCIEDAD POSINDUSTRIAL; CONCLUSIONES	79
4. BIBLIOGRAFÍA	85
CAPÍTULO II. TIEMPO DE TRABAJO Y DEPENDENCIA LABORAL FRENTE A LAS NUEVAS FORMAS DE EMPLEO	
1. TRABAJO DEPENDIENTE Y NUEVAS TECNOLOGÍAS: EVOLUCIÓN DEL CONTEXTO SOCIAL Y LABORAL	91
2. EL TRABAJO DEPENDIENTE: OBJETO DE REGULACIÓN	95
3. LA DEPENDENCIA COMO RASGO FUNDAMENTAL DE LA RELACIÓN LABORAL	98
4. LA EVOLUCIÓN INTERPRETATIVA DEL TIEMPO DE TRABAJO COMO INDICIO DE DEPENDENCIA LABORAL	101
5. LA ACTUALIZACIÓN DE LOS INDICIOS DE LABORALIDAD .	103
A) La evolución interpretativa del lugar y tiempo de trabajo como indicio de laboralidad	106
B) La autonomía en la elección de días y horas de trabajo: especial referencia al trabajo en plataformas	108
C) El control constante de la prestación	110
6. A MODO DE CONCLUSIÓN	112
7. BIBLIOGRAFÍA	113
SEGUNDA PARTE	
UNA MIRADA AL DERECHO DE LA OIT Y DE LA UE	
CAPÍTULO III. EL TIEMPO DE TRABAJO EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y SU INTERPRETACIÓN POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA	
1. INTRODUCCIÓN	119
A) Consecuencias jurídicas generales derivadas de la regulación comunitaria del tiempo de trabajo a través de directivas	120

	Páginas
B) La inicial intervención sobre el tiempo de trabajo y su controvertida base jurídica	122
2. EL TIEMPO DE TRABAJO EN EL DERECHO ORIGINARIO VIGENTE: LOS TRATADOS Y LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	127
3. EL TIEMPO DE TRABAJO EN EL DERECHO DERIVADO VIGENTE: INTERVENCIÓN DIRECTA Y TANGENCIAL A TRAVÉS DE DIRECTIVAS	132
A) Intervención directa: la directiva sobre tiempo de trabajo	132
a) Ámbito de aplicación:	132
a') Exclusiones y normativa especial de aplicación preferente	135
b') Flexibilidad: excepciones contempladas en la propia Directiva	138
b) Armonización conceptual:	142
a') Trabajo nocturno	143
b') El trabajador por turnos	143
c') Tiempo de trabajo y tiempo de descanso	143
c) Medidas mínimas a respetar	149
B) Intervención tangencial: otras directivas	156
4. CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS	159
5. BIBLIOGRAFÍA	160
 CAPÍTULO IV. LA ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA OIT	
1. INTRODUCCIÓN	165
2. HORAS DE TRABAJO	168
3. DESCANSO SEMANAL	171
4. VACACIONES ANUALES PAGADAS	172
5. TRABAJO NOCTURNO	173
6. TRABAJO A TIEMPO PARCIAL	174
7. ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO	174
8. LA SOBERANÍA DEL TIEMPO DEL TRABAJO	179
9. TIEMPO DE TRABAJO DECENTE	182
10. BIBLIOGRAFÍA	187

TERCERA PARTE

JORNADA Y DESCANSOS

CAPÍTULO V. TIEMPO DE TRABAJO: ELEMENTOS TEÓRICOS Y PRÁCTICOS PARA SU DELIMITACIÓN JURÍDICA

1. CENTRALIDAD DEL TIEMPO DE TRABAJO	193
2. TIEMPO DE TRABAJO VERSUS TIEMPO DE DESCANSO	194
A) Marco regulador	194
B) Criterios judiciales	196
C) En particular sobre los tiempos de disponibilidad o de guardia ..	198
D) Disfunciones del esquema binario	203
3. TRABAJO A DISTANCIA Y DESCONEXIÓN DIGITAL	205
4. EL TIEMPO DE TRABAJO COMO RESORTE ANTE LA CRISIS SANITARIA	210
5. IDEAS CONCLUSIVAS	211
6. BIBLIOGRAFÍA	214

CAPÍTULO VI. LA ORGANIZACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO: DE LA JORNADA ORDINARIA A LOS MECANISMOS DE DISTRIBUCIÓN IRREGULAR

1. CONSIDERACIONES PREVIAS	217
2. LA JORNADA DE TRABAJO: JORNADA ORDINARIA Y JORNADA MÁXIMA	220
A) La jornada y sus límites en la normativa comunitaria	220
B) La regulación de la jornada de trabajo en las normas nacionales: el papel del convenio colectivo y de la normativa estatal	223
a) Atribuciones al convenio colectivo	223
b) La jornada de trabajo en las normas legales	223
c) Límites a la jornada ordinaria: la jornada máxima y los descansos	225
a') La jornada máxima diaria	225
b') El descanso entre jornadas	228

	Páginas
3. EL TIEMPO DE TRABAJO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: SU APLICACIÓN EN LA EMPRESA	233
A) Las competencias del convenio colectivo en la determinación y organización de la jornada de trabajo	233
a) Determinación de la jornada máxima	236
b) Establecimiento del calendario y del horario de trabajo	237
c) Períodos de descanso	237
d) Identificación del tiempo de trabajo	238
B) La inaplicación de la jornada de trabajo regulada en convenio co- lectivo de ámbito superior	239
C) Prioridad aplicativa del convenio y jornada de trabajo	241
4. LOS MECANISMOS DE FLEXIBILIZACIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO	243
A) La distribución irregular de la jornada de trabajo. Regulación le- gal y recepción en la negociación colectiva	243
a) Alcance de la medida: ¿es posible distribuir irregularmente la totalidad de la jornada anual?	244
b) Modo de articular la distribución irregular	246
c) Límites y compensación de las diferencias en la jornada	246
B) Jornada irregular y horas extraordinarias	250
C) La bolsa de horas de trabajo	251
5. BIBLIOGRAFÍA	255
 CAPÍTULO VII. LAS HORAS EXTRAORDINARIAS	
1. LAS HORAS EXTRAORDINARIAS. RÉGIMEN JURÍDICO Y POSIBILIDADES COMPENSATORIAS. HORAS EXTRAORDI- NARIAS Y HORAS COMPLEMENTARIAS	259
A) Consideraciones previas: concepto y sistemas de compensación o retribución	259
B) Brevemente. Horas extraordinarias en el contrato de trabajo a tiempo parcial	262
C) ¿Horas Recuperatorias por imposición empresarial?	263
D) Descansos semanales no disfrutados y su consideración como una especie de horas extraordinarias recargadas	264

	Páginas
2. LAS HORAS EXTRAORDINARIAS VOLUNTARIAS: INDEFINICIÓN DE SUS JUSTIFICACIONES O CAUSAS	266
A) Inexistencia de enumeración de posibles causas justificantes de las horas extraordinarias	266
B) El pacto para la realización de horas extraordinarias. Voluntariedad u obligatoriedad en la realización de horas extraordinarias. Propuesta empresarial y aceptación o no del trabajador. Excepciones	267
C) El número de horas extraordinarias a realizar. Restricciones posibles. Posibles horas complementarias. El papel de los convenios colectivos a favor de los parados	272
D) La prohibición limitada de hacer horas extraordinarias: menores de dieciocho años, trabajadores nocturnos y expedientes de regulación de empleo	274
E) Reducción o eliminación gubernamental del número máximo de horas extraordinarias a realizar. El trabajo en las minas	275
F) La retribución de las horas extraordinarias: posibles modalidades. El cálculo del valor de la hora extraordinaria. Imprevisión de recargos en el TRET	276
G) La prueba y el control de la realización de horas extraordinarias	282
H) El Registro de jornada. La preconstitución de la prueba	285
I) El Registro diario de jornada en los sectores móviles. El tacógrafo como medio de prueba de la realización de horas extraordinarias	291
J) Horas extraordinarias realizadas por encima del tope máximo legal ..	292
K) Horas extraordinarias obligatorias para prevenir o reparar siniestros. Posibilidad de compensación	293
3. BIBLIOGRAFÍA	296
 CAPÍTULO VIII. TRABAJO NOCTURNO Y TURNOS DE TRABAJO	
1. INTRODUCCIÓN	299
2. MARCO NORMATIVO	300
3. TRABAJO NOCTURNO	301
A) Delimitación objetiva del trabajo nocturno	302
B) Información a la autoridad laboral	302
C) Limitaciones subjetivas en relación al trabajo nocturno	303
D) Retribución del trabajo nocturno	304
4. TRABAJADOR NOCTURNO	307
A) Limitaciones y garantías del trabajo nocturno	308
a) Limitación de la jornada	309

	Páginas
b) Prohibición de realizar horas extraordinarias	309
c) Jornadas especiales ampliadas	310
5. TRABAJO A TURNOS	311
A) Delimitación objetiva del trabajo a turnos	312
B) Limitaciones subjetivas en relación con el trabajo a turnos	313
C) Prescripciones para la organización del trabajo a turnos	313
a) Rotación de turnos	313
b) Condiciones de trabajo especiales	315
a') Descanso semanal	315
b') Descanso diario	315
6. PREVISIONES EN MATERIA DE SEGURIDAD Y SALUD	315
A) Medidas de protección comunes para el trabajo a turnos y nocturno	317
B) Medidas de protección para los trabajadores nocturnos	317
a) Reconocimientos médicos	318
b) Movilidad por razones de salud	320
C) Medidas de prevención para las trabajadoras en periodo de maternidad	322
D) Ritmo de trabajo y salud del trabajador	325
7. BIBLIOGRAFÍA	326
 CAPÍTULO IX. TIEMPOS DE DESCANSO. DESCANSOS INTRA-JORNADA, ENTRE JORNADAS Y SEMANAL. FESTIVOS LABORALES	
1. EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LOS DESCANSOS Y FESTIVOS LABORALES	329
A) Etapa inicial. De las primeras normas laborales hasta el Estatuto de los Trabajadores de 1980	330
a) De las primeras normas laborales hasta la Transición y la Constitución de 1978	330
b) La Transición y la Constitución de 1978	333
c) El Estatuto de los Trabajadores de 1980	335
d) Las modificaciones del Estatuto de los Trabajadores de 1980	337

	Páginas
B) Etapa intermedia. De la Reforma Laboral de 1994 hasta la Reforma laboral de 2019	342
a) La Directiva 93/104/CE sobre la ordenación del tiempo de trabajo	342
b) La Reforma Laboral de 1994	343
c) El Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores de 1995 y sus modificaciones	344
d) El Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores de 2015 y sus modificaciones	348
C) Etapa actual. De la Reforma Laboral de 2019 hasta nuestros días ...	348
2. CONSIDERACIONES SOBRE UNA ADECUADA GESTIÓN DE LOS DESCANSOS Y FESTIVOS LABORALES EN LAS EMPRESAS Y ORGANIZACIONES	350
3. BIBLIOGRAFÍA	360
 CAPÍTULO X. LA REORDENACIÓN DE LOS PERMISOS RETRIBUIDOS	
1. APROXIMACIÓN AL TEMA, CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA	363
2. MATRIMONIO	365
3. INFORTUNIO FAMILIAR	370
A) Fallecimiento	373
B) Accidente o enfermedad grave	374
C) Hospitalización	375
D) Intervención quirúrgica sin hospitalización	377
4. TRASLADO DE DOMICILIO HABITUAL	378
5. CUMPLIMIENTO DE UN DEBER INEXCUSABLE DE CARÁCTER PÚBLICO Y PERSONAL/EJERCICIO DEL SUFRAGIO ACTIVO	379
A) Cuestiones Generales	379
B) Acompañamiento de hijos y familiares a la consulta del médico ¿deber inexcusable?	381
6. REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES	383
A) Miembros comité empresa y delgados de personal	384
B) Negociación colectiva	386
C) Delegados de prevención	387
7. POR BÚSQUEDA DE EMPLEO	388
8. DESPLAZAMIENTOS TEMPORALES	389

9. NACIMIENTO, ADOPCIÓN, GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN O ACOGIMIENTO	390
10. NACIMIENTOS DE HIJA O HIJO PREMATUROS O QUE, DEBAN PERMANECER HOSPITALIZADOS A CONTINUACIÓN DEL PARTO	394
11. EXÁMENES PRENATALES Y TÉCNICAS DE PREPARACIÓN AL PARTO	395
12. ADOPCIÓN O ACOGIMIENTO, O GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN	396
13. RESERVA PUESTO DE TRABAJO PARA ASISTENCIA A CURSO DE FORMACIÓN	397
14. A MODO DE CONCLUSIÓN	398
15. BIBLIOGRAFÍA	399
 CAPÍTULO XI. VACACIONES RETRIBUIDAS	
1. LAS VACACIONES RETRIBUIDAS COMO DERECHO	403
2. ALCANCE	405
3. FIJACIÓN	406
4. DEVENGO	408
5. DURACIÓN	411
6. DISFRUTE	412
7. APLAZAMIENTO DEL PERIODO VACACIONAL	416
8. RETRIBUCIÓN. CUANTÍA	420
9. SUPUESTOS DE ABONO DE LAS VACACIONES POR EXTINCIÓN DEL CONTRATO	425
10. TIPO DE CONTRATO PARA LA SUSTITUCIÓN DE TRABAJADORES EN VACACIONES	426
11. PROCEDIMIENTO JUDICIAL	428
12. BIBLIOGRAFÍA	430
 CAPÍTULO XII. CONFIGURACIÓN LEGAL DEL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL	
1. INTRODUCCIÓN	433
2. LA RECEPCIÓN DEL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL EN NUESTRO ORDENAMIENTO	438
3. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO: DERECHO ORDINARIO O DERECHO FUNDAMENTAL	440
4. CONFIGURACIÓN COMO DERECHO	445
A) Derecho plenamente reconocido	445
B) Configuración como derecho-deber	446

	Páginas
5. ÁMBITO DE APLICACIÓN	448
A) Definición y contenido	448
B) Ámbito subjetivo	449
6. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LAS POLÍTICAS INTERNAS EMPRESARIALES	450
A) Rol de la autonomía colectiva y las políticas empresariales en la configuración de la desconexión	451
B) Derecho efectivo no sujeto a su recepción por la autonomía colectiva o la política empresarial	452
C) Configuración e interrelación de la negociación colectiva y las políticas empresariales	453
D) Ausencia de preferencia entre los instrumentos de la autonomía colectiva	456
7. EL PAPEL DE LA REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES ANTE LA DESCONEXIÓN DIGITAL	457
8. OPERATIVIDAD Y LÍMITES AL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL: LA RECONEXIÓN	458
9. MECANISMOS DE GARANTÍA DEL DERECHO A LA DESCONEXIÓN	461
10. BIBLIOGRAFÍA	464
 CAPÍTULO XIII. EL CONTROL DEL TIEMPO DE TRABAJO Y LAS NUEVAS RELACIONES LABORALES	
1. SITUACIÓN ACTUAL	471
2. MARCO LEGAL	473
3. TIEMPO DE TRABAJO VERSUS REGISTRO DE JORNADA	474
4. LAS PARTES EN EL REGISTRO HORARIO	476
A) La obligación empresarial sobre el control horario	476
B) La persona trabajadora como sujeto del control horario	480
C) El papel de los sindicatos y de la representación legal de los trabajadores	483
5. CONTENIDO DEL REGISTRO HORARIO	485
A) El tiempo de trabajo	485
B) El registro diario	489
6. CONSERVACIÓN DEL REGISTRO HORARIO	490
7. BREVE ANÁLISIS DEL REGISTRO DE JORNADA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA LOPD	493
A) Obligaciones de la empresa	493

	Páginas
B) Base jurídica y no obligación de consentimiento	494
C) La información al trabajador	495
D) Requisitos del sistema de control horario	496
E) Quienes pueden acceder a los datos	496
8. SISTEMAS DE REGISTRO HORARIO	497
A) Los controles papel: la plantilla en Excel	498
B) Los sistemas informáticos o «fichaje digital»	500
C) Los sistemas online declarativos	502
D) Software de control con funcionalidades adaptadas	502
E) Máquinas de fichar, tarjetas y relojes con banda magnética y tornos	502
9. ANÁLISIS DEL CONTROL HORARIO A TRAVÉS D ELA HUE- LLA DACTILAR Y DATOS BIOMÉTRICOS	504
A) Estado de la situación	504
B) Qué son los datos biométricos para la gestión del tiempo de tra- bajo y su categorización	507
C) La necesidad de informar a los trabajadores	509
D) Los requisitos de los programas utilizados por la empresa	512
10. REFLEXIONES DE FUTURO	513
11. BIBLIOGRAFÍA	517

CUARTA PARTE

PERSPECTIVA DE DERECHO COLECTIVO

CAPÍTULO XIV. TENDENCIAS «AVANT-GARDE» DE LA ORDENA- CIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

1. INTRODUCCIÓN	521
2. LOS EJEMPLOS EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS	522
A) Tiempo de disponibilidad: guardias, otros mecanismos peculia- res de ordenación del tiempo de trabajo	523
B) Jornada máxima. Jornada ordinaria y distribución irregular de la jornada	524
C) Horas extraordinarias	527
D) Trabajo nocturno	532
E) Trabajo a turnos	535
F) Tiempos de descanso. Descansos intra-jornada. Descanso noctur- no. Descanso semanal y festivos	538
G) Permisos retribuidos	542

	Páginas
H) Vacaciones	553
I) El derecho a la desconexión digital	557
J) Registro, control y prueba de la jornada	561
K) La utilización de detectives privados y herramientas tecnológicas ...	564
L) Mecanismos de modificación empresarial de la jornada	565
M) Excedencias y suspensiones de la relación laboral	567
N) Sanciones y despidos por incumplimiento relacionados con el tiempo de trabajo	572
3. BIBLIOGRAFÍA	575

QUINTA PARTE

VICISITUDES

CAPÍTULO XV. MODIFICACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 41 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

1. LAS FACULTADES EMPRESARIALES PARA MODIFICAR EL TIEMPO DE TRABAJO	581
2. LA DISTRIBUCIÓN IRREGULAR Y FLEXIBLE DE LA DE LA JORNADA DE TRABAJO	582
A) Flexibilidad en la distribución del tiempo de trabajo	582
B) El reconocimiento legal del poder empresarial de distribuir irregularmente la jornada de trabajo al margen del art. 41 ET	584
C) El <i>ius variandi</i> empresarial para distribuir irregularmente la jornada de trabajo	588
3. LA REDUCCIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO: ENTRE LA PROHIBICIÓN DE NOVACIÓN CONTRACTUAL Y LA CONCUURRENCIA DE LA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL CON LA REDUCCIÓN TEMPORAL DE LA JORNADA	592
A) Reducción de jornada y prohibición de novación contractual	593
B) Reducción temporal de jornada (art. 47 ET) <i>versus</i> modificación sustancial [art. 41.1.a) ET]	601
a) La configuración legal de una medida específica de reducción temporal de la jornada de trabajo al margen del artículo 41 ET	603
b) Reducción temporal y modificación sustancial de la jornada de trabajo	605

4. ELEMENTOS CONFIGURADORES DE LA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DEL TIEMPO DE TRABAJO. CASUÍSTICA JUDICIAL	608
A) Existencia de una decisión empresarial	608
B) Las condiciones a modificar deben formar parte del contenido de la relación laboral	609
C) El trabajador afectado no debe haber sido contratado para prestar servicios con un tiempo de trabajo variable	610
D) Aspectos del tiempo de trabajo modificables	611
E) Determinación del carácter sustancial de la modificación	613
5. BIBLIOGRAFÍA	617
 CAPÍTULO XVI. EL RESPETO AL PRINCIPIO DE VOLUNTARIEDAD, COMO ELEMENTO ESENCIAL EN LA CONVERSIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO	
1. ANTECEDENTES EN LA REGULACIÓN SOBRE REDUCCIÓN DE JORNADA	621
2. EL CONTRATO DE TRABAJO A TIEMPO PARCIAL COMO MUESTRA DE LA FLEXIBILIDAD DE LA ACTIVIDAD LABORAL	624
3. DISTINCIÓN ENTRE LA MERA REDUCCIÓN DE JORNADA Y LA CONVERSIÓN DEL CONTRATO A TIEMPO PARCIAL	626
A) Reducciones legales de jornada	626
B) La conversión de jornada de los contratos de trabajo	628
C) Efectos en la antigüedad por conversión de un contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial o viceversa	628
4. LA CONVERSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO EN LA JUBILACIÓN PARCIAL	630
5. LA VOLUNTARIEDAD COMO ELEMENTO ESENCIAL EN LA CONVERSIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO	630
6. LA CONVERSIÓN DE LA JORNADA POR INICIATIVA DEL TRABAJADOR	638
7. EL DEBER DE INFORMACIÓN SOBRE LA EXISTENCIA DE PUESTOS VACANTES Y LA DENEGACIÓN EMPRESARIAL DE LA SOLICITUD DE CONVERSIÓN POR EL TRABAJADOR	640
8. EL CONVENIO COLECTIVO COMO CATALIZADOR DE LA CONVERSIÓN DE LA JORNADA LABORAL	643
9. REFLEXIONES FINALES	644
10. BIBLIOGRAFÍA	645

CAPÍTULO XVII. LA ADAPTACIÓN DE LA JORNADA COMO MECANISMO PARA HACER EFECTIVO EL DERECHO A LA CONCILIACIÓN	
1. EL DERECHO A LA ADAPTACIÓN DE LA JORNADA: EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y ANTECEDENTES NORMATIVOS	647
2. MODALIDADES MÁS COMUNES EN EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA ADAPTACIÓN DE LA JORNADA Y ALCANCE JURISPRUDENCIAL	652
A) Exclusión de turnos de trabajo	652
B) Cambio de puesto o centro de trabajo	656
C) Crisis sanitaria y conciliación: Teletrabajo y Plan ME CUIDA ..	657
3. PROBLEMAS PRÁCTICOS EN EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA ADAPTACIÓN DE JORNADA	661
A) La adaptación de la jornada en familias monoparentales y uniones de hecho	661
B) Peculiaridades en la titularidad del derecho a la adaptación de la jornada	662
C) El derecho a la adaptación de la jornada y la desconexión digital	662
D) El papel de la negociación en la adaptación de la jornada	663
E) El ejercicio de la labor inspectora en la reordenación del tiempo de trabajo	664
4. REFLEXIÓN FINAL	665
5. BIBLIOGRAFÍA	666
CAPÍTULO XVIII. LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN TEMPORAL DE EMPLEO Y EL NUEVO MECANISMO RED EN LA REFORMA LABORAL DE 2021	
1. CONTEXTO	707
2. AGILIZACIÓN Y FLEXIBILIZACIÓN DE LOS ERTEs POR CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS Y DE PRODUCCIÓN	711
3. NOVEDADES EN LOS ERTEs POR FUERZA MAYOR TEMPORAL	713
A) ERTEs por fuerza mayor «clásica»	713
B) ERTEs por fuerza mayor «gubernativa»	714
4. NORMAS COMUNES A LOS ERTEs POR CAUSAS ETOP Y FUERZA MAYOR	715

	Páginas
5. EL MECANISMO RED DE FLEXIBILIDAD Y ESTABILIZACIÓN DEL EMPLEO	719
A) Concepto y modalidades	719
B) Tramitación	722
C) Normas comunes a las dos modalidades del Mecanismo RED ..	726
D) Financiación	726
E) La nueva prestación por sostenibilidad del empleo vinculada al Mecanismo RED	727
6. ESPECIALIDADES EN MATERIA DE COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL APLICABLES A LOS ERTEs Y AL MECANISMO RED	732
7. POTENCIACIÓN DE LA DIMENSIÓN FORMATIVA EN LOS ERTEs	739
8. RÉGIMEN SANCIONADOR	740
9. TRANSICIÓN DE LOS ERTEs-COVID A LOS ERTEs DE LOS ARTÍCULOS 47 Y 47 BIS ET	741
10. VALORACIÓN FINAL	742
11. BIBLIOGRAFÍA	747
 CAPÍTULO XIX. SUSPENSIONES DE LA RELACIÓN LABORAL. PARTICULAR ATENCIÓN A LA DURACIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL, DE LA SUSPENSIÓN POR NACIMIENTO Y DE LAS EXCEDENCIAS POR CUIDADO DE HIJOS Y DE FAMILIARES Y FORZOSA	
1. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO	749
2. LA INCAPACIDAD TEMPORAL	751
3. LA SUSPENSIÓN POR NACIMIENTO, ADOPCIÓN, GUARDA O ACOGIMIENTO DE HIJO	758
4. LAS EXCEDENCIAS	769
A) La excedencia por cuidado de hijos y de familiares	769
a) El lapso temporal	769
b) El disfrute fraccionado	777
c) La sucesión de excedencias	778
B) La excedencia forzosa y por cargo sindical	780
a) La excedencia forzosa	780
b) La excedencia por cargo sindical	783
5. BIBLIOGRAFÍA	787

CAPÍTULO XX. LA EXCEDENCIA VOLUNTARIA: CUESTIONES CONTROVERTIDAS

1. CONSIDERACIONES GENERALES	791
2. LA DURACIÓN Y EL PAPEL DE LAS PRÓRROGAS	794
3. DELIMITACIÓN DE LA VACANTE	795
4. EXTENSIÓN DEL DERECHO PREFERENTE	800
A) Facultades empresariales en la adjudicación del puesto de trabajo vacante	801
B) Límites al poder de dirección	803
5. EL REINGRESO	806
A) La solicitud de reincorporación	807
B) Condiciones de reingreso	809
C) Respuesta empresarial: diferentes escenarios	812
6. BIBLIOGRAFÍA	816

SEXTA PARTE

ESPECIALIDADES

CAPÍTULO XXI. EL TIEMPO DE TRABAJO EN LA MODALIDAD DE TRABAJO A DISTANCIA Y EN SUPUESTOS HÍBRIDOS

1. LA NUEVA REGULACIÓN JURÍDICA DEL TRABAJO A DISTANCIA: TEXTO Y CONTEXTO	821
2. EL TRABAJO A DISTANCIA: DELIMITACIÓN Y CARACTERÍSTICAS	827
A) Trabajo presencial vs. trabajo a distancia. El teletrabajo	827
B) El trabajo a distancia «regular» y su caracterización	829
3. EL TIEMPO DE TRABAJO EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS A DISTANCIA	833
A) La ordenación flexible del tiempo de trabajo (marco común)	835
a) La regulación de la jornada como tiempo efectivo de trabajo: extensión, descansos, distribución irregular y registro	836
b) Las horas extraordinarias	839
c) Horario de trabajo	841
a') Jornada continuada, jornada partida y jornada intensiva ...	841

	Páginas
b') Horario flexible vs. rígido. Las adaptaciones del horario ..	842
d) El trabajo nocturno y el trabajo a turnos	844
a') El trabajo nocturno	844
b') El trabajo a turnos	845
e) El calendario laboral	846
f) El descanso semanal	847
g) Los días festivos	848
h) Las vacaciones anuales	849
i) Otros aspectos relacionados con el tiempo de trabajo	851
a') Permisos retribuidos	851
b') Supuestos especiales de reducción de jornada	851
B) Normas específicas sobre tiempo de trabajo aplicables a las per- sonas que trabajan a distancia de manera «regular» (reglas espe- ciales)	852
a) Derecho al horario flexible y obligación de disponibilidad ...	853
b) Derecho al registro horario adecuado	859
c) Derecho a la desconexión digital	863
4. A MODO DE CONCLUSIONES	868
5. BIBLIOGRAFÍA	872
 CAPÍTULO XXII. EL TIEMPO DE TRABAJO EN EL CONTRATO DE TRABAJO ÁGIL EN ITALIA	
1. LAS TRADICIONALES CONDICIONES RELATIVAS AL TIEM- PO Y LUGAR DEL TRABAJO ASALARIADO EN EL ORDENA- MIENTO ITALIANO	877
2. LA JORNADA DE TRABAJO Y LA IDENTIFICACIÓN DE LA CUANTÍA DE TRABAJO DESDE UNA PERSPECTIVA GENE- RAL	878
3. Y EN EL TELETRABAJO (SEGUNDA Y TODAVÍA VIGENTE DISCIPLINA DEL TRABAJO A DISTANCIA)	879
4. DEL TELETRABAJO AL «TRABAJO ÁGIL»: RASGOS DIFE- RENCIALES. DIFERENCIAS SOBRE TIEMPO Y LUGAR DE TRABAJO	880
5. LA INTRODUCCIÓN DE MEDIDAS DE DESCONEXIÓN: ¿EL RECONOCIMIENTO DE UN DERECHO?	883
6. PERFILES CRÍTICOS DE LA REGLAMENTACIÓN DE LA DES- CONEXIÓN EN LA LEY N. 81/2017	885

	Páginas
7. TIEMPO DEL TRABAJO A DISTANCIA ÁGIL EN LA EMERGENCIA COVID-19	889
8. EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN TRAS LA EMERGENCIA COVID-19	890
9. TIEMPO DE TRABAJO ÁGIL Y CUANTÍA SALARIAL: RIESGOS DE NUEVAS FORMAS DE DUMPING CONTRACTUAL ...	895
10. SOBRE EL TRABAJO ÁGIL «EN AUSENCIA DE LIMITACIONES PRECISAS DEL TIEMPO DE TRABAJO»: PARA UNA LECTURA EN RESPETO DE LA JURISPRUDENCIA EUROPEA Y DEL ARTÍCULO 36 DE LA CONSTITUCIÓN ITALIANA	898
11. CONCLUSIONES	899
12. BIBLIOGRAFÍA	903
 CAPITULO XXIII. EL TIEMPO DE TRABAJO EN EL CONTRATO FORMATIVO	
1. LA FORMACIÓN COMO INSTRUMENTO PARA POTENCIAR Y MEJORAR LA INCORPORACIÓN DE LOS JÓVENES A LA NUEVA REALIDAD DE TRABAJO	907
2. EL NUEVO CONTRATO FORMATIVO	912
3. LA JORNADA EN EL CONTRATO FORMATIVO	916
A) La jornada en el contrato de formación en alternancia	918
a) Plan formativo individual	920
b) El tutor	922
c) Impartición de la formación	924
B) La jornada en el contrato de trabajo para la obtención de la práctica profesional adecuada a su nivel de estudios	925
4. CONCLUSIONES	931
5. BIBLIOGRAFÍA	933
 CAPÍTULO XXIV. LA REGULACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO EN LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DEL SERVICIO DEL HOGAR FAMILIAR	
1. PRENOTANDO	935
2. LA REGULACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO EN LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DEL SERVICIO DEL HOGAR FAMILIAR	937
A) Jornada máxima semanal	939

	Páginas
B) Horas de presencia	940
a) El concepto de horas o tiempos de presencia	941
b) Necesidad de pacto por escrito	943
c) Limitación temporal	943
d) Retribución	944
C) Horas extraordinarias	944
a) La acreditación de su existencia	945
b) Límites	946
c) Retribución	946
d) Realización de horas complementarias por trabajadores a tiempo parcial	947
D) Horario de trabajo	947
E) Trabajo nocturno y trabajo a turno	948
F) Descansos	949
a) Los descansos entre jornadas y durante la jornada	949
b) Descanso semanal	950
c) Fiestas y permisos	951
d) Vacaciones	952
a') Duración	952
b') Disfrute	952
c') Retribución	953
d') Residencia de la persona trabajadora durante las vacaciones	953
G) Límites para los menores de 18 años	954
3. A MODO DE CONCLUSIÓN	954
4. BIBLIOGRAFÍA	955
CAPÍTULO XXV. EL TIEMPO DE TRABAJO EN LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DE LOS ABOGADOS	
1. LOS DISTINTOS REGÍMENES DE EJERCICIO DE LA ABOGACÍA	958
2. LA APROBACIÓN DEL REAL DECRETO 1331/2006 Y SU REVISIÓN JUDICIAL	959
A) Constitucionalidad de la norma legal	960
B) Justificación del ámbito subjetivo de la relación laboral especial	961
C) Inclusión en el ámbito de la relación laboral especial de los abogados que trabajan en despachos multiprofesionales	962

	Páginas
D) Regulación específica de la negociación colectiva en el sector y del ejercicio de derechos colectivos	963
E) Definición del tiempo de trabajo	963
F) Regulación del pacto de plena dedicación	964
G) Establecimiento de obligaciones del abogado que ejercita acciones resolutorias	965
H) Regulación específica de la extinción contractual	965
3. LA REGULACIÓN ACTUAL DE LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DE LOS ABOGADOS	966
4. PROBLEMÁTICA EN TORNO A LA DETERMINACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO DE APLICACIÓN	967
5. EL TIEMPO DE TRABAJO EN EL REAL DECRETO 1331/2006 ..	970
A) Jornada de trabajo	971
a) Régimen jurídico aplicable	971
b) Definición de tiempo de trabajo	972
B) Distribución irregular de la jornada	972
C) Descansos, vacaciones, fiestas y permisos	974
a) Derechos reconocidos y su determinación	975
b) Condicionamiento de los derechos en determinados supuestos ..	976
6. EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL	977
7. CONCLUSIONES	979
8. BIBLIOGRAFÍA	981
CAPÍTULO XXVI. EL TIEMPO DE TRABAJO DEL PERSONAL ESTATUTARIO DE LOS SERVICIOS DE SALUD	
1. CONSIDERACIONES PREVIAS	983
2. EL TIEMPO DE TRABAJO EN LA ACTIVIDAD SANITARIA	985
A) Delimitación conceptual	985
B) Marco normativo	988
C) Ámbito de aplicación	990
3. JORNADA DE TRABAJO. TIPOLOGIA	992
A) Jornada Ordinaria	992
B) Jornada complementaria	994
a) Noción y alcance	994
b) Límite temporal. Jornada máxima semanal	995
c) Guardias de presencia y localización	996

	Páginas
C) Jornada especial	999
a) Oferta del centro	1000
b) Consentimiento	1001
c) Garantías ante el ejercicio del derecho	1002
4. LA JORNADA EN EL TRABAJO NOCTURNO Y A TURNOS	1003
5. LA JORNADA EN EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL	1004
6. EL RÉGIMEN DE DESCANSOS EN LA ACTIVIDAD SANITARIA ...	1005
A) Descanso en la jornada	1006
B) Descanso diario	1006
C) Descanso semanal	1008
D) Descansos alternativos	1009
E) Descanso anual	1011
a) Duración	1012
b) Distribución	1013
c) Retribución	1013
d) Vacaciones y nacimiento e incapacidad temporal	1014
7. ESPECIALIDADES EN LA JORNADA Y LOS DESCANSOS DE LOS RESIDENTES SANITARIOS EN FORMACIÓN	1015
A) Prelación de fuentes	1016
B) Jornadas máximas	1016
C) Jornada complementaria	1017
D) Descansos	1018
8. REFLEXIÓN FINAL	1020
9. BIBLIOGRAFÍA	1020
 CAPÍTULO XXVII. EL TIEMPO DE TRABAJO DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS	
1. JORNADA DE TRABAJO	1023
2. TELETRABAJO	1026
3. PERMISOS	1028
4. VACACIONES Y FESTIVOS	1034
5. EL CALENDARIO LABORAL	1035
6. JUSTIFICACIÓN DE AUSENCIAS	1036
7. BIBLIOGRAFÍA	1037
 CAPÍTULO XXVIII. LA ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO DE LOS DEPORTISTAS PROFESIONALES Y DE LAS PERSONAS ARTISTAS	
1. INTRODUCCIÓN	1039

	Páginas
2. TIEMPO DE TRABAJO DECENTE	1041
A) El tiempo de trabajo decente en el deporte	1043
a) La carga de trabajo de los jugadores en el fútbol profesional masculino de élite	1047
b) La carga de trabajo de las jugadoras en el fútbol profesional femenino de élite: nuevos retos y oportunidades	1050
B) El tiempo de trabajo decente en los sectores cultural y creativo	1054
3. LA ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO DE LOS DEPORTISTAS PROFESIONALES EN ESPAÑA	1058
A) Jornada	1058
B) Descansos y vacaciones	1062
4. LA ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO DE LAS PERSONAS ARTISTAS EN ESPAÑA	1065
A) Jornada	1066
B) Descansos y vacaciones	1069
5. UN APUNTE FINAL	1070
6. BIBLIOGRAFÍA	1071
 CAPÍTULO XXIX. JORNADAS ESPECIALES DE TRABAJO: AMPLIACIONES, REDUCCIONES Y EXCLUSIONES	
1. EL DISEÑO DE UNA REGULACIÓN SINGULAR DEL TIEMPO DE TRABAJO	1075
2. AMPLIACIONES DE LA JORNADA EN ACTIVIDADES DETERMINADAS	1076
A) Empleados de fincas urbanas	1077
B) Guardas y vigilantes no ferroviarios	1078
C) Trabajo en el campo	1079
D) Comercio y hostelería	1080
E) Transportes y Trabajo en el mar	1081
a) Disposiciones comunes	1081
a') Tiempo de trabajo efectivo	1081
b') Tiempo de presencia	1082
c') Descanso entre jornadas y semanal	1083
b) Transporte por carretera	1083
a') Tiempo de trabajo: tiempos de conducción y tiempos de presencia	1083

	Páginas
b') Trabajadores móviles: particularidades relativas a la duración y ordenación de su tiempo de trabajo	1085
c') Límites del tiempo de conducción y de presencia	1087
d') Pausas	1087
e') Descansos entre jornadas y semanales	1088
c) Transporte ferroviario	1089
d) Transporte aéreo	1090
a') Tiempo de trabajo y descanso del personal de vuelo en la aviación civil	1090
b') Tiempo de trabajo y descanso del personal aeronáutico de tierra	1091
c') Tiempos de actividad y de descanso de los controladores civiles de tránsito aéreo	1092
e) Trabajo en el mar	1094
F) Trabajo a turnos	1096
G) Trabajos de puesta en marcha y cierre de los demás	1097
H) Trabajos en condiciones especiales de aislamiento o lejanía	1097
I) Trabajos en actividades con jornadas fraccionadas	1097
3. LIMITACIONES DE LA JORNADA EN ACTIVIDADES DETERMINADAS	1098
A) Trabajos expuestos a riesgos ambientales	1098
B) Trabajo en el campo	1099
C) Trabajo en el interior de las minas	1099
D) Trabajos subterráneos y en cajones de aire comprimido en la construcción y obras públicas	1101
E) Trabajo en cámaras frigoríficas y de congelación	1102
4. EXCLUSIONES	1102
5. BIBLIOGRAFÍA	1103
 CAPÍTULO XXX. TIEMPO DE TRABAJO EN ACTIVIDADES AGRARIAS	
1. INTRODUCCIÓN	1105
2. JORNADA LABORAL	1107
3. TRABAJO NOCTURNO	1120
4. TRABAJO A TURNOS	1121
5. HORAS EXTRAORDINARIAS	1122
6. REGISTRO DE JORNADA	1124
7. DESCANSO SEMANAL Y EN DÍAS FESTIVOS	1126
8. CALENDARIO LABORAL	1130

	Páginas
9. VACACIONES	1131
10. CONVENIOS COLECTIVOS ANALIZADOS	1136
11. BIBLIOGRAFÍA	1139
CAPÍTULO XXXI. TIEMPO DE TRABAJO DEL <i>TRADE</i> Y OTROS AUTÓNOMOS	
1. EL TRABAJADOR AUTÓNOMO	1141
2. EL CONCEPTO <i>TRADE</i>	1142
3. PECULIARIDADES DEL <i>TRADE</i>	1144
4. LA JORNADA DEL <i>TRADE</i>	1145
5. <i>TRADES</i> : TRABAJADORES POR CUENTA AJENA	1147
6. LAS PLATAFORMAS	1148
7. TIEMPO DE TRABAJO Y DE DESCANSO	1152
8. LOS REPARTIDORES	1153
9. EL CONTROL DEL TIEMPO	1161
10. BIBLIOGRAFÍA	1164
CAPÍTULO XXXII. LA FIJEZA DISCONTINUA: UNA VISIÓN JURISPRUDENCIAL	
1. INTRODUCCIÓN Y CUESTIONES GENERALES	1165
A) La Reforma de 2021	1165
B) Identificación inicial	1166
C) Finalidad de la exposición	1168
2. TIPOLOGÍA	1168
A) Tareas estacionales	1168
a) Identificación legal	1168
b) Delimitación jurisprudencial	1169
c) Distinción frente al contrato fijo ordinario	1170
d) Delimitación frente al contrato para obra o servicio	1171
e) Delimitación frente al contrato eventual	1173
f) Delimitación frente a la interinidad por vacante	1174
B) Ejecución de contratas	1174
a) Situación precedente	1174
b) La nueva regulación del artículo 15.2 ET	1175
c) La nueva regulación del artículo 16.1 ET	1176
C) Empresas de Trabajo Temporal	1177
a) Situación precedente	1177

	Páginas
b) La nueva regulación	1177
3. ASPECTOS COLECTIVOS	1178
A) Contexto	1178
B) Acuerdos de empresa	1179
C) Convenios colectivos sectoriales	1180
a) Jurisprudencia preexistente	1180
b) Competencias actuales	1180
D) Representación de la plantilla	1181
4. CUESTIONES FORMALES E INFORMATIVAS	1182
A) Forma	1182
B) Deberes informativos	1182
5. DERECHOS ESPECÍFICOS	1183
A) El llamamiento	1183
a) Situación preexistente	1183
b) La nueva regulación (art. 16.3 ET)	1185
c) Llamamiento y despido	1185
B) Indemnidad (art. 16.6. I ET)	1187
C) Cómputo de antigüedad	1187
a) Situación preexistente en el complemento de antigüedad ...	1187
b) Situación preexistente en el cálculo de la indemnización por despido	1189
c) La nueva regulación (art. 16.6. II ET)	1189
D) Periodos de inactividad	1190
6. CUESTIONES COMPLEMENTARIAS	1190
A) Infracciones y Sanciones en el Orden Social	1190
B) Entrada en vigor, derogaciones y transitoriedades	1191
C) Apunte procesal	1192
 CAPÍTULO XXXIII. EL NUEVO CONTRATO FIJO DISCONTINUO.	
1. ORIGEN	1193
2. CONFIGURACIÓN JURIDICA ACTUAL	1196
A) Objeto	1196

	Páginas
B) Derechos de las personas trabajadoras fijas discontinuas	1197
a) Antigüedad	1197
b) Principio de igualdad de trato	1198
c) Garantía de indemnidad por medidas de conciliación	1198
d) Vacantes	1199
e) Formación	1199
3. FORMALIDADES CONTRACTUALES	1199
A) La exigencia de forma escrita	1199
B) Contenido necesario	1199
4. REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES DE NATURALEZA ESTACIONAL O VINCULADA A ACTIVIDADES PRODUCTIVAS DE TEMPORADA	1200
5. DESARROLLO DE TRABAJOS INTERMITENTES CON PERÍODOS DE EJECUCIÓN CIERTOS, DETERMINADOS O INDETERMINADOS	1201
6. DESARROLLO DE TRABAJOS EN CONTRATAS DE OBRAS Y SERVICIOS	1201
7. DESARROLLO DE TRABAJOS EN ETTs CON PERSONAL CEDIDO A EMPRESAS USUARIAS	1203
8. LLAMAMIENTO	1204
A) Noción	1204
B) Regulación actual	1205
9. PERIODOS DE ACTIVIDAD	1206
10. REMISIÓN A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA	1206
11. REFLEXIONES CONCLUSIVAS	1207
12. BIBLIOGRAFÍA	1208
 CAPÍTULO XXXIV. LA REFORMA DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL. EL CONTRATO POR CIRCUNSTANCIAS DE LA PRODUCCIÓN Y EL CONTRATO DE SUSTITUCIÓN	
1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS	1211
2. CUESTIONES GENERALES	1212
3. NUEVA APUESTA POR LA CONTRATACIÓN INDEFINIDA	1214
4. EL CONTRATO POR CIRCUNSTANCIAS DE LA PRODUCCIÓN ...	1215
A) Definición	1215
B) Modalidad de situación imprevisible	1216
a) Concepto	1216

	Páginas
b) Duración	1219
C) Modalidad de situación previsible	1219
a) Causas	1219
b) Duración	1220
D) No subcontratas	1221
E) Indemnización de 12 días	1222
F) Adquisición de la condición de trabajador fijo	1223
G) Mismos derechos que los trabajadores con contrato indefinido .	1227
H) Obligaciones de información	1227
I) Regulación en convenio colectivo	1228
J) Cotización adicional en contratos de duración determinada	1228
K) Infracciones y sanciones	1230
5. CONTRATO DE SUSTITUCIÓN DE TRABAJADOR	1232
A) General	1232
B) Complementar la jornada reducida	1233
C) Proceso de selección o promoción	1233
D) Contratos de sustitución en el sector público	1233
6. BIBLIOGRAFÍA	1234

SÉPTIMA PARTE

EL TRABAJO Y LA VIDA

CAPÍTULO XXXV. LA REORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO DE LAS MUJERES

1. INTRODUCCIÓN	1239
2. BREVE ANÁLISIS DE LA DISTRIBUCIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO DESDE LA PERSPECTIVA DEL TRABAJO FEMENINO	1241
3. LAS MEDIDAS LEGALES PARA FAVORECER LA REORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO DE LAS MUJERES	1243
A) Análisis de la normativa comunitaria y española	1243
B) Medidas para la reordenación del tiempo de trabajo de las mujeres	1248
4. EL PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y DE LOS PLANES DE IGUALDAD EN LA REORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO DE LAS MUJERES	1249
A) La regulación convencional y de los planes de igualdad	1249
B) Recapitulación	1254

	Páginas
5. ANÁLISIS DE LA RECIENTE JURISPRUDENCIA SOBRE LA ADAPTACIÓN DE LA JORNADA DEL ARTÍCULO 37.8 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES	1256
6. CONCLUSIONES	1260
7. BIBLIOGRAFÍA	1262
CAPÍTULO XXXVI. TIEMPO DE TRABAJO Y USO DEL TIEMPO DE NIÑOS Y JÓVENES	
1. EL TIEMPO DE LOS NIÑOS	1265
A) La evolución en los usos del tiempo de los niños	1265
B) El tiempo en el trabajo infantil: estado de la cuestión	1267
C) El concepto «menor de edad» y su influencia en las normas de trabajo infantil	1269
2. EL TIEMPO DE TRABAJO INFANTIL	1273
A) La prestación de trabajo de menores de edad: trabajos permitidos ..	1273
B) El tiempo de trabajo de menores de edad en las normas	1276
a) Jornada diaria o semanal de trabajo	1277
a') Jornadas de trabajo infantil permitidas	1280
b') Jornadas de trabajo infantiles encubiertas	1283
b) Descanso intra y entre jornadas	1285
c) Descanso semanal	1286
d) Descanso anual	1288
e) Horas extraordinarias	1290
f) Trabajo nocturno	1291
3. TIEMPO PARA LA FORMACIÓN	1293
A) El tiempo dedicado a la educación	1294
B) Su preparación para nuevos modos y tiempo de trabajo	1296
a) Nuevos modelos educativos	1296
b) Nuevos espacios para la formación	1297
c) Nuevos tiempos escolares	1297
4. BIBLIOGRAFÍA	1299

CAPÍTULO XXXVII. LA ADECUACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO PARA LA PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD Y SALUD DE LOS TRABAJADORES	
1. INTRODUCCIÓN	1305
2. LIMITACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO EN ALGUNAS ACTI- VIDADES	1308
A) Actividades de transportes por carretera	1308
B) Actividades en el transporte ferroviario	1313
C) Actividades en el transporte aéreo	1316
a) Tripulaciones de servicio en aviones que realicen transporte aéreo comercial	1316
b) Personal dedicado al control del tránsito aéreo	1317
D) Trabajo en el mar	1318
E) Trabajo en el campo	1321
F) Trabajos subterráneos de construcción y obras públicas o en el interior en minas	1322
G) Trabajo en cajones de aire comprimido y de buceo profesional .	1323
a) Trabajo en cajones de aire comprimido y en ambientes hi- perbáricos	1323
b) Trabajos de buceo profesional	1324
3. LÍMITES DEL TIEMPO DE TRABAJO DE LOS TRABAJADO- RES EXPUESTOS A RIESGOS ESPECÍFICOS	1325
A) Trabajo en cámaras frigoríficas y de congelación	1325
B) Trabajos con equipos que incluyan pantallas de visualización ...	1326
C) Trabajos con riesgos de exposición durante el trabajo a agentes cancerígenos o mutágenos, químicos o físicos	1326
a) Limitación del tiempo de trabajo para la protección de la ex- posición a agentes cancerígenos o mutágenos	1326
b) Limitación del tiempo de trabajo para la protección de la exposición al amianto	1327
c) Limitación del tiempo de trabajo para la protección de la exposición a agentes químicos	1328
d) Limitación del tiempo de trabajo para la protección de la exposición a las vibraciones y al ruido durante el trabajo ...	1328
e) Limitación del tiempo de trabajo para la protección de la exposición a las radiaciones ópticas artificiales	1329
D) Trabajo nocturno y a turnos	1329

	Páginas
E) Trabajo a distancia y el teletrabajo	1331
4. LIMITACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO DE LOS TRABAJADORES ESPECIALMENTE SENSIBLES A DETERMINADOS RIESGOS LABORALES	1332
A) Protección de las personas trabajadoras discapacitadas	1332
B) Protección de los menores	1332
C) Trabajadoras en situación de embarazo o lactancia natural	1333
5. PERÍODOS ASIMILADOS A TIEMPO DE TRABAJO EFECTIVO	1334
A) Tiempo dedicado a la formación en materia preventiva	1334
B) Tiempo utilizado por los delegados de prevención en el ejercicio de funciones	1335
C) Tiempo de trabajo suspendido a causa de infracciones en la normativa de prevención de riesgos laborales	1335
D) Tiempo de trabajo dedicado a medidas higiénicas	1336
6. BIBLIOGRAFÍA	1337
 CAPÍTULO XXXVIII. VIDA LABORAL Y EDAD DE JUBILACIÓN	
1. INTRODUCCIÓN	1341
2. LA SITUACIÓN DE ALTA O ASIMILADA A ELLA DURANTE EL DESARROLLO DE LA VIDA LABORAL Y SU INFLUENCIA EN EL ACCESO A LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN	1344
3. EL CUMPLIMIENTO DE UNA DETERMINADA EDAD Y LA JUBILACIÓN	1347
A) Edad mínima de acceso y anticipo de la edad	1347
B) El fomento del retraso en la edad de acceso a la jubilación frente a la jubilación forzosa	1350
C) Edad y legislación aplicable a la pensión de jubilación	1351
a) Aplicación de legislaciones anteriores para causar derecho a la pensión de jubilación (Disposición Transitoria 4.ª LGSS)	1351
b) Aplicación gradual y progresiva de reformas en la pensión de jubilación	1354
c) Disposiciones específicas para casos singulares	1355
d) Otras situaciones que permiten la aplicación de legislaciones anteriores	1356

	Páginas
4. EL PERÍODO DE COTIZACIÓN	1356
A) Acreditación del período mínimo de cotización	1356
B) Cotizaciones computables	1358
a) Cotizaciones efectivamente realizadas	1358
b) Las cotizaciones asimiladas y/o ficticias	1359
c) Períodos de cómputo limitado o no computables para la jubilación	1361
d) Cómputo de períodos o situaciones especiales y sus efectos	1362
5. BIBLIOGRAFÍA	1383

PRIMERA PARTE

TIEMPO Y TRANSFORMACIÓN DEL TRABAJO

CAPÍTULO I

**EL TIEMPO DE TRABAJO A TRAVÉS DE LA HISTORIA:
DEL GÉNESIS AL CIBERTIEMPO***

JUAN PABLO MALDONADO MONTOYA
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad San Pablo-CEU

1. «IN ILLO TEMPORE»

A) **Factor tiempo, jornada y descanso semanal en los textos bíblicos más remotos**

Al principio, cuando los humanos vivían de la caza y la recolección, el tiempo dedicado al trabajo debía ser muy reducido¹; bien es cierto que la esperanza media de vida sería asimismo breve (accidentes, enfermedades, fieras, agresiones tribales). El tiempo dedicado a la actividad productiva crece a partir del momento en que se desarrolla la agricultura, y desde entonces fue

* Este trabajo se realiza en desarrollo del Proyecto WOMENET, que ha recibido la ayuda PID2020-114183RB-I00, financiada por el Ministerio de Ciencia e Innovación – Agencia Estatal de Investigación (MCIN/AEI/10.13039/501100011033).

¹ Como señala MILL, J. S.: *Principios de economía política*, traducido por Teodoro Ortiz, 2.^a ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1951, p. 37, «una de las características de este estado de sociedad es que una parte y hasta cierto punto todas ella, goza de ocio».

en constate aumento². Es fácilmente ese tránsito, el abandono de la caza y la recolección para producir esos frutos, el que inspira la expulsión del paraíso –y la condena a vivir del trabajo– relatada en el Génesis y retratada con especial intensidad por los pintores del Renacimiento. En esta línea, los textos más remotos, sustentados en la tradición oral judaica, dan testimonio de cómo una vez abandonadas la caza y la recolección, el trabajo agrario de la antigüedad (ya sea el cultivo de la tierra o el pastoreo), viene marcado por la luz solar –de sol a sol– y por la naturaleza.

Durante el post-exilio, el Deuteronomio (en hebreo, «Segunda Ley») 24, 15, en relación al jornalero, ordena: «El mismo día le has de dar su salario y no se pondrá el sol dejándole pendiente», de donde se deduce que el módulo de fijación del salario era la jornada de trabajo y que la periodicidad de pago del salario era diaria. Se insiste en el Levítico 9, 13: «El salario del jornalero no pernochará en tu poder hasta la mañana siguiente»³.

El Salmo 104, 22-23 da noticia de la jornada habitual de los trabajadores del campo: «22. Sale el sol, se retiran ellos y a sus madrigueras van a tumbarse [las bestias del bosque y los leoncillos]. 23. [Entonces] sale el hombre a su tarea y a su trabajo hasta la tarde»⁴.

Pronto la ley religiosa establece el descanso semanal. El mismo Creador descansó al séptimo día, una vez concluida su obra (Gn. 2,2), y el libro del Éxodo (31, 12-17) impone la ley del *sabbath*:

12. Luego habló Yahveh a Moisés diciendo: «13. Habla tú a los hijos de Israel para decirles: En verdad debéis guardar mis sábados, porque es una señal entre Mí y vosotros en vuestras sucesivas generaciones, para que se sepa que Yo, Yahveh, es quien os santifica. 14. Guardaréis, pues, el sábado, porque es cosa santa para vosotros; quien lo profane será muerto sin remisión; pues todo aquél que trabajara en él será extirpado del medio de su pueblo. 15. Seis días se trabajará, más en el séptimo día será el descanso completo, cosa santa en honor de Yahveh; todo el que haga cualquier obra en el día del sábado morirá irremisiblemente. 16. Observarán, pues, los israelitas el sábado, celebrado el sábado a través

² SUZMAN, J.: *Trabajo: Una historia de cómo empleamos el tiempo*, traducido por Ramón González Férriz y Marta Valdivieso, Penguin, Barcelona, 2021, pp. 27, 110 y 351 a 353 atribuye la escasez de tiempo y el exceso del tiempo de trabajo no tanto a la ordenación legal del tiempo de trabajo sino a la obsesión por el trabajo y la acumulación de riqueza privada ante la incertidumbre sobre el futuro que acompaña a la humanidad desde que abandonó la caza y la recolección, y que aumenta a medida que nos distanciamos del entorno natural. A juicio del antropólogo social, la sostenibilidad medioambiental y la del ser humano, exigiría la reducción del consumismo y la existencia de mecanismos de aseguramiento del porvenir con independencia de si se trabaja o no, como el de la renta básica universal; sería éste el único modo de reducir el tiempo de trabajo: reducir la importancia que le damos al trabajo en la vida.

³ También datado en el post-exilio persa del pueblo de Israel, 538-330 a. C.

⁴ Por la numeración del salmo, también del post-exilio, sin que sea posible concretar si corresponde al periodo persa -538-330 a. C.- o al helénico -330-164 a. C.- incluso al periodo romano.

de generaciones: Alianza perpetua. 17. Será señal perpetua entre Mí y los hijos de Israel, pues en seis días hizo Yahveh los cielos y la tierra, más el séptimo día descansó y tomó respiro.»

El descanso sabático de los judíos, que con el cristianismo pasaría a dominical en recuerdo de la resurrección de Cristo, encuentra su origen en una reacción frente a la tentación de la idolatría de la productividad y del materialismo (cuanto más trabajo más riqueza), representado por el becerro de oro. Añade así el Eclesiástico 31,1: «El rico se fatiga por amontonar una fortuna, y si descansa, es para hartarse de placeres». Pobres son los que ganan tan poco que no pueden descansar: «El pobre se fatiga para vivir modestamente, y si descansa, cae en la indigencia» (Ec. 31,4), lo que entronca con el concepto que hoy tenemos de trabajo decente, como aquel que, entre otros aspectos, no implica jornadas excesivas ni horarios atípicos y contempla tiempos de descanso⁵. Bajo otra lógica, de orden económico, el exceso de trabajo de algunos con el correlativo incremento de los frutos generaría un exceso de oferta y la reducción del precio de intercambio, obligando al resto a trabajar y producir más; desde esta perspectiva, el descanso semanal preceptivo sería además un modo de limitar la producción y antecedente de las modernas técnicas de reparto del empleo.

B) El tiempo de trabajo de los romanos

a) SIGNIFICACIÓN DEL TIEMPO EN LAS RELACIONES DE TRABAJO

Entre los elementos esenciales de las *operae*, los juristas romanos destacan el «tiempo». Así, Paulo afirma: «Otra es la condición de las *operae* [...] porque se considera que el tiempo es inherente para la prestación de los días de trabajo»⁶. Desde su pragmatismo, los jurisprudentes no conciben el trabajo sino en relación a la actividad productiva y el servicio, y éstos presuponen, entre otras cosas, un «tiempo» o «momento» de ejecución. Mientras el término *opus* se refiere al resultado del trabajo (y es el objeto de la *locatio conductio operis faciendi*), el femenino *opera* (plural, *operae*) expresa la actividad del trabajador, por lo que –de hecho– en la *locatio conductio operarum* el objeto del contrato se confunde con

⁵ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «Trabajo decente y tiempo de trabajo», en LÓPEZ INSUA, MARÍA DEL MAR (Coord.) y MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS; GORELLI HERNÁNDEZ, J. L. y DE VAL TENA, Á. (Dir.). *El trabajo decente*, Comares, Granada, 2018, p. 142 y ss.

⁶ Digesto 40, 7, 20, 5: *Alia causa est operarum [...] inesse enim videtur tempus [...] operarum praestationi.*

el «tiempo o jornadas en que se desarrolla esa actividad»⁷, si es que no lo hace con el propio trabajador, razón por la cual la *lex Aelia Sentia* habría prohibido la promesa de *operae* del liberto que fueran de por vida⁸.

Las *operae* se presentan como inseparables del elemento cronológico; desconectado de este último, el trabajo estaría fuera de la realidad. De ahí que Ulpiano enuncie el principio: *Operae in rerum natura non sunt* («Los servicios no existen en la naturaleza»)⁹. Del mismo modo, para Paulo, las *operae* sólo existen en *rerum natura* cuando llega el día en que ha de darse la prestación: «El trabajo consiste en un acto, y no existe en la naturaleza de las cosas antes que comience a correr el término en que se ha de prestar»¹⁰. Como muestra De Robertis, a quien principalmente acudimos al estudiar el tiempo de trabajo en la antigua Roma, siendo el tiempo el que las hacía estar en *rerum natura*, la omisión del elemento temporal acarrea la ineficacia jurídica e inexistencia de las *operae* concertadas¹¹. Por el mismo motivo, son ineficaces (*inutilis*) las convenciones de *operae* celebradas sin haber establecido correctamente el elemento «tiempo»: «Es ineficaz esta estipulación... ¿Prometes prestarme hoy cien servicios tuyos de pintor?»¹²; porque, siendo en el derecho romano clásico una jornada de trabajo la unidad mínima de contratación, hubiera sido imposible realizar cien de ellas en un solo día. Por otro lado, siendo las *obligationes operarum* de ejecución continuada, no podían agotar la prestación en un solo acto. Como Ulpiano advierte¹³: «Por naturaleza, a la obligación le es inherente cierto tracto de tiempo». De agotarse en un solo acto, se hubieran encauzado por la compraventa en vez de por la locación¹⁴; no olvidemos que los romanos concebían las *operae* como cosas, y a la obligación como una obligación de dar (*operas dare*)¹⁵.

⁷ PÉREZ LEÑERO, J.: *Antecedentes de la relación laboral en el derecho romano*, Escuela social de Madrid, 1948, p. 10. En esta línea, para ALARCÓN CARACUEL, M. R.: *La ordenación del tiempo de trabajo*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 67, el tiempo de trabajo no solo es medida de la prestación del trabajador, sino que puede ser considerado «incluso como la prestación misma».

⁸ GÓMEZ-IGLESIAS CASAL, Á.: *La influencia del Derecho Romano en las modernas relaciones de trabajo*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 30 a 36. Similar postura, con apoyo en Amirante, Martini y Macqueron, en ALEMÁN PÁEZ, F. y CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S.: *Del trabajo como hecho social al contrato de trabajo como realidad normativa: un apunte histórico-romanístico*, Dykinson, Madrid, 1997, pp. 32 y 40.

⁹ Dig. 38, 1, 9 pr

¹⁰ Dig. 7, 7, 1 pr.: *Opera in actu consistit nec ante in rerum natura est quam si dies venit quo praestanda est.*

¹¹ DE ROBERTIS, F. M.: *I rapporti di lavoro nel diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1946, p. 30.

¹² Dig. 38, 1, 24 pr.: *Inutilis est haec stipulatio: operas tuas pictorias centum hodie dare spondes?*

¹³ Dig. 38, 1, 24: *Re ipsa inest obligationi tractus temporis.*

¹⁴ Así opina DE ROBERTIS, F.: *I rapporti di lavoro...*, cit., pp. 29 y 30, de la quien, entre otros, discrepa GÓMEZ-IGLESIAS CASAL, Á.: *La influencia...*, cit., p. 29, n. a p. 13, por entender que tal consideración entra en contradicción con los principios de Ulpiano y Paulo arriba recogidos y que impedirían la cosificación de algo que no existe en el momento de celebrarse.

¹⁵ DE ROBERTIS, FRANCESCO M.: *I rapporti di lavoro...*, cit., pp. 29, 30 y 108.

La inseparabilidad del factor temporal y del «trabajo» en las obligaciones de *operae* trae consigo otra importante consecuencia: A diferencia de lo que puede suceder en obligaciones de otra especie, las *operae* deben prestarse en el momento debido. Si éste transcurre infructuosamente, como el tiempo no vuelve hacia atrás, la prestación deviene imposible. Ante esta eventualidad los juristas romanos afirman que las *operae* están perdidas (*praeteritate*¹⁶ o *peritae*¹⁷) y son inexigibles. Una vez transcurrido el día señalado para su cumplimiento, ya no son ejecutables y no cabe más que la *solutio* del equivalente en dinero o *aestimatio*, con independencia de cuál sea el motivo de frustración de la prestación¹⁸.

Para el romanista De Robertis, se trata de un «proceso de abstracción que encuentra su fundamento lógico en la particularísima cualidad del elemento tiempo concebido como algo absoluto e irrepetible, y que refleja ese carácter sobre toda la estructura de la relación». Sin embargo, los romanos no llegaron a esa conclusión por mera abstracción, sino por necesidades prácticas; cada trabajo tiene su razón de ser en las exigencias productivas para las que está preordenado, y éstas pueden estar condicionadas por el elemento tiempo hasta el punto de que una prestación diferida o anticipada puede resultar inútil y hasta perjudicar los fines perseguidos por el comitente; más aun en una sociedad y economía de base agraria como la romana, en la que trabajos como, por ejemplo, la siembra o la recogida de la cosecha son estacionales e inaplazables. Era precisamente esta la razón por la que para la realización de determinadas actividades de temporada, como la siega, en las que la familia romana y los esclavos no podían hacerse cargo en exclusiva de dichas actividades en los breves periodos de tiempo que la naturaleza impone, se acudiese a la contratación de *operare* de personas ajenas a la familia. Todo apunta a que la *locatio conductio operarum* surgió y se moldeó marcada por estas necesidades, confundida en un primer momento con la *locatio rei* o arrendamiento de cosas, a la que se acudía en el caso de arrendamiento de esclavos, y que dejó su impronta en la *locatio conductio operarum*¹⁹.

Las partes podían pactar libremente el momento de ejecución de la prestación. Si no se hubiera convenido nada, la regla era que la prestación debía cumplirse tan pronto como según su naturaleza fuese posible: «*Nihil peti potest ante id tempus quo per rerum naturam persolvi poterit*» («Nada se puede pedir antes del tiempo en que por naturaleza de las cosas se puede pagar») ²⁰. Debido a su

¹⁶ Dig. 38, 1, 8 pr.

¹⁷ Dig. 33, 2, 7; 38, 1, 34.

¹⁸ DE ROBERTIS, FRANCESCO M.: *I rapporti di lavoro...*, cit., p. 31.

¹⁹ *Ibidem*, p. 32.

²⁰ Dig. 50, 17, 186.

naturaleza, las *operae* no necesitaban de ninguna actividad preparatoria. Por eso, encontramos la afirmación: «*Cedunt operae ex die interpositae stipulationis*» («Se deben los servicios desde el día en que se estableció la estipulación») ²¹. A falta de pacto, las *operae* se devengaban en el momento de la convención y debían prestarse inmediatamente, salvo que se tratase de obligaciones que por su naturaleza requiriesen de preparativos antes de su ejecución, en cuyo caso se devengaban una vez transcurrido el espacio temporal que dichos preparativos requirieran ²². Excepción eran asimismo las *operae testamento relictæ* (servicios dejados en un testamento) ²³ o de *operae officiales* del liberto ²⁴, que se devengaban *ex die petitionis* por parte del heredero o del patrono respectivamente ²⁵. Esta última excepción estaba justificada por la misma naturaleza del negocio, que conllevaba que las *operae* fueran prestadas *ex commodo patroni* ²⁶.

Rige la regla de imposibilidad de reproducción de las *operae* en el tiempo y en el espacio: «*Nec volens quis operas reddere potest*» («Ni queriendo puede alguno restituir las *operae*») ²⁷. Quedaba por tanto excluida la repetición en especie de las *operae* indebidamente prestadas ²⁸.

²¹ Dig. 38, 1, 24.

²² Pero parece lógico que en esos casos se acudiera a la *locatio operis*: «*Qui insulam fieri spondit non utique conquisitis undique fabris et plurimis operis adhibitis, festinare debet, nec rursus utroque aut altero contentus esse, sed modus adhibendus est secundum rationem diligentis aedificatoris et temporum locorumque...*» («El que prometió hacer una casa no debe ciertamente apresurarse reuniendo de cualquier parte los operarios y haciendo muchos trabajos, ni tampoco se ha de contentar con uno que otro, sino que se ha de guardar moderación conforme a la manera de un constructor diligente, y según las circunstancias del tiempo y de lugar»), Dig. 45, 1, 137, 3.

²³ Dig. 33, 2, 7.

²⁴ Dig. 38, 1, 13, 2; h. t. 22.

²⁵ Dig. 38, 1, 13, 2: *Iudicium de operis tunc locum habet cum operae praeterierint. Praeterire autem non possunt antequam incipiant cedere et incipiunt posteaquam fuerunt indictae* («La acción por servicios tiene lugar cuando los servicios hubieren pasado; más no pueden pasar antes que comience a correr su término; y comienzan, después que hubieren sido impuestos»). Dig. 38, 1, 22 pr.: *Cum patronus operas stipulatus sit, tunc scilicet committitur stipulatio cum poposcerit, nec libertus praestiterit. Nec interest dicta sint haec verba 'cum poposcerit', an non sint adiecta. Aliud enim est de operis, aliud de ceteris rebus... absurdum est credere alio die deberi officium quam quo is vellet, cui praestandum est* («Cuando el patrono haya estipulado servicios, se incurre, a la verdad, en la estipulación, cuando los hubiere pedido, y el liberto no los hubiere prestado. Y no importa que se hayan añadido estas palabras: cuando los hubiere yo pedido o que no se hayan añadido. Porque una cosa es tratándose de servicios, y otra de las demás cosas... es absurdo creer que se debe el oficio en otro día que en el que lo quiera aquel a quien se le han de prestar»). Dig. 38, 1, 24: *Peti quidem operae non possunt nisi praeteritae, quia etsi non verbis at re ipsa inest obligationi tractus temporis...* («Ciertamente que no se pueden pedir *operae*, sino siendo pasadas, porque es inherente a la obligación por la naturaleza de la cosa cierto espacio de tiempo»). Dig. 45, 1, 73 pr.: *Si operas quis a liberto stipulatus sit, non ante dies earum credit quam indictae fuerint nec sint praestitae* («Si alguno hubiera estipulado de un liberto servicios, no vence el término de estos antes que se hayan impuesto y no hayan sido prestados»).

²⁶ DE ROBERTIS, FRANCESCO, M.: *I rapporti di lavoro...*, cit., pp. 32 y 107 a 108.

²⁷ Dig. 12, 6, 26, 12.

²⁸ DE ROBERTIS, FRANCESCO, M.: *I rapporti di lavoro...*, cit., pp. 33 a 35. Dig. 19, 5, 25: *Si per errorem operae indebitae datae sunt, ipsae repeti non possunt... quod autem indebitum datur aut ipsum*

Uno de los elementos que para los romanos marcaban la diferencia entre las *obligationes operarum* y las *obligationes operis faciendi*, tenía que ver precisamente con el factor tiempo, en cómo este juega de distinta manera en uno y en otro, en función de la posición de subordinación de quien se comprometía a dar o prestar *operae* y la de autonomía de quien se comprometía a realizar una *opus*.

b) DURACIÓN DE LA «LOCATIO CONDUCTIO OPERARUM»

La unidad mínima de contratación de los servicios personales era la jornada de trabajo, y esta era indivisible. Como afirma Paulo, «por su propia naturaleza algunas condiciones... contienen necesaria división de tiempo, como cuando se le mandó a uno que diese diez *operae*, porque las *operae* se dan de día en día»²⁹.

Normalmente las convenciones se contraían por tiempo determinado (*ad certum tempus*)³⁰. En ese supuesto, no era posible la rescisión unilateral antes de la terminación prevista, salvo casos excepcionales, que el juez valoraba en cada caso. En este sentido, una constitución de Diocleciano: «Si aquellos contra quienes reclamas te dieron en arrendamiento sus propios servicios, habiéndose hecho la locación por tiempo cierto, al conocer la causa ordenará el juez competente que, en cuanto lo consiente la buena fe, se observe la convención»³¹. Parece que nada impedía la celebración de la *locatio conductio operarum* sin hacer referencia expresa al momento de su terminación, por tiempo indefinido. En ese caso, en que no se hubiera determinado la duración, se entendía que el *locator* era contratado por una jornada, unidad básica de trabajo; de tal manera que este recuperaría su libertad de trabajo personal al final de cada jornada de trabajo o peonada, pero no durante el transcurso de cualquiera de ellas. Con todo, para De Robertis, la rescisión unilateral en los contratos a término debía ser práctica muy frecuente, como se deduce no solo del hecho de que Diocleciano se viera en la necesidad de dictar la constitución mencionada, sino también de la abundancia de ejemplos de cláusulas penales que protegían contra

repeti debet aut tantundem ex eodem genere, quomodo neutro modo operae repeti possunt («Si por error se dieran *operae* no debidas, no pueden éstas repetirse; porque dando una cosa para que se vuelva otra, podemos obligarnos por derecho de gentes. Más lo que se da, no siendo debido, debe repetirse, o ello mismo, u otro tanto del mismo género, y de ninguno de estos modos pueden repetirse las *operae*»).

²⁹ *Quaedam condiciones natura sui [...] necessariam habent temporis divisionem, velut cum decem operarum iussus est dare, quia operae per singulos dies dantur* (Dig. 40, 7, 20, 5).

³⁰ Lo habitual era que la duración no superase el año.

³¹ *Si hi contra quos supplicas, facta locatione certi temporis, suas tibi locaverint operas, quatenus bona fides patitur, causa cognita competens iudex conventionem servari iubebit* (Codigo Justiniano IV, 65, 22).

este tipo de eventualidad³², por lo general mediante compensaciones económicas equivalentes a la retribución de las *operae* restantes³³.

c) JORNADA DE TRABAJO

Entonces como ahora la cuestión de la jornada de trabajo era compleja. De la inicial sencillez de la primitiva vida rural, en la que el trabajo mantenía ocupado al romano toda la jornada, desde el alba hasta el ocaso (con descansos para la ofrenda matutina, el almuerzo y la siesta), con el crecimiento económico y social se pasó a una compleja diversidad de jornadas, sobre todo en los trabajos urbanos. No todas las actividades tenían la misma jornada, ni siquiera aproximadamente. Además, la diversidad de ambientes económicos por regiones y de condiciones jurídicas y sociales de los trabajadores debió implicar la existencia de horarios de todo tipo. Debían existir normas consuetudinarias, especialmente en función de las leyes físicas y meteorológicas que rigen las actividades cotidianas del hombre. El trabajo al aire libre, como el de agricultores y jornaleros, debía resultar casi impracticable por la noche, más aún si tenemos presente que entonces no existían sistemas de iluminación adecuados. Parece incluso que la jurisprudencia estableció como regla general que las *operae* debían prestarse de día, razón por la que se llaman *diurnum officium*³⁴. No obstante, nada impediría que también pudieran contratarse los servicios en horario nocturno; en este sentido Paulo afirma: «Un hombre libre cuyo *status* depende de él mismo, puede empeorarlo o mejorarlo; por esta razón arrienda sus servicios diurnos y nocturnos»³⁵. Era sin embargo preferible hacer algunos trabajos al caer la noche, como los que requerían fresco y humedad (como la vendimia) y aquéllos otros para los que la luz del invierno apenas dejaba tiempo. Es más, diversas normas estimulaban o incluso imponían el trabajo nocturno en algunas actividades molestas para los restantes ciudadanos³⁶. Por el contrario, en otras

³² Corpus Inscriptionum Latinarum III, 948, 1: *Si invito conductore recedere aut cessare voluerit. Dare dabit in dies singulos HS V numeratos* («Si desea cesar sin el consentimiento del conductor, entregará cada día 5 HS numerados»).

³³ DE ROBERTIS, F. M.: *I rapporti di lavoro...*, pp. 141 a 143.

³⁴ Dig. 38, 1, 1; h. t. 3, 1.

³⁵ *Homo liber qui statum suum in potestate habet et meliorem cum et peiorem facere potest: atque ideo operas suas diurnas nocturnasque locat* (Paulus. Sent. II, 18, 1).

³⁶ Así, Julio Cesar prohibió que los carros circularan dentro de la ciudad de Roma después del alba, salvo algunas excepciones en días festivos señalados y como la de los contratistas y alarifes para derribar *insulas* y reedificarlas, actividad muy común en la sísmica península itálica; prohibición que más tarde Claudio extendió a todos los municipios italianos, y Marco Aurelio a todas las demás ciudades del imperio (CARCOPINO, J.: *La vida cotidiana en Roma*, 3.ª ed, Hachette, Buenos Aires, 1984, pp. 85 y 86).

actividades se prohibió el trabajo nocturno³⁷. Cuando nada se hubiere pactado, hay que pensar que se estaba a la jornada de trabajo marcada por la costumbre, que entre los romanos variaba mucho en función de las estaciones, de los distintos ambientes económicos y de los distintos sectores productivos. Pero, fácilmente, si no se hubiera establecido otra cosa, el encargo de las *operae* significaba una jornada de trabajo *ab ortu solis in occasum*, desde el alba hasta el ocaso³⁸.

Cuando nada se hubiere pactado, hay que pensar que se estaba a la jornada de trabajo marcada por la costumbre, que entre los romanos variaba mucho en función de las estaciones, de los distintos ambientes económicos y de los distintos sectores productivos. Pero, fácilmente, si no se hubiera establecido otra cosa, el encargo de las *operae* significaba una jornada de trabajo desde el alba hasta el ocaso.

Los romanos dividían el día natural en dos partes claramente distintas: del alba al ocaso y del ocaso al alba. Es natural que por lo general el trabajo se realizara durante la primera mitad y que la otra parte de la jornada se reservase al descanso. Cada una de esas dos partes se subdividía a su vez en doce porciones (*horae*)³⁹ no equinocciales⁴⁰, por lo que la hora no equinoccial oscilaba desde un mínimo de 44 minutos y 30 segundos (el 30 de diciembre) hasta un máximo de 75 minutos y 30 segundos (25 junio), según día del año⁴¹; únicamente en los equinoccios duraban 60 minutos primos. Este modo de cálculo del tiempo, que no depende de una sucesión continua de unidades temporales constantes, sino de acontecimientos naturales como la luz solar y unidades temporales variables, se habría desarrollado en Egipto y de ahí se habría extendido por Europa y Oriente, hasta que a principios del siglo XIV comenzó a utilizarse la hora constante y abstracta⁴².

Para aprovechar al máximo la luz solar, lo normal era levantarse antes incluso de las primeras luces, por lo que los trabajos en general comenzaban al alba. Por lo tanto, podemos pensar que por lo general la jornada de trabajo comprendía entre siete a ocho horas para los trabajadores autónomos y entre ocho a doce horas diurnas para los esclavos y jornaleros. La máxima de Catón, según la cual los esclavos debían trabajar o dormir, deja poco margen para cualquier interrupción o descanso voluntarios. Primaba el interés del patrón en

³⁷ Lex Metallii Vipascensis 9, que contempla elevadas penas para los que trabajasen de noche en las minas hispanas de Vipasca.

³⁸ DE ROBERTIS, F. M.: *I rapporti di lavoro...*, cit., pp. 266 y 267; *Storia sociale di Roma. Le classi inferiori*, L'Erma di Bretschneider, Roma, 1981, pp. 165 y ss.

³⁹ La 1.^a hora, la 2.^a hora... hasta la 12.^a hora.

⁴⁰ Censorino, 23, 6: *In horas XII divisum esse diem noctemque in totidem vulgo notum est* («Es sabido que el día y la noche se dividen en 12 horas»).

⁴¹ Véase, JOHNSTON, H. W.: *La vida en la antigua Roma*, Alianza, 2.^a ed., traducción de Joaquín Pastor, Alianza, Madrid, 2016, pp. 359 a 361.

⁴² POSTONE, M.: *Tiempo, trabajo y dominación social*, traducido por María Serrano, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 274 y 275.

reducir todo lo posible las horas consagradas al descanso. La práctica era explotar a los esclavos hasta que las fuerzas aguantaran, de manera compatible con el interés por conservar íntegras su salud y capacidad de trabajo. En conjunto las condiciones del trabajo servil y de los trabajadores libres a jornal eran más duras. La vida entera de los esclavos era de trabajo y propiedad de sus amos, desprovistas de los derechos propios de la dignidad⁴³. Sus jornadas de trabajo eran excesivamente largas, con doce o más horas equinociales de trabajo, variando desde un mínimo de 8,86 horas de nuestra época hasta un máximo de 15,06⁴⁴. No obstante, dentro de esas 8,86 o 15,06 horas habría que incluir la interrupción del mediodía para el almuerzo y un breve descanso vespertino. Todo lo anterior hace pensar a Francesco de Robertis que el tiempo de trabajo efectivo de los romanos no superaría en mucho las ocho horas diarias con cómputos modernos^{45 46}.

d) DESCANSOS DURANTE LA JORNADA

Comúnmente, el trabajo se interrumpía a mediodía (*meridiatio*), al cumplirse la sexta hora, para un almuerzo y un descanso, que, aunque no siempre se permitía a los esclavos, normalmente era disfrutado por los trabajadores libres, sobre todo en el sector agrícola, desde la séptima a la octava hora del día: «El reposo de los fatigados es a la sexta hora; a la séptima, acaba»⁴⁷. Probablemente, con la *meridiatio* terminaba la actividad de los trabajadores autónomos, que solían dedicar las restantes horas al baño y a la cena, mientras que para los esclavos, y seguramente también para los trabajadores libres a jornal, continuaba fácilmente después hasta la caída de la noche, sin tiempo por tanto para su desarrollo personal y socialización alguna, motivo este que contribuía al desprecio social hacia los asalariados⁴⁸.

⁴³ MONTOYA MELGAR, A.: «El trabajo y la vida: contradicciones y conciliaciones», en MALDONADO MONTOYA, J. P. (Dir.), *Mind the Gap: Para un sistema productivo de equidad entre mujeres y hombres*, Laborum, Murcia, 2015, p. 113.

⁴⁴ Mucho mejor era la situación del trabajador autónomo, que, al poder disponer el horario de trabajo según su criterio, solía dar por terminada la actividad a la séptima hora del día, realizando así una jornada laboral que oscilaba entre las 5,15 y las 8,79 horas diarias en función de las horas de luz solar a lo largo del año.

⁴⁵ DE ROBERTIS, F. M.: *I rapporti di lavoro...*, p. 144.

⁴⁶ *Ibidem*, pp. 144 y 268 a 273.

⁴⁷ *Sexta hora quies lassiss, septima finis erit* (Epigramas de Marcial, IV, 8).

⁴⁸ MONTOYA MELGAR, A.: «El trabajo y la vida: contradicciones y conciliaciones», *cit.*, p. 113, con comparación –p. 116– con las reflexiones de Marx sobre la alineación de la clase obrera como «no dueña de su tiempo» y carente de ocio.

Había incluso tiempo de descanso para el cuidado del cuerpo y los baños ⁴⁹. Avanzado el tiempo, en el siglo I, el cónsul Lucio Neracio Prisco prescribe: «No solamente ha de ser alimentado el liberto, sino también otro cualquiera que preste servicios, o se les ha de dejar el tiempo suficiente para procurarse el sustento, y en todos los casos se les ha de dejar el tiempo necesario para el cuidado de su cuerpo» ⁵⁰.

e) FESTIVOS Y DESCANSO SEMANAL

Había en Roma numerosas fiestas, tanto públicas como privadas, en las que frecuentemente no se trabajaba, con gran variedad, en función de las distintas épocas, lugares y ambientes sociales. Desde antiguo existían días festivos especiales para los agricultores, como las *sementivae*, durante las que estaba prescripto el descanso no sólo de los campesinos, sino también de los esclavos y de los animales de carga, y cada ocho días se suspendía el trabajo del campo para que todos pudieran acudir a los mercados a vender sus propias mercaderías y comprar otras. El calendario juliano, vigente en el primer siglo del Imperio, tiene cuarenta y ocho días de fiestas públicas. Más tarde, el número de días festivos fue aumentando progresivamente, hasta sumar casi una tercera parte del año; pero de todas ellas no más de sesenta eran preceptivas (*imperativae*), durante las cuales trabajar era una profanación que daba lugar a expiaciones y sanciones pecuniarias ⁵¹. Parece que por regla general también los esclavos se beneficiaban de las *feriae publicae*; si no siempre con el pleno descanso, sí al menos –para los amos más exigentes–

⁴⁹ Véase DE ROBERTIS, F. M.: *Storia sociale di Roma...*, cit., pp. 61 a 65. En Dig. 38, 1, 26, Publio Alfeno Varo [I a. C.] relata como algo habitual los descansos a mediodía (*requiescere meridiano tempore*) y para cuidar de la salud y el decoro (*rationem habere valetudinis et honestatis suae*).

⁵⁰ *No solum autem libertum, sed etiam alium quemlibet operas edentem, alendum aut satis temporis ad quaestum alimentorum reliquendum et in omnibus tempora ad curam corporis necessariam relinquenda* (Dig. 38, 1, 50, 1).

⁵¹ MACROBIUS, S., I 16: *Sacerdotes affirmabant feriae pollui, quotiens iis indictis conceptisque opus aliquod fieret [...] et praecepti negligens multabantur. [...] Scaevola denique consultus quid feriis agi liceret? Varro respondit id quod praetermissum noceret: quapropter si bos specus decidisset, eumque pater familias adibitis operis liberasset, non est visus ferias polluisse; ne ille qui travem tecti fractam fulciendo ab imminente vindicavit ruinae* («Los sacerdotes afirmaban que se deshonraba la festividad cuando se realizaba algún trabajo en los días señalados y declarados [...] y era multado quien incumplía el precepto. [...] Preguntando Escévola qué estaba permitido hacer durante los días festivos, Varrón respondió que aquello que si no se hiciera causaría un perjuicio; por ejemplo, no le parecía que deshonrara el día festivo el padre de familia que sacase un buey que se hubiera caído en una acequia, ni tampoco el reparase el tejado de su casa para evitar una ruina inminente»).

con la dispensa de los trabajos cotidianos más duros⁵², así como de las fiestas privadas de la familia, y que incluso los amos permitieran que los esclavos celebrasen por su cuenta algunas fiestas particulares, especialmente cuando pertenecía a algún colegio. Hay por lo tanto que pensar que los trabajadores que habían arrendado sus servicios también se beneficiaban de dichos descansos⁵³. Con el paso del tiempo y la extensión del dominio romano, el cumplimiento de las normas sobre el descanso en los días festivos, en tiempos observadas escrupulosamente, se fueron relajando, lo que bien pudiera responder tanto al desconocimiento de la costumbre entre muchos de los pueblos conquistados, como de la existencia de costumbres propias en esos nuevos territorios⁵⁴.

Avanzado el Bajo Imperio, cuando el cristianismo está ya extendido, una constitución imperial de 389 ordena los días de fiesta y el descanso dominical:

Será conveniente que permanezcan siendo feriados únicamente los días de los dos meses que el año ha destinado con más indulgencia para descanso del trabajo, los del estío, para mitigar el calor, y los del otoño para recoger los frutos. También destinamos al descanso los acostumbrados días de las Calendas de Enero. Agregamos a éstos los días de la fundación de las más grandes ciudades, Roma y Constantinopla, en los cuales deben aplazarse los derechos, porque también de las mismas nacieron, los sagrados días de la Pascua, que en número de siete la preceden o la siguen, los días de la Natividad y de la Epifanía de Cristo, y el tiempo en que con razón se celebra por todos la conmemoración de la pasión apostólica, maestra de toda la Cristiandad; en cuyos santísimos días tampoco damos licencia para espectáculos. En la misma observancia incluimos también los *dies solis*, a los que con razón llaman domingos nuestros mayores, y que se repiten periódicamente⁵⁵.

⁵² El calendario rural más antiguo imponía el descanso durante las *feriae sementivae* (ferias de la siembra) también para los esclavos, con graves sanciones religiosas contra sus propietarios si les obligaban a trabajar.

⁵³ DE ROBERTIS, F. M.: *I rapporti di lavoro...*, cit., p. 274. Discrepando, PÉREZ LEÑERO, J.: *Antecedentes...*, cit., p. 20, para quien el trabajo del esclavo era ininterrumpido y sin descanso, con excepción de las saturnales, que se celebraban con el solsticio de invierno.

⁵⁴ DE ROBERTIS, F. M.: *I rapporti di lavoro...*, cit., pp. 273 a 279.

⁵⁵ *Illos tantum manere feriarum dies erit, quos geminis mensibus ad requiem laboris indulgentiur annus accepit, aestivos fervoribus mitigandis, et autumnos fructibus decerpendis. Kalendarum quoque Ianuariarum consuetos dies otio mancipamus. His adiicimus natalitios dies urbium maximarum, Romae et Constantinopolis, in quibus debent iura differi, quia et ab ipsis nata sunt, sacros quoque paschae dies, qui septeno vel praecedent numero vel sequuntur, dies etiam natalis atque epiphaniarum Christi, et quo tempore commemoratio apostolicae passionis, totius Christianitatis magistrae a cunctis iure celebratur; in quibus etiam praedictis sanctissimis diebus neque spectaculorum coenam reseramus. In eadem observatione numeramus et dies solis, quos dominicos rite dixere maiores, qui repetio in se calculo revolvuntur* (Cod. Justiniano III, 12, 7).

2. EN LA ERA INDUSTRIAL

A) Mercantilización del tiempo del trabajador

Las horas constantes, de igual duración, aparecen en Europa en la primera mitad del siglo XIV, después de la invención de los relojes mecánicos durante la centuria precedente. El reloj y la hora moderna tuvieron varias consecuencias. El tiempo se vuelve abstracto y se desvincula de los acontecimientos naturales; deja de pender del sol y la luna, y de las estaciones, disociándose de los acontecimientos humanos. Además, al ser las nuevas horas iguales en cualquier momento del día y año, permiten que el tiempo y jornada de trabajo sea medible, allanando así el camino a su mercantilización.

El tiempo natural continuó rigiendo en el ámbito rural, incluso en las ciudades. En un primer momento, el tiempo abstracto intervenía tan solo sobre la vida de los mercaderes y de unos pocos asalariados. A partir del siglo XVII, el triunfo definitivo del sistema capitalista y del mercado acaba imponiendo la hora y la jornada abstractas, constantes y exactas, lo que reza muy especialmente para el trabajo asalariado⁵⁶. El tiempo –se ha dicho– es un «medio simbólico de orientación» que forma parte del acervo cultural en cada sociedad a lo largo de los siglos⁵⁷.

La revolución industrial abrió paso a jornadas laborales con frecuencia extenuantes, de hasta 16 horas o más; 14 eran las habituales en la industria británica de principios del XIX. Las 10,5 horas diarias –llegarían a 8– que en 1810 el industrial, filántropo y socialista utópico Robert Owen implantó en su fábrica de New Lanark junto con otras medidas en favor de los trabajadores son excepción en un escenario en el que los dueños de las fábricas, comportándose más como «propietarios» que como parte de un contrato bilateral, imponían las condiciones de trabajo, con jornadas excesivas.⁵⁸

En ese contexto no son de extrañar las reflexiones de Hegel al distinguir entre el trabajador libre y el esclavo en función de la limitación o no del tiempo de trabajo: «De mis posibilidades de actividad, puedo enajenar a otro producciones individuales y un uso de ellas limitado en el tiempo, porque con esta limitación se mantienen en relación exterior con mi totalidad y universalidad. Con la enajenación de todo mi tiempo concreto de trabajo y de la totalidad de

⁵⁶ POSTONE, M.: *Tiempo, trabajo y dominación social*, cit., pp. 275 a 291.

⁵⁷ ELIAS, N.: *Sobre el tiempo*, traducción de Guillermo Hirata, México, 1989; sobre todo, pp. 94 a 111.

⁵⁸ Hay que atribuir a Owen la máxima «ocho horas para trabajar, ocho horas para descansar, ocho horas de ocio», que con los años llegó a hacer realidad en New Lanark

mi producción, convertiría en propiedad de otro lo sustancial mismo, mi actividad y realidad universal, mi personalidad»⁵⁹.

Mucho antes [1518], Tomás Moro, exaltaba una vida de trabajo, «pero, sin por ello, fatigarse sin resuello, como una bestia de carga, desde que amanece hasta que anochece. Esta vida, embrutecedora para el espíritu y para el cuerpo, es peor que la tortura y la esclavitud»⁶⁰.

B) Mujeres y niños primero

La dureza de las condiciones de trabajo, de las que las extenuantes jornadas laborales eran muestra más evidente, motivó que desde distintas instancias (sindicales, políticas, filosóficas, benefactoras, institucionales) se postulase por la limitación de las jornadas de mujeres y niños, supuestos estos que de forma más inmediata conmovían la conciencia.

En un proceso que se repetiría más tarde por otras naciones, las primeras leyes de fábricas inglesas (*Factory Acts*) limitan el tiempo de trabajo de mujeres y niños. La primera de esas leyes, la *Health and Morals of Apprentices Act* (Ley de Moral y Salud de Aprendices) de 1802, restringe a doce horas el trabajo diario de los niños en las fábricas. La ley de fábricas de 1833 estableció la jornada máxima de los niños de entre 9 y 13 años a 8 horas diarias, manteniendo la de 12 horas para los adolescentes que tuvieran entre 14 y 18 años. En 1847 la jornada laboral de los varones menores de dieciocho años y de todas las mujeres (cualquiera que fuera su edad) quedó limitada a diez horas diarias en dichos establecimientos, si bien otra ley de 1850 la amplió hasta 10,5 horas.

Estas primeras normas laborales, limitadoras de la jornada de mujeres y, sobre todo, niños, se extienden por todo el continente europeo. Aunque con algo de retraso, también llegaron a España. El malogrado proyecto de ley de Alonso Martínez, de 8 de octubre de 1855, sobre ejercicio, policía, sociedades, jurisdicción e inspección de la industria manufacturera, limitaba el trabajo de niños entre 8 y 12 años a la mañana o a la tarde, y el de jóvenes entre 12 y 18 a diez horas diarias. La abdicación de Amadeo de Saboya dio al traste con la proposición de Manuel Becerra, de 20 de octubre de 1872, para la mejora de las condiciones morales de las clases obreras, que limitaba la jornada de traba-

⁵⁹ En 1817, HEGEL, G. W. F.: *Principios de la Filosofía del Derecho*, traducido por José Luis Vermal, Edhasa, Barcelona, 1999, p. 154, parágrafo 67. Extensamente, ALONSO OLEA, M.: *Alienación: historia de una palabra*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1974, p. 74 y ss., y *De la servidumbre al contrato de trabajo*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1987, pp. 143 y ss.

⁶⁰ MORO, T.: *Utopía*, traducido por Pedro Rodríguez Santidrián, Alianza, Madrid, 2002, p. 125.

jo de los menores de 15 años a ocho horas o a diez, en función –respectivamente– de si asistían o no a la escuela, con prohibición del trabajo nocturno en ambos casos. Será durante la I República que ve la luz la llamada Ley Benot, por haberla promovido el entonces ministro de Fomento, Eduardo Benot, en la que junto a alguna elemental materia de higiene, se limite la jornada de los trabajadores menores de 17 años cualquiera que fuere su sexo en fábricas, talleres, fundiciones y minas: varones entre 10 y 13 años de edad, y niñas entre 10 y 14, no más de cinco horas diarias; varones entre 13 y 15 años, y mujeres entre 14 y 17, ocho horas diarias; con prohibición del trabajo a partir de las ocho de la tarde para los varones menores de 15 años y mujeres con menos de 17. Durante la Restauración, la limitación de jornada de mujeres y niños se integraría en normas protectoras de ambos colectivos de contenido más amplio. Así, la proposición de ley de Manuel Dávila, de 26 de abril de 1877, que, aunque fallida, allanaría el camino a posteriores iniciativas⁶¹. En 1883, se crea la Comisión de Reformas Sociales, con el cometido principal entre otros de estudiar la jornada de trabajo y posibilidades de mejora⁶²; sus informes dan lugar a distintos proyectos de ley sobre el trabajo de menores y mujeres, de entre los cuales prosperó el de Eduardo Dato, con la Ley de 13 de marzo de 1900, sobre trabajo de mujeres y menores no solo en establecimientos industriales, sino también mercantiles: Los niños de ambos sexos entre 10 y 14 años no podrían trabajar más de seis horas en establecimientos industriales y ocho en los comerciales, con descansos en sendos casos de al menos una hora durante el transcurso de la jornada, estando vetado el trabajo nocturno para los menores de 14 años⁶³; estos últimos tendrían derecho además a dos horas de instrucción para instrucción primaria y religiosa. Una ley de 11 de julio de 1912 prohibió el trabajo industrial en talleres de las mujeres a lo largo de la noche, y el Real Decreto de 15 de agosto de 1927 extendió la prohibición a las demás explotaciones industriales y mercantiles⁶⁴.

⁶¹ De la proporción de ley de Dávila hemos de destacar seguramente la idea de que la jornada se fijase unitariamente en todas las regiones para evitar la competencia entre ellas a costa del tiempo de los trabajadores.

⁶² ESPUNY TOMÁS, M. J.: «La Jornada Laboral. Perspectiva Histórica y Valoración Jurídica», *Trabajo*, núm. 13, 2004, p. 118.

⁶³ El Reglamento de aplicación de la ley, de 13 de noviembre de 1900, fijó la hora más temprana de inicio de la jornada laboral de los menores de 14 años a las 7 de la mañana desde noviembre hasta marzo y a las 6 entre abril y octubre.

⁶⁴ Extensamente, GARCÍA NINET, J. I.: «Elementos para el estudio de la evolución histórica del derecho español del trabajo: regulación de la jornada de trabajo desde 1855 a 1931. I parte», *Revista de Trabajo*, núm. 51, 1975, p. 43 y ss.

C) El debate sobre la limitación de la jornada

Más allá de la común oposición de los dueños de las fábricas, también los economistas clásicos se opusieron a la limitación de la jornada laboral, por entender que resultaba perjudicial socialmente, con base en la teoría del fondo de salarios. Según dicha teoría, desarrollada a partir de las ideas de Adam Smith, la demanda de las personas que viven de un salario no puede superar ni aumentar más que en proporción al crecimiento del fondo con el que los empresarios cuentan para pagar los salarios. Teniendo esto en cuenta, la reducción de las jornadas laborales aumentaría el coste empresarial y generaría desempleo encubierto. Entre los críticos con la limitación de jornada de las inglesas leyes de fábricas, destaca Senior, para quien una medida de ese tipo arruinaría a la industria textil británica: Con un número de trabajadores constante, la reducción de jornada implicaría la disminución de la producción y los beneficios de la industria textil desaparecería en su totalidad⁶⁵.

Haciendo una interpretación flexible y pragmática de la teoría del fondo de salarios de los economistas clásicos, Stuart Mill abre la puerta a la limitación de la jornada de trabajo. Las consecuencias de la limitación de jornada –afirma en sus *Principios de Economía Política*– «no pueden predecirse de antemano y sería la experiencia la que [...] diría [...] la forma en que sería más deseable que se produjera este efecto, [...] sería por un cambio tranquilo»⁶⁶.

Pensaba Paul Lafargue que la máquina sería «la redentora de la humanidad, el Dios que liberará al hombre de las sórdidas artes y del trabajo asalariado, el Dios que le dará el ocio y la libertad»⁶⁷. Para Mill, la reducción de jornada no vendría por sí solo del avance de las máquinas («hasta ahora cabe dudar si todas las invenciones mecánicas que se han hecho han servido para aliviar las fatigas diarias de algún ser humano») ⁶⁸; tampoco lo haría exactamente por imposición legal, que su talante liberal difícilmente admite, sino de la acción colectiva. Stuart Mill apunta a la unidad y combinación de las clases trabajadoras: «Si pudieran hacerlo, podrían sin la menor duda conseguir disminuir la jornada y obtener el mismo salario por menos trabajo»⁶⁹. Y –aunque en esto Mill es impreciso–

⁶⁵ Exposición crítica de las teorías de los economistas clásicos sobre la limitación de jornada, en RODRÍGUEZ CABALLERO, J. C.: «Reflexiones en torno a los efectos de la reducción de la jornada de trabajo: Los argumentos de los economistas clásicos y la perspectiva de la teoría económica actual», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 106, 2013, p. 20 y ss.

⁶⁶ MILL, J. S.: *Principios de economía política*, cit. (es la 7.^a ed., la 1.^a es de 1847), p. 824.

⁶⁷ LAFARGUE, P.: *El derecho a la pereza*, 1880.

⁶⁸ MILL, J. S.: *Principios de economía política*, cit., p. 643.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 799. Para Mill la reivindicación del tiempo de trabajo es mucho más interesante que la del incremento de los salarios; esta última posibilidad «se halla confinada en límites estrechos, y si [los

parece que la eficacia de esos acuerdos requeriría de la intervención de la ley, porque sin ella la disponibilidad de algunos para trabajar más que sus restantes compañeros forzaría a los demás en el mismo sentido⁷⁰.

Para Marx, el tiempo de trabajo es factor central en la lógica capitalista de persecución de la máxima plusvalía; esta se obtiene o bien pagando menos a los trabajadores o bien prolongando las jornadas de trabajo⁷¹. Como consecuencia, para el padre del marxismo, el trabajador «cuanto más trabaja, menos jornal gana; por la sencilla razón de que en la misma medida hace la competencia a sus compañeros, y convierte a estos, por consiguiente, en otros tantos competidores suyos, que se ofrecen al patrono en condiciones tan malas como él; es decir, porque, en última instancia, se hace la competencia a sí mismo, en cuanto miembro de la clase obrera»⁷².

D) La limitación de la jornada de todos los trabajadores de la industria

Medio siglo hubo que esperar para que la limitación de jornada alcanzase a los varones mayores de dieciocho años. Lo hizo la ley de fábricas de 1874, que limitó la jornada de trabajo de todos los trabajadores de la industria británica a diez horas diarias (los sábados, ocho). Con ella, parecía que los trabajadores industriales habrían logrado la jornada natural previa a la revolución industrial. Sin embargo, la reducción del tiempo de trabajo diario tenía aún recorrido. A lo largo de los años setenta del siglo XIX, tras numerosas huelgas, gran parte de la industria británica adoptó la jornada de nueve horas⁷³. Y en 1887, los esposos Webb, a la vista de anteriores logros del movimiento obrero (jornada de 10 horas, primero; 9 horas, después), pronosticaban la cer-

trabajadores] intentaran estirla más allá de estos límites, sólo podrían conseguirlo haciendo que estuviera siempre sin trabajo una parte de ellos».

⁷⁰ MILL, J. S.: *Principios de economía política*, cit., pp. 823 a 826.

⁷¹ En 1867, MARX, K.: *El capital: Crítica de la economía política*, t. I, traducción de Wenceslao Roces, 2.ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1959, p. 252: «Ahora que se trata de obtener plusvalía convirtiendo el trabajo necesario en trabajo excedente, no basta, ni mucho menos, que el capital se adueñe del proceso de trabajo en su forma histórica tradicional, tal como lo encuentra, limitándose a prolongar su duración. Para conseguir esto, tiene que transformar las condiciones técnicas y sociales del proceso de trabajo, y, por tanto, el mismo régimen de producción hasta aumentar la capacidad productiva del trabajo, haciendo bajar de este modo el valor de la fuerza de trabajo y disminuyendo así la parte de la jornada de trabajo necesaria para la reproducción de ese valor».

⁷² MARX, K.: *Trabajo asalariado y capital*, Planeta, traducido por Ediciones Progreso, 1985, p. 29.

⁷³ RULE, J.: «Tiempo y clase obrera en la Gran Bretaña contemporánea», *Historia Social*, núm. 27, 1997, p. 30.

cana «adopción de las ocho horas como jornada laboral normalizada de la industria»⁷⁴.

Por lo que se refiere a España, es de recordar la proposición de ley de 17 de julio de 1873, de Antonio Carné, que quería limitar a nueve horas la duración de la jornada para todos los trabajadores de fábricas de vapor, talleres y restantes establecimientos industriales o fabriles. Dicha proposición, que no llegó siquiera a tramitarse recogía el propósito explícito de atender a las reivindicaciones del movimiento obrero⁷⁵.

E) Jornada de ocho horas

a) REIVINDICACIÓN HISTÓRICA DEL MOVIMIENTO OBRERO

Un antecedente de las ocho horas lo encontramos en la Oceanía británica. Se estableció la jornada de ocho horas en la recién fundada (1845) colonia de Otago (Nueva Zelanda, que últimamente vuelve a ser abanderada en la ordenación del tiempo de trabajo⁷⁶), y en 1853 los trabajadores de Melbourne se manifestaban reclamándola. La escasez de mano de obra cualificada en Australia hizo que albañiles y otros oficiales consiguieran salarios elevados a título individual, por lo que pudieron concentrar su acción sindical en la reducción de la jornada de trabajo. En 1855 consiguieron que la jornada de ocho horas diarias se pactase en muchos contratos de trabajo y en 1873 se estableció la jornada de 8 horas en Tasmania y en Nueva Gales del Sur. A partir de ahí la reivindicación se propagó al resto del continente y a Estados Unidos y Europa, incluso a algunas partes de la América latina.

En EEUU, una ley federal de 1868 estableció la jornada de ocho horas para los empleados federales. A partir de ahí, los trabajadores de los restantes sectores se movilizan exigiendo esa misma jornada, impulsados por la American Federation of Labour (Federación Americana del Trabajo) primero y los Knights of Labour (Caballeros del Trabajo) a partir de su nacimiento poco más tarde. Bajo el lema «ocho horas de trabajo, ocho horas de descanso y ocho horas para lo que queramos» –anticipado por Robert Owen–, se convoca la

⁷⁴ WEBB, S. y WEBB, B.: *La democracia industrial*, traducido por Ángel Simón, Biblioteca nueva, Madrid, 2004, pp. 275.

⁷⁵ GARCÍA NINET, J. I.: «Elementos para el estudio... I parte», *cit.*, pp. 64 a 66.

⁷⁶ Es en Nueva Zelanda donde algunas empresas, como Unilever o Perpetual Guardian, han experimentado durante los últimos años la jornada de cuatro días (MIÑARRO YANINI, M.: «Del fallido de la jornada de "35 horas" horas al de las "32": la dialéctica entre reducción o distribución de la jornada de trabajo», *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 456, 2021, p. 5).

jornada de protesta de 1 de mayo de 1886. En el contexto de dicha reivindicación, en la ciudad de Chicago, el 3 de mayo tuvieron lugar dos trágicos sucesos bien conocidos. Mientras que la mañana de ese día seis huelguistas fallecieron a las puertas de la fábrica Mac-Cormik y otros muchos resultaron heridos a consecuencia de los disparos efectuados por pistoleros de la agencia privada de detectives Pinkerton y por miembros de la policía, por la tarde, cuando los manifestantes concentrados en la plaza de Haymarket ya se retiraban, una bomba mató a ocho policías, con la inmediata reacción de sus compañeros abriendo fuego de forma indiscriminada contra los manifestantes aun presentes, con el saldo medio centenar de muertos, a lo que siguió el procesamiento con todo tipo de irregularidades (testigos falsos incluidos) y condena a muerte por el atentado de ocho sindicalistas que años después fue revisada (puesta en libertad de los condenados con vida y rehabilitación de los ejecutados). Estos hechos, vinculados a la reivindicación de las ocho horas, están en el origen de la celebración de la Fiesta del Trabajo de 1 de mayo, aunque paradójicamente en EEUU dicha fiesta se celebra el primer lunes de cada mes de septiembre⁷⁷.

b) TRASCENDENCIA INTERNACIONAL

Durante los años ochenta del siglo XIX toma cuerpo en el seno del movimiento obrero la idea de que la reivindicación de las ocho horas era un asunto de trascendencia internacional: Solo una legislación de eficacia internacional asentaría la jornada de ocho horas⁷⁸. Punto de inflexión en un doble sentido, tanto de internacionalización de la cuestión de la jornada como de apertura a las reivindicaciones del movimiento obrero, es la Conferencia de Berlín, convocada por Guillermo II y respaldada por León XIII, que tuvo lugar en marzo de 1880. A las naciones europeas más industrializadas inicialmente convocadas (Inglaterra, Francia, Bélgica y Suiza), se sumaron más tarde Alemania, Austria, Hungría, Dinamarca, Italia, Holanda, Luxemburgo, Portugal, Suecia, Noruega y también España. La Conferencia quería la adopción de políticas comunes en materia laboral, sobre todo en la regulación de la jornada. Lo cierto es que, muy especialmente las aprobadas tras la Conferencia, las primeras normas sobre el tiempo de trabajo evolucionan de manera paralela y similar en las legislaciones de los distintos países⁷⁹.

⁷⁷ Véase, BABIANO MORA, J.: *1 de Mayo: historia y significado*, Bomarzo, Albacete, 2015, pp. 13 a 18.

⁷⁸ *Ibidem*, pp. 19 a 25.

⁷⁹ Véase ESPUNY TOMÁS, M. J.: «La Jornada Laboral...», *cit.*, p. 117.

c) NORMALIZACIÓN DE LAS OCHO HORAS

En pocos flancos de la política social influyó tanto la I Guerra Mundial y la posguerra como en el de la limitación de la jornada obrera, bajo el lema y reivindicación de la «jornada de ocho horas». Reivindicaciones que antes de la guerra eran temidas y tenidas por revolucionarias, fueron más tarde vistas con tolerancia, para alcanzar finalmente la categoría de condición legal⁸⁰. Lo que en un primer momento se presenta a los ojos de muchos como un desorden, se convierte más tarde en enseña del orden y la paz social.

Difícilmente se entiende la jornada de las ocho horas sin la acción del movimiento obrero, pero no sabemos si ésta se hubiera logrado sin el nerviosismo que el triunfo de la revolución soviética generó en el entorno capitalista⁸¹. En cualquier caso, la jornada de ocho horas no hubiera sido posible sin el aumento previo de la productividad. Tuvo asimismo algo que ver la experiencia de la retaguardia durante el conflicto bélico: Con la esperanza de aumentar la producción –exigencia de la guerra– algunos países en contienda prolongaron la jornada de trabajo, pero pronto se observó que los trabajadores no soportaban el esfuerzo excesivo sin caer enfermos y sin que ello repercutiese en la productividad, por lo que hubo que rectificar⁸².

⁸⁰ En ese sentido, HEYDE, L.: *Compendio de política social*, 6.ª ed., traducido por Rafael Luengo Tapia y Manuel Sánchez Sarto, Labor, Barcelona, 1931, p. 144.

⁸¹ Uno de los primeros actos del gobierno bolchevique tras la revolución de los soviets fue el de proclamar la jornada de ocho horas diarias, la semana de cuarenta y ocho, y el descanso de al menos una hora tras seis de trabajo continuado (art. 4 Decreto 1 octubre 1917). El Código ruso de Trabajo de 1919 especifica que la «duración de la jornada no puede para de 8 horas al día, ni d 7 durante la noche», pero la necesidad de aumentar la producción condujo ese mismo año al aumento del trabajo «voluntario» los sábados y a veces los domingos, y de las horas suplementarias, a la prolongación de la jornada diaria hasta las diez y doce horas, a la supresión del descanso semanal, y al ensayo de sistemas que asegurasen mayor cantidad de trabajo. Si bien el Decreto de 1 de octubre de 1917 (arts. 18 a 23) permitía al Comisario e Inspector de Trabajo autorizar horas suplementarias en muy pocos casos (trabajos continuados, peligro inminente, reparación urgente, trabajo exigido por un accidente) y en volumen muy limitado (no más de 50 días al año, ni exceder de 4 horas «durante dos veces veinticuatro horas» por cada obrero), vetadas en todo caso para mujeres y menores de dieciocho años, ese mismo decreto (art. 24) permitía diferir esas previsiones sobre las horas suplementarias hasta el fin de la guerra civil, previo convenio con los overos de las empresas y sus organizaciones obreras, y el Código de Trabajo de 1919 (arts. 93 a 102) aumentó considerablemente los supuestos de realización de horas suplementarias. Aunque el gobierno soviético no derogó formalmente la jornada de ocho horas, a la altura de 1920, invita a los trabajadores –siempre a título temporal, para resolver la crisis de la producción y de transportes– a trabajar diez o doce horas, «si pueden», a la vez que se suprime en la práctica el descanso del domingo. Todo ello, según extracto publicado por el Instituto de Reformas Sociales con el título *Las condiciones del trabajo en la Rusia de los soviets*, sobre el *cuestionario metódico y bibliográfico, elaborado por una comisión de encuesta en Rusia, publicado por la Oficina internacional del Trabajo*, Madrid, 1921, pp. 9 a 11.

⁸² PARANQUE, R.: *La semana de treinta horas*, traducido por Raúl García-Durán Lara, Redondo, Barcelona, 1969, p. 83.

Tras reconocer que «el bienestar físico, moral e intelectual de los trabajadores asalariados es de esencial importancia desde el punto de vista internacional» y «persuadidas de que el trabajo no debe ser considerado meramente como un artículo de comercio», las Altas Partes contratantes del Tratado de paz de Versalles, de 28 de junio de 1919, entienden que es de «importancia particular y urgente», entre otros objetivos, «la adopción de la jornada de ocho horas, o de la semana de cuarenta y ocho, como fin a alcanzar donde quiera que no se haya alcanzado aún», así como «la adopción de un descanso semanal de veinticuatro horas como mínimo, por lo menos, que deba comprender los domingos, siempre que fuera posible»⁸³.

Inmediatamente después, en la Primera Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en Washington, el primero de los Convenios de la OIT establece que en los establecimientos industriales (minas, industrias, construcción y transporte), con excepciones en las que no parece oportuno ahora entrar, «la duración del trabajo del personal no podrá exceder de ocho horas diarias y de cuarenta y ocho por semana»⁸⁴, sin perjuicio de casos excepcionales en los que, por convenio entre organizaciones patronales y obreras seguido de la decisión del Gobierno, se pueda fijar el límite diario de las horas de trabajo basándose en un periodo de tiempo más largo, siempre que «la duración media del trabajo, calculada sobre el número de semanas determinado en dichos convenios», no exceda en ningún caso de cuarenta y ocho horas por semana»⁸⁵.

El urgente interés de 1919 por la jornada de ocho horas parece sin embargo desinflarse muy pronto. Inicialmente, el primer Convenio OIT, sobre las horas de trabajo en la industria, contó con pocas ratificaciones incondicionales: en 1920, Grecia; en 1921, Rumanía, India y Checoslovaquia; en 1922, Bulgaria; en 1925, Chile; en 1925, Chile; en 1926, Bélgica; en 1928, Luxemburgo y Portugal. Ante el temor a colocar a sus empresas en peor situación que las competidoras del extranjero, importantes estados condicionaron su ratificación a la de otros países concurrentes en los mercados mundiales: en 1924, Austria e Italia; en 1928, Francia; en 1929, España. Entre muchas otras naciones, quedo sin ratificar por Alemania, Estados Unidos y Reino Unido; es precisamente esta falta de ratificación, la británica en especial, la que generó las suspicacias y ratificaciones condicionadas.

Desde la Ciencia de la Política Social, Heyde reflexiona sobre las vicisitudes del primer Convenio OIT:

Son fiel reflejo del nerviosismo internacional subsiguiente a la Guerra. Desde la suspensión de las hostilidades, la situación fue, durante algún tiempo, favorable

⁸³ Artículo 427 del Tratado de paz de Versalles, de 28 de junio de 1919.

⁸⁴ Artículo 2 Convenio OIT sobre las horas de trabajo (industria), 1919 (núm. 1), de 28 de noviembre de 1919.

⁸⁵ Artículo 5 Convenio OIT sobre las horas de trabajo (industria), 1919 (núm. 1).

a la implantación de las ocho horas; la clase obrera, factor cardinal de la defensa y de la economía en los años de la guerra, elemento de renovación constitucional en el periodo de agitación que sacudió a Europa durante los años inmediatos, era respetada y temida por los gobiernos, interesados en no tenerla por enemiga; de otra parte, la ola de la desmovilización iba a derramar sobre las industrias aletargadas una enorme necesidad de trabajo, a la que en parte, pero pequeña, podría hacerse frente mediante la reducción de jornada [...] Pero con la desaparición de estas razones cesó también la urgencia del problema legislativo⁸⁶.

d) LAS OCHO HORAS EN ESPAÑA

Mientras tanto, en España, una tan temprana como vaga proposición de ley de 1 de mayo de 1890, de Octavio Carrero, que pasó sin pena ni gloria, postulaba la jornada de ocho horas para el «obrero urbano» –no quedaba claro su alcance– cualquiera que fuera su sexo y edad. Y una Real Orden del Ministerio de Hacienda de 11 de marzo de 1902 fijó la jornada de ocho horas para los obreros que prestasen servicios en propiedades, minas, fábricas y demás establecimientos del Estado dependientes del Ministerio de Hacienda, con obligación de abonar horas extraordinarias cuando se superase esa cifra.⁸⁷

Tras diversos informes del Instituto de Reformas Sociales y no pocas huelgas en el sector, se aprueba la Ley de 27 de diciembre de 1910, sobre jornada en las minas, con distintos límites para los obreros –los trabajadores intelectuales no se beneficiaban– según se tratase de trabajos subterráneos (9 horas diarias), al aire libre (jornada media anual de 9,5 horas) o altamente insalubres (6 horas diarias)⁸⁸. Siguiendo esa estela, tras importantes huelgas, sobre todo en Barcelona, el Real Decreto de 24 de agosto de 1913 limita la jornada semanal para todos los trabajadores del sector textil a 60 horas semanales y 3.000 anuales. El 4 de julio de 1918 se aprueba la Ley reguladora de la jornada de la dependencia mercantil, que concede a los dependientes y otros trabajadores del comercio un descanso continuado de 12 horas y otras dos horas más duran-

⁸⁶ HEYDE, L.: *Compendio de Política Social*, cit., p. 145.

⁸⁷ Para GARCÍA NINET, J. I.: «Elementos para el estudio... I parte», cit., p. 96, este antecedente de la jornada normal de 8 horas se explica por la ausencia de competidores en el mercado, condicionante que siempre reprime los intentos de reducción de jornada.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 97 y ss. De la Ley de 1910, MONTOYA MELGAR, A.: *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)*, Civitas, Madrid, 1992, p. 45, destaca la aparición el argumento productivista (el exceso de trabajo disminuye el rendimiento) junto a la habitual motivación filantrópica.

te el transcurso de la jornada. El Real Decreto de 15 de marzo de 1919 limita a ocho horas la jornada para los oficios del ramo de la construcción⁸⁹.

Pocos días antes de una nueva convocatoria de elecciones generales en que a buen seguro la reivindicación de las ocho horas hubiera estado presente, un agonizante gobierno de signo liberal presidido por el conde de Romanones aprueba el Real Decreto de 3 de abril de 1919, con el que nuestro país, tan vetusto en muchas cosas, se ponía a la vanguardia de la política social, al establecer la jornada máxima legal de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas a la semana en todos los oficios y trabajos, aunque con tan numerosas e importantes excepciones que su ámbito de aplicación quedó muy restringido.

Desde un primer momento surge una polémica –hoy viva– sobre la uniformidad de la ordenación del tiempo de trabajo. Al poco de la implantación de la jornada de ocho horas, el filósofo del derecho Luis Mendizabal: «Hay trabajos de presencia y de labor intermitente, y esos trabajos, ¿es de esencia que duren precisamente ocho horas? [...] La jornada de ocho horas en la dependencia mercantil, ¿es admisible en términos de razón? [...] Y ¿qué diríamos si se enterasen de las ocho horas las cocineras y las amas de cría? [...] ¿Por qué ha de ser uniforme para todos? [...] Ha de comprenderse que no es posible nivelar a todos, y que poner un límite infranqueable en las ocho horas, es no vivir en la realidad»⁹⁰.

La ratificación sin embargo del primer Convenio OIT por España fue tardía, el 22 de febrero de 1929, y condicionada a que también lo ratificaran otros estados. A esa ratificación condicionada sucede en los albores de la II República una nueva ratificación sin condiciones ni reserva alguna, y la aprobación del Real Decreto de 1 de julio de 1931, que, eliminando las numerosas excepciones del Real Decreto de 1919, extendió al común de los trabajadores la jornada de ocho horas diarias o, cuando la índole de la labor no permitiera una distribución diaria uniforme o cuando se pactase colectivamente con posterior homologación administrativa, cuarenta y ocho horas semanales. Ese mismo real decreto de 1931 permitía la realización de 50 horas extraordinarias al mes y 120 al año⁹¹.

⁸⁹ Véase, GARCÍA NINET, J. I.: «Elementos para el estudio de la evolución histórica del derecho español del trabajo: regulación de la jornada de trabajo desde 1855 a 1931. II parte», *Revista de Trabajo*, núm. 52, 1975, p. 45 y ss.

⁹⁰ MENDIZABAL Y MARTÍN, L.: *Los obreros, los propietarios y los holgazanes*, Ed. Reus, Madrid, 1920, p. 14 y ss.

⁹¹ Para la culminación de la implantación de las 8 horas en España, GARCÍA NINET, J. I.: «Elementos para el estudio... II parte», *cit.*, p. 122 y ss. También, EZQUERRA ESCUDERO, L.: *Tiempo de trabajo en España: Aproximación histórica. Desde la emergencia del Derecho Social hasta el Estatuto de los Trabajadores de 1980*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 33.

F) Vacaciones y ocio

Tras la carestía de la II Guerra Mundial, trabajadores y sindicatos, desplazaron sus reivindicaciones, anteriormente muy centradas en la jornada, hacia el aumento de los salarios⁹². Ello no impide que el artículo 24 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 10 de abril de 1948, establezca: «Toda persona tiene derecho al descanso, a disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas».

En España, el Proyecto de ley de Contrato de Trabajo de 14 de noviembre de 1919 planteaba una licencia de diez días seguidos al año. La Ley de Contrato de Trabajo de 21 de noviembre de 1931 estableció un descanso anual de siete días al año. La Ley de Contrato de Trabajo de 1944 ratificó las vacaciones de siete días, con la aclaración de que las mismas son anuales y no compensables con dinero: Ordenanzas y reglamentaciones de trabajo fueron ampliando la duración de las vacaciones por sectores⁹³.

Hasta el año 1957 la jornada de semanal conoció de importantes y rápidas reducciones en todo el mundo, pero ese proceso se ralentiza a partir de entonces. Continúa reduciéndose el tiempo de trabajo, pero por caminos distintos al de la jornada diaria. Durante los años sesenta del siglo pasado se produjo un espectacular aumento de la duración de las vacaciones retribuidas, así como de los días festivos, lo que coincide con el auge que en aquellos momentos tuvo el ocio, tanto desde la perspectiva del interés de la gente por disfrutarlo, como de la industria por explotarlo⁹⁴. Desde este prisma, el fordismo habría conducido «por encima de todo a la normalización del tiempo de consumo»⁹⁵.

⁹² URTEAGA OLANO, E.: «La regulación del tiempo de trabajo en Francia (1997-2009)», *Ekonomiaz (Revista Vasca de Economía)*, núm. 79, 2012, p. 299.

⁹³ EZQUERRA ESCUDERO, L.: *Tiempo de trabajo en España...*, cit., er, Barcelona, 2006, pp. 71 y 72.

⁹⁴ En este sentido, MARIC, D.: *La ordenación de la jornada de trabajo: El factor tiempo en el nuevo concepto de las condiciones de trabajo*, traducido por L. Sáez, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1978, pág. 23, para quien, adaptando la teoría de Bienefeld, «la reducción de la duración del trabajo es un fenómeno a largo plazo, que acaece a intervalos irregulares, separados *planicies* que representan los periodos durante los cuales nada o casi nada sucede y que constituyen una especie de pausa antes de que el movimiento –hinchado de reservas de productividad acumuladas [...]– reanude su curso».

⁹⁵ SUPLOT, A. (Coord.): *Trabajo y Empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 113 y 114.

G) El tiempo de trabajo como política de empleo

Lograda la jornada de ocho horas, parecía que todavía había recorrido para reducir la jornada ordinaria de trabajo, pero no fue así. Salvo un breve lapso durante la República de Weimar, la jornada diaria de ocho horas permanece invariable por mucho tiempo. Sí se reduce la jornada semanal, que gradualmente iría pasando de cuarenta y ocho a cuarenta horas.

Abundan no obstante las propuestas más o menos serias, vaticinios y ensoñaciones acerca de la reducción del tiempo de trabajo y la liberación de las clases trabajadoras con la conquista de mayor tiempo libre y con la sociedad del ocio. La verdadera emancipación de los trabajadores vendría por la liberación de tiempo de trabajo para el ocio⁹⁶, que las máquinas permitirían. Sería el ocio lo que equipararía a trabajadores y empresarios, entendiéndose por ocio no como lo opuesto al trabajo, sino lo contrario al trabajo alienado, heterónimo⁹⁷.

Pensaba Keynes en 1930 que el avance de la técnica y de la producción permitiría tarde o temprano que gran parte del trabajo fuera reemplazado por el ocio. Al mismo tiempo que anunciaba un sensacional aumento de los ingresos de los trabajadores, pronosticó que cien años después la jornada de trabajo se articularía en «turnos de tres horas y semana de quince horas»⁹⁸. Con lo que tal vez no contó el economista inglés es que, siendo precisa en la disminución del tiempo de trabajo la voluntad de los propios trabajadores, el deseo de mayor capacidad de consumo de estos últimos es el primer obstáculo para la reducción del tiempo de trabajo, al menos mientras que la libertad de trabajo siga formando parte de nuestros postulados fundamentales.

⁹⁶ Propuesta extrema, la de Rensi, quien en su obra *L'Irrazionale, Il lavoro, L'Amore*, mantenía en 1923 que una vida armoniosa, plena y racional permitiría tan solo dedicar 1,5 horas al trabajo; las 22,5 restantes se distribuirían: 8, 5 horas para el sueño (incluido el tiempo de vestirse y desvestirse), 2,5 para el baño matutino (incluido masaje, gimnasia, desayuno y breve descanso), 6 para las comidas principales (3 horas cada una, en las que se incluye el «lapso de tiempo sucesivo en el que no debemos hacer nada»), 2 para movimiento al aire libre, 3,5 para la lectura, cultura, conversaciones y relaciones personales, política y religión (RENSI, G.: *Contra el trabajo*, traducido por Paul Viejo, Firmamento, Salamanca, 2021, p. 75). Pareciera que Rensi critique a más bien la vida ociosa de las clases pudientes, si no fuera porque su tesis explícita es que en la medida en que el trabajo priva de tiempo para llevar una vida digna y una jornada como la que estima apropiada es sin embargo inviable en la práctica (al menos en las sociedades igualitarias), el trabajo conduce inevitablemente a la alienación y la esclavitud, con la excepción de las actividades intelectuales y artísticas.

⁹⁷ WEBER, E.: *El problema del tiempo libre*, traducción de Andrés-Pedro Sánchez Pascual, Editora Nacional, Madrid, 1969, p. 5.

⁹⁸ Conferencia de KEYNES, J. M. sobre «Las posibilidades económicas de nuestros nietos», pronunciada en la residencia de Estudiantes Madrid, el 10 de junio de 1930, publicada en *Papeles de la Economía Española*, núm. 6, 1981, en l que afirmar que «Turnos de tres horas o semana de quince horas pueden eliminar el problema durante mucho tiempo» (p. 359).

Por aquellos años, desde una órbita ideológica bien distinta, para propugnar la jornada de cuatro horas, Russell afirma: «La técnica moderna ha hecho posible reducir enormemente la cantidad de trabajo requerida para asegurar lo imprescindible para la vida de todos [...] Los métodos de producción modernos nos han dado la posibilidad de la paz y la seguridad para todos; hemos elegido, en vez de esto, el exceso de trabajo para unos y la inanición para otros»⁹⁹. Pero el filósofo británico se aparta del simple argumento según el cual el reparto del empleo generaría más empleo: «Si este argumento fuera válido –afirma Russell–, bastaría con que todo nos mantuviéramos inactivos para tener la boca llena de pan. Lo que olvida la gente que dice tales cosas es que un hombre suele gastar lo que gana, y al gastar genera empleo».

Tanto Russell como Keynes se elevan sobre la dimensión meramente cuantitativa del tiempo de trabajo. Keynes: «No hay país ni hay persona, creo yo, que pueda mirar hacia la era del ocio y de la abundancia sin temor. Porque hemos sido preparados demasiado tiempo para luchar y no para disfrutar [...] Durante muchos años futuros el viejo Adán será tan fuerte dentro de nosotros, que todo el mundo necesitará hacer algún trabajo, si quiere estar contento y satisfecho [...] Tres horas al día es bastante para satisfacer el viejo Adán que hay dentro de la mayoría de nosotros [...] Cuando la acumulación de riqueza ya no sea de gran importancia social [...] podremos librarnos de los principios seudomoraes que han pesado durante doscientos años sobre nosotros»¹⁰⁰. En sentido similar, Russell: «Creo que se ha trabajado demasiado en el mundo, que la creencia de que el trabajo es una virtud ha causado enormes daños y que lo que hay que predicar en los países industriales modernos es algo completamente distinto de lo que siempre se ha predicado»¹⁰¹.

Con el propósito de relanzar el capitalismo desde los postulados comunitaristas que les son propios, el fascismo italiano y el nacionalsocialismo alemán dieron especial importancia al ocio, ordenándolo, en el sentido de promover un uso provechoso del tiempo libre, de modo que el esparcimiento y la diversión permitieran recuperar las fuerzas de los trabajadores y los hicieran más productivos¹⁰². Esa misma idea está presente en los años treinta en Fran-

⁹⁹ En 1935, extraído de RUSSELL, B.: «Elogio de la ociosidad», en *Elogio de la ociosidad y otros ensayos*, traducido por María Elena Rius, Edhasa, Barcelona, 2000, pp. 3 a 19.

¹⁰⁰ KEYNES, J. M.: «Las posibilidades económicas...», *cit.*, p. 359.

¹⁰¹ RUSSELL, B.: «Elogio de la ociosidad», *cit.*, p. 3. Si a esas palabras añadimos las que elogian el valor que los países mediterráneos dan al ocio, advertiremos la crítica al sentido del trabajo en la ética protestante.

¹⁰² SGRAZZUTTI, J. y ROLDÁN, D.: «Tiempo libre y disciplinamiento en las clases obreras italiana y alemana de entreguerras. Dopolovoro y Kraft Durch Freude: un análisis comparativo», *Historia Social*, núm. 52, 2005, p. 127. La *Opera Nazionale Dopolovoro* se creó en 1925, con la misión de penetrar en la

cia, durante el gobierno del Frente Popular, en términos productivistas, como restablecimiento después del trabajo, aunque también se postula explícitamente como una vía de proporcionar empleo a los desempleados ¹⁰³.

En 1933, durante el *New Deal*, el senado de los Estados Unidos llegó a aprobar un proyecto de ley por el que la jornada de trabajo normal se limitaba a treinta horas semanales durante el tiempo que los efectos de la crisis de 1929 perdurasen, como medida reparto del trabajo. Ese proyecto fue pronto abandonado por Roosevelt, cuyo gabinete priorizó la política de inversiones públicas encaminadas a generar empleo ¹⁰⁴. Pero el propio Keynes, ideólogo de esa política de inversiones estatales, diría tiempo después [1945]: «La política de conseguir pleno empleo mediante la inversión es solo una aplicación particular de un teorema. Se podría obtener el mismo resultado bien consumiendo más, bien trabajando menos. En lo que a mí respecta, considero la política de inversión como una cura de urgencia [...] La solución definitiva es menos trabajo [...] Cómo dosificar los tres ingredientes de la cura es cuestión de gusto y de experiencia, es decir, de moral y conocimientos» ¹⁰⁵.

A partir de la crisis de los años setenta, volvemos a encontrar reivindicaciones y propuestas de reducción del tiempo de trabajo. Es de destacar el movimiento sindical *lavorare meno per lavorare tutii*, cuyo eslogan es bien expresivo del detonante de la reivindicación ¹⁰⁶. Cobra relevancia la idea –ya asomó en los años 30– según la cual el problema del desempleo como consecuencia de los incrementos de productividad se solucionaría repartiendo el trabajo. Dicho de otra manera; el trabajo sería un bien escaso que habría que repartir ¹⁰⁷. La tesis suscita el debate y desde un primer momento encuentra numerosos detractores, con base en diversos argumentos: el razonamiento con que a veces se presenta la propuesta de reparto del trabajo, bajo la simple premisa –claramente cuestionable– según la cual existiría una cantidad fija de

conciencia de los trabajadores italianos, para mejorar su cuerpo y su espíritu a través de la organización del descanso; en parte, la *Kraft durch Freude* nace con el mismo propósito respecto de la mano de obra alemana; tanto una como otra potenciaron los viajes y el ejercicio físico (p. 123).

¹⁰³ SEIDMAN, M.: *Los obreros contra el trabajo: Barcelona y París bajo el Frente Popular*, traducido por Federico Corriente. Pepitas de calabaza, Logroño, 2014, pp. 447 y 512.

¹⁰⁴ WEEKS, K.: *El problema del trabajo: Feminismo, marxismo, políticas contra el trabajo e imaginarios más allá del trabajo*, traducción de Álvaro Briaes, Traficantes de sueños, Madrid, 2020, p. 220.

¹⁰⁵ KEYNES, J. M.: «Employment policy», recogido en JOHNSON, E. y MOGGRIDGE, D. (Eds.), *The Collected Writings of John Maynard Keynes*, v. 27: *Activities 1940-1946: Shaping the Post-War World: Employment and Commodities*, p. 384. La traducción está tomada de BOSCH, G. y LEHNDORFF, S.: «La reducción de la jornada de trabajo y el empleo», traducido por Ricardo Cortes, *Papeles de Economía Española*, núm. 72, 1997, p. 342.

¹⁰⁶ Véase, CACACE, N.; FREY, L. y MORESE, R.: *Lavorare meno per lavorare tutti*, Lavoro, Roma, 1978.

¹⁰⁷ Véase ALONSO OLEA, M.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, 6.ª ed., Civitas, Madrid, p. 101.

trabajo a realizar, una masa dada de horas que puede dividirse con facilidad entre el número de trabajadores¹⁰⁸; en una economía dinámica, el empleo crea nuevo empleo¹⁰⁹; la reducción del tiempo de trabajo genera incluso desempleo¹¹⁰. Cabe oponer: Ni el el simplismo de acudir a una regla de tres bajo la errónea premisa de una cantidad fija de trabajo parece suficiente para descartar la bondad de la tesis de reducción del trabajo como política de empleo en sí misma¹¹¹, ni necesariamente impide el dinamismo económico generador de empleo, pudiendo ser incluso un revulsivo para la vida social, la economía y el empleo cuando, evitando los dogmas, se acude a la ciencia y a la experiencia¹¹².

Si acudimos a Alfred Sauvy [1952], en buena lógica, «el aumento de la productividad debe ir acompañado necesariamente de una reducción del tiempo de trabajo», no solo por que sea una satisfacción sino que es una necesidad y oportunidad de nuevos empleos. Para el economista francés, la experiencia de la reducción de jornada a 40 horas semanales del Frente Popular en Francia evidencia «con cuanta delicadeza debe tratarse la duración del trabajo. Un paso mal calculado hacia el progreso puede retrasarlo en varios años [...] Sin duda, la sociedad debe orientarse hacia una duración de la jornada de trabajo que se mantenga constantemente por debajo de la que naturalmente se fije el individuo dueño de su tiempo»; este último sería el mejor referente¹¹³. Previene el economista francés frente a los «numerosos sofismas que se apoyan sobre una supuesta limitación del número de empleos» o la «intercambiabilidad total de los trabajadores» o las prohibiciones, para el «racionamiento» del trabajo, que «nunca conseguirán ningún éxito»: «Argumentos tales como *ni un inmigrante, ni una hora extraordinaria mientras exista un parado* han tenido como

¹⁰⁸ Sobre la «falacia de suma cero» o «la falacia de la cantidad de trabajo», véase MERCADER UGUINA, J. R.: «El mercado de trabajo y el empleo en un mundo digital», *Información Laboral*, núm. 11, 2018, p. 10/13.

¹⁰⁹ PARANQUE, R.: *La semana de treinta horas*, cit., p. 43.

¹¹⁰ Para SCHWARTZ, P.: «Las reducciones forzadas de la oferta de mano de obra para combatir el paro», *Cuadernos de Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 5, 1979, p. 199 y ss., en especial pág. 229, la reducción del tiempo de trabajo es una medida contraproducente; incrementa el coste del factor trabajo cuando la única solución rápida para el paro cíclico es la reducción de costes laborales, mientras que otras modalidades de desempleo solo mejorarían con un mercado de trabajo más ágil. La fórmula de la reducción del tiempo de trabajo solo sería posible en un escenario improbable: una economía en la que los distintos sectores «operasen sobre la base de una relación tecnológica fija entre la mano de obra y el capital».

¹¹¹ Para esta idea, FREYSSINET, J.: «Jornada de trabajo: ¿Reducción y/o flexibilidad?», traducido por Víctor Fernández Orcoyo, *Boletín de Información Sociolaboral Internacional*, núm. 46, 1998, p. 52.

¹¹² Sobre la prudencia en este terreno, MARTÍN RODRÍGUEZ, M. O.: «El debate sobre la duración e la jornada de trabajo», *Foro*, vol. 15, núm. 2, 2012, en especial sus conclusiones, p. 294.

¹¹³ SAUVY, A.: *Teoría general de la población*, traducción de Anselmo Calleja y Fernando Bajón, Aguilar, Madrid, 1957, pp. 197 y 199.

efecto, a menudo, el aumento del paro»¹¹⁴. Concluye Sauvy: «Es preciso aumentar el número de empleos para la economía, en lugar de repartir el número de empleos demasiado pequeño»¹¹⁵. No es que no deba reducirse la jornada a medida que la productividad aumenta, sino que la reducción de la duración máxima de la jornada debe hacerse poco a poco y con flexibilidad¹¹⁶.

Existen otros argumentos en contra: aumento de costes empresariales, posible pérdida de competitividad, dificultad de encontrar trabajadores cualificados que cubran el tiempo liberado, necesidad entonces de reorganización de las empresas y, por todo ello, tal vez incluso crecimiento del desempleo; demasiada incertidumbre. Lo que sí sabemos es que las progresivas reducciones del tiempo de trabajo desde el siglo XIX hasta nuestros días han sido una manera de distribuir el magnífico aumento de la productividad. Desde esa perspectiva, las reducciones del tiempo de trabajo también pueden ser útiles para reducir el paro, pero es claro que esta disminución del desempleo no depende únicamente de la reducción del tiempo de trabajo, sino de aspectos muy variados según momento y lugar, por lo que «el factor decisivo que determinados efectos sobre el empleo no es solo si hay reducciones del tiempo de trabajo, sino también cómo son puestas en práctica» según las circunstancias¹¹⁷. Por supuesto, las que inciden en la competitividad de las empresas, pero también la de los trabajadores y las del conjunto de la sociedad. De no ser tenidas en cuenta, la reducción del tiempo de trabajo –como su reordenación– puede efectivamente repercutir en el empleo, pero –en sentido inverso al perseguido– traducirse en destrucción de empleo¹¹⁸.

Con todo, no parece que el problema sea exactamente la reducción del tiempo de trabajo como técnica de reparto del empleo, sino que esta técnica y otras parecidas posterguen las verdaderas reformas que la economía y la empresa requieran para adaptarse a los tiempos¹¹⁹, entre las que bien pudieran estar las del tiempo de trabajo, tanto en el sentido de su reducción como el de su flexibilidad y soberanía.

En opinión muy extendida en los años 70, el índice de empleo dependería de la duración del tiempo de trabajo, en relación inversa; el nivel de empleo

¹¹⁴ *Ibídem*, p. 359.

¹¹⁵ *Ibídem*, p. 361.

¹¹⁶ SAUVY, A.: *La economía del diablo: paro e inflación*, traducido por Gerardo Novás, Magisterio Español, Madrid, 1977, pp. 135 y 136.

¹¹⁷ BOSCH, G. y LEHNDORFF, S.: «La reducción...», *cit.*, p. 362.

¹¹⁸ Sobre la necesidad de atender a la competitividad de la empresa, FINA SANGLAS, L.: «Por una nueva cultura de la organización del tiempo», *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, núm. 15-16, 1992, p. 11.

¹¹⁹ Esto es lo que apunta SAUVY, A.: *La economía del diablo...*, *cit.*, p. 151.

dependería «del número de hombres-horas que se utilice»¹²⁰. La propia lógica del sistema capitalista llevaría a la ocupación efectiva del mayor número posible de trabajadores que pudieran así consumir más bienes y servicios¹²¹.

Junto a los problemas económicos de esa década, comunes a toda Europa, nuestro país vivió una importante transición política. En ese contexto, ve la luz la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, que estableció el cómputo semanal de la «jornada» máxima, la redujo a 44 horas/semana (adelgazando a su vez el descanso dentro de la jornada continuada a 15 minutos), amplió el descanso anual a 21 días, y restringió las horas extraordinarias a 2 al día y 20 al mes, con el tope de 120 anuales¹²². Haciéndose eco de la tendencia a reducir el del tiempo de trabajo en otros países europeos, el Acuerdo Marco Interconfederal (entre UGT y CEOE) de 5 de enero de 1980 programó la reducción de la jornada máxima en los convenios colectivos que se celebrasen en los dos años siguientes, y la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, fijó la jornada máxima legal en 43 horas a jornada partida y 42 a jornada continuada, al tiempo que incrementó las vacaciones dos días más, 23 días en total. Siguiendo por fin la Recomendación número 116 de la OIT, de 1962, la Ley 4/1983, de 29 de junio, estableció la jornada semanal de 40 horas, sin distinción ya a tales efectos entre jornadas continuadas y jornadas partidas, a la vez que elevó el descanso anual a la cifra hoy vigente de 30 días¹²³.

Retomando el debate sobre la reducción del tiempo de trabajo, el informe de Michael White, *Working hours: Assessing the potential for reduction*, publicado en 1987 por la OIT, sostiene que «dándose las condiciones adecuadas, la reducción de la jornada de trabajo puede conducir a formar parte integrante del aumento de la productividad». Esa mayor productividad vendría –o viene– del aumento de la motivación del trabajador, «sobre todo si la reducción forma parte de una política general de mejora de la calidad de la vida laboral» y exige en cualquier caso el acuerdo y colaboración de los trabajadores y empresarios que lo tienen que llevar a cabo: «Sólo cuando los cambios provienen de un

¹²⁰ CABRERA BAZÁN, J.: «Trabajo y tiempo», *Revista de Política Social*, núm. 121, 1979, pp. 106; en el mismo sentido, en «La política de empleo desde una óptica jurídica», *Cuadernos de Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 5, 1979, pp. 323 y 324.

¹²¹ CABRERA BAZÁN, J.: «Trabajo y tiempo», *cit.*, p. 102.

¹²² EZQUERRA ESCUDERO, L.: *Tiempo de trabajo en España: Aproximación histórica. Desde la emergencia del Derecho Social hasta el Estatuto de los Trabajadores de 1980*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 133 y ss.

¹²³ Véase síntesis del proceso de reducción del tiempo de trabajo en España en GONZÁLEZ DE LENA ÁLVAREZ, F.: «Reducción y reordenación de la jornada de trabajo en España», *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, núm. 15-16, 1992, p. 80 y ss.

consenso a nivel local existen buenas posibilidades para reducir la jornada consiguiendo al mismo tiempo mejorar la productividad». White sabe de la importancia de la reducción del tiempo de trabajo como estrategia de reparto del empleo, pero –advierte– esa estrategia es inviable si la reducción de la jornada se impone de manera centralizada, por ley, lo que podría tener efectos imprevisibles sobre la productividad.¹²⁴

En el horizonte del tercer milenio, Alonso Olea: «Probablemente y salvo una catástrofe, los formidables rendimientos de la productividad del trabajo llevan a reducciones; están llevando desde hace tiempo a reducciones, en realidad [...] Otra cosa es que esta posibilidad sea la misma para cualesquiera de los sectores productivos y para cualesquiera empresas en cada sector, y que, por consiguiente, la solución negociada, por estas razones potísimas y por otras muchas que se podrían traer a colación, entre ellas las relativas a cuáles deben ser las fuentes primarias de producción de la norma laboral, sean preferibles, digo, las soluciones parciales pactadas a la imposición legal y general»¹²⁵.

Estas teorías, de reparto del empleo, se pusieron en práctica a lo largo de la década de los ochenta y noventa, en Francia y Alemania principalmente. En esta última, es reseñable el llamado «Acuerdo Leber» (1984), denominación con la que se conoce al laudo dictado por Georg Leber (antiguo líder sindical y ministro) ante el bloqueo de la negociación colectiva entre el sindicato de la metalurgia IG Metall, que pedía una reducción de la jornada a 35 horas semanales como fórmula de redistribución del trabajo que evitase los despidos entonces previsibles, y la patronal del sector, que pedía flexibilidad de la jornada de trabajo a fin de elevar la productividad, mejorar la estructura de costes y ganar en competitividad, lo que a su vez aseguraría puestos de trabajo y su crecimiento. El laudo de Leber integró ambas peticiones: estableció una pauta de negociación colectiva dentro del sector en virtud de la cual se negociarían convenios con reducciones de jornada en las empresas a cambio de que los representantes de los trabajadores aceptasen la flexibilidad de jornada que permitiese a las empresas una distribución irregular de la jornada¹²⁶.

¹²⁴ WHITE, M.: *Reducción de la jornada de trabajo: posibilidades y perspectivas*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1989, pp. 101 a 103. El informe de White aporta datos que muestran la pérdida de rendimiento en las jornadas de trabajo prolongadas y su mejora cuando se reduce la jornada.

¹²⁵ ALONSO OLEA, M.: *Empleo y paro: Europa 2000*, Universidad San Pablo CEU, Madrid, 1998, p. 16. Véase también su *Introducción al Derecho del Trabajo*, 6.ª ed., Civitas, Madrid, p. 103.

¹²⁶ PROMBERGER, M. y TRINCZEK, R.: «La política de jornada laboral como estrategia de aseguramiento del empleo: reducción y flexibilización de la jornada de trabajo en Alemania», *Revista Latinoamericana de Estudios del Trabajo*, núm. 2, 1996, p. 109.

En Francia, tras unos primeros pasos por incipientes medidas de flexibilidad del tiempo de trabajo (Ley Delaberre, 28 febrero 1986; Ley Seguin, 19 junio 1987; Ley Quinquela para el empleo de 20 diciembre 1993), el legislador galo apuesta por el reparto del trabajo, a través de la reducción del tiempo de trabajo. La Ley Robien, de 11 de junio de 1996, promovió la reducción del tiempo de trabajo a través de la exoneración de cotizaciones sociales previo acuerdo entre empresa y representante de los trabajadores. Más conocida es la implantación en Francia de la jornada semanal de treinta y cinco horas durante el mandato de Jospin, a través de las leyes Aubry (Ley Aubry, de 13 de junio de 1998, y la Ley Aubry II, de 19 de enero de 2000, que la complementa). La Ley Aubry es famosa sobre todo por haber establecido la jornada legal de treinta y cinco horas semanales; estableció también un complejo mecanismo de incentivos a la disminución del tiempo de trabajo a través de la negociación colectiva mediante ayudas que se hacían depender del efecto que tales reducciones (no inferiores a un 10 por 100 de la jornada) supusieran en términos de creación de empleo en la empresa o el sector; por lo que lo realmente incentivado y perseguido era el reparto del empleo¹²⁷.

La bondad de la reducción del tiempo de trabajo de las leyes Aubry tuvo sin embargo como contrapartida una cierta moderación salarial, con la consiguiente pérdida de poder adquisitivo de numerosos trabajadores, a la vez que un aumento del gasto público en ayudas compensadoras de la disminución de su competitividad.

Más atenta a paliar estos efectos que a rectificar las leyes Aubry, la Ley Fillon, de 17 de enero de 2003, desvinculó las bonificaciones de la cuota patronal con la reducción del tiempo de trabajo, a la vez que comenzó a elevar el número de horas extraordinarias. La Ley TEPA, de 22 de agosto de 2007, persigue ya claramente un aumento del tiempo de trabajo a través de las horas extraordinarias permisibles, que vuelven a aumentar. La Ley de renovación de la democracia social y la reducción del tiempo de trabajo, de 20 de agosto de 2008, sigue esa senda, de liberalización de las horas extraordinarias (supresión de cualquier autorización de la inspección de trabajo), y simplifica la compleja variedad de regímenes de tiempo de trabajo establecidas en las normas estatales, en beneficio de la negociación colectiva e individual, así como

¹²⁷ DE NIEVES NIETO, N.: «La reducción del tiempo de trabajo en Francia: la segunda Ley Aubry de 19 enero 2000», *Aranzadi Social*, núm. 20, 2000, p. 3/15. Para la primera Ley Aubry, además del anterior, GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J. J.: «Evolución del tiempo de trabajo en Francia. La ley de 13 de junio de 1998, de orientación e incitación a la reducción del tiempo de trabajo (Ley de las 35 horas o Ley Aubry)», *Tribuna Social*, núm. 97, 1999, pp. 29 y ss.

de las facultades directivas del empresario. Estas últimas leyes se han traducido en un aumento del tiempo de trabajo real.¹²⁸

La Ley Aubry opera de manera que las horas extraordinarias por encima de las 35 horas no gozan de retribución superior a la hora ordinaria. Es decir, las 35 horas semanales no son en realidad un límite absoluto, sino la línea de activación de las horas extraordinarias, estando estas exentas tanto de cotización a la seguridad social como de tributación al impuesto sobre la renta. Fue derogada en 2012 por el gobierno Sarkozy, y reestablecida en 2017 por Macron.

Desde la reforma *Loi El Khomri* (2016), prevalece la negociación colectiva sobre la ley; se permite incluso que el empresario acuerde de modo unilateral el aumento de la jornada durante una temporada (art L3121-45). Aunque formalmente se mantiene la jornada de 35 horas, en la práctica es superada con facilidad, hasta el punto que en 2019 el sistema de tiempo de trabajo francés mereció el reproche del Comité Europeo de Derechos Sociales.

Distinta al reparto del trabajo a través de la reducción legal del tiempo de trabajo es la práctica de reducción del tiempo de trabajo con reducción de salarios, que muchas veces se presenta como alternativa a la reducción de plantilla o despidos. El antecedente más conocido es el acuerdo colectivo de 1993 para las plantas de Wolkswaguen en Alemania, según el cual el tiempo de trabajo semanal se reducía a 28,5 horas (semana de 4 días), con reducción del salario y el compromiso empresarial de no acudir al despido por causas empresariales¹²⁹.

H) La flexibilidad o reordenación del tiempo de trabajo en un primer momento

En la segunda mitad de los años setenta, paralelamente al discurso de reducción del tiempo de trabajo, se abre un nuevo debate: el de su flexibilidad. Si hasta entonces la regulación del tiempo de trabajo había tenido un sentido cuantitativo, se aboga desde entonces por una ordenación cualitativa. Dichas teorías se pusieron en práctica más tarde en el sentido de flexibilizar el tiempo de trabajo por razones empresariales¹³⁰, de optimización del trabajo y mejora de la competitividad en un contexto mundializado donde la oferta se ajusta a la

¹²⁸ URTEAGA OLANO, E.: «La regulación del tiempo...», *cit.*, p. 302 y ss.

¹²⁹ PROMBERGER, MARKUS y TRINCZEK, R.: «La política de...», *cit.*, p. 105 y ss.

¹³⁰ Si en 1984 se flexibiliza la duración del contrato de trabajo, lo que no deja de establecer un mecanismo de reparto de l empleo, en 1994 se potencia la flexibilidad del tiempo de trabajo a través de diver-

demanda al menor coste posible; solo mucho más tarde se empezaron a introducir mecanismos flexibilizadores del tiempo de trabajo por razón de conciliación del trabajo y la vida familiar, hasta el punto que por mucho tiempo identificábamos la expresión «flexibilidad del tiempo de trabajo» con el primero de los sentidos. Pero incluso en esos primeros debates de los años setenta sobre la reordenación cualitativa del tiempo de trabajo está ya presente la idea de «liberación de apremios inútiles y un abandono de la estandarización en beneficio de una personalización de los comportamientos»; desde esta perspectiva, la posibilidad de «aflojar las ataduras, asegurar un cierto grado de libertad en la organización de la jornada de trabajo, se ofrece como uno de los medios más apropiados para atenuar el sentimiento de servidumbre con respecto al trabajo»¹³¹. Dichas palabras, escritas por Maric en 1977 dentro de los trabajos de la OIT, anticipan la petición de «mayor soberanía sobre su tiempo de trabajo» para los trabajadores, es decir, «la capacidad de tener más opciones y de ejercer un mayor control sobre sus horas de trabajo», lo que a la vez «mejorará su salud y su bienestar, así como el desempeño personal y empresarial»¹³².

«Es imprescindible analizar, también, la dimensión cualitativa del tiempo de trabajo; esto es todo lo concerniente a su *distribución* a lo largo de la vida del trabajador de los tiempos de empleo y no empleo (formación, paro, jubilación) y a la distribución de la jornada de trabajo a lo largo de las unidades cronológicas naturales: día, semana, mes y año [...] porque en el dominio de la distribución del tiempo de trabajo es donde se plantean los nuevos problemas, los que [...] exigirán reformas profundas en el ámbito de nuestra disciplina» (Alarcón)¹³³. Como también advirtiera Alonso Olea, la reducción del tiempo anual de trabajo sería en parte contrapesada con el incremento del número de años de trabajo¹³⁴.

sas vías como, por ejemplo, la distribución irregular de la jornada a lo largo el año, y la compensación de las horas extraordinarias en tiempo de descanso.

¹³¹ MARIC, D.: *La ordenación de la jornada de trabajo...*, cit., p. 12. Entre otras medidas de reordenación del tiempo de trabajo, propone –p. 15– la condensación de la semana (5, 4.5, 4, y hasta 3 días), la contracción de la jornada, el escalonamiento de horarios y vacaciones, horarios a la carta dentro de ellos ofrecidos por la empresa, incluso la remodelación libre del horario de trabajo bajo ciertas condiciones y límites.

¹³² Comisión Mundial sobre el Futuro de la OIT: *Trabajar para un futuro más prometedor*, OIT, Ginebra, 2019, p. 43, haciendo un llamamiento a los gobiernos y los agentes sociales para alcanzar «acuerdos sobre la ordenación del tiempo de trabajo que permitan a los trabajadores elegir los horarios de trabajo, sujetos a las necesidades que tenga la empresa de un mayor flexibilidad [...] Así, tanto hombre como mujeres podrían organizar sus horarios con arreglo a sus responsabilidades domésticas».

¹³³ ALARCÓN CARACUEL, M. R.: «Formas de reordenación y reducción del tiempo de trabajo», *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, núm. 15-16, 1992, p. 20.

¹³⁴ ALONSO OLEA, M.: *Introducción...*, cit., p. 96, «... El hombre hoy vive más, y aunque proporcionalmente trabaja menos, a lo largo de la vida trabaja más; pero cada año trabaja menos para su subsistencia a través de los años».

La Recomendación OIT (núm. 165), sobre trabajadores con responsabilidades familiares (1981), aconseja: «Deberían adoptarse todas las medidas compatibles con las condiciones y posibilidades nacionales y con los intereses legítimos de los demás trabajadores para que las condiciones de empleo sean tales que permitan a los trabajadores con responsabilidades familiares conciliar sus responsabilidades profesionales y familiares»¹³⁵.

Esa misma Recomendación apunta el camino a seguir: «Debería concederse especial atención a las medidas generales para mejorar las condiciones de trabajo y la calidad de la vida de trabajo, incluyendo medidas destinadas a: a) reducir progresivamente la duración de la jornada de trabajo y reducir las horas extraordinarias; b) introducir más flexibilidad en la organización de los horarios de trabajo, de los períodos de descanso y de las vacaciones, habida cuenta del nivel de desarrollo y de las necesidades particulares del país y de los diversos sectores de actividad»¹³⁶.

3. EN LA SOCIEDAD POSINDUSTRIAL; CONCLUSIONES

Se acude al término «cibertiempo» para referirse al tiempo necesario para que el cerebro humano pueda elaborar la masa de datos informativos y de datos emocionales procedentes del ciberespacio»¹³⁷. La velocidad sobrehumana en la que se transita en el ciberespacio es tal que impide organizar el trabajo conforme al los parámetros lineales del tiempo como la jornada y el horario, que tiende a ser sustituido por estímulos y respuestas simultáneos, sincronos¹³⁸. El peligro es que esa velocidad imponga ritmos deshumanizados. El exceso de estímulos, informaciones e impulsos en un sistema presidido por el ideal del rendimiento impone la realización simultánea de multitud de tareas y exige la «hiperatención» del trabajador; produce agotamiento y con él enfermedades de la mente y del ánimo¹³⁹. Los procesos de trabajo acelerados desechan a quien «ya no sigue el ritmo»¹⁴⁰.

¹³⁵ Apartado 17 de la Recomendación OIT (núm. 165) sobre trabajadores con responsabilidades familiares (1981).

¹³⁶ Apartado 18 de la Recomendación OIT (núm. 165) sobre trabajadores con responsabilidades familiares (1981).

¹³⁷ En este sentido, BERARDI, F.: *La fábrica de la infelicidad: Nuevas formas de trabajo y movimiento*, traducido por Patricia Amigot y Manuel Aguilar, Traficantes de Sueños, Madrid, 2003, p. 41.

¹³⁸ Véase COLANGELO KRAAN, P. L.: «Cibertiempo, o el régimen temporal de la modernidad comunicacional», *Comunicación*, núm. 42, 2020, en especial, p. 91 y 96.

¹³⁹ Esta es la idea central de HAN, B. C.: *La sociedad del cansancio*, traducción de Arantza Saratxaga, Herder, Barcelona, 2012.

¹⁴⁰ SAFRANSKI, R.: *Sobre el tiempo*, traducido por Raúl Gabás, Centro de Cultura Contemporánea de Barcelona, Barcelona, 2013, p. 30.

Del mismo modo, a fin de asegurar «los esfuerzos de una fuerza de trabajo dispersa en lugares y tiempos diferentes», la vigilancia empresarial no se centra ya en el cumplimiento de un horario, sino que se vuelve «omnipresente, muy fina e intensa»¹⁴¹. A primera vista, atendiendo a una noción clásica de laboralidad, la dependencia laboral se debilitaría, pero bien mirado, lo que hay es una subordinación más compleja.

¿Seguirá reduciéndose el tiempo de trabajo? Advertía Alonso Olea que la tendencia a reducir el tiempo de trabajo avanza «hacia la concentración de los tiempos libres en días continuados (descansos semanales, vacaciones) más que hacia la reducción del tiempo de trabajo diario»¹⁴². La recuperación del debate y las iniciativas sobre la semana de cuatro días (o semana «condensada»), auspiciada durante la década de los sesenta¹⁴³, confirman esa línea de evolución¹⁴⁴. Algunas empresas la han puesto en práctica. Se implanta en Bélgica mientras escribimos estas líneas, sin reducción del tiempo de trabajo semanal, como una opción a la que el trabajador tiene derecho y que la empresa solo puede rechazar con base en razones justificadas. Desde marzo de 2021, se estudia por el gobierno español un proyecto piloto por el que, durante tres años, las empresas que voluntariamente se acojan al plan podrán experimentar la semana de cuatro días con reducción de la jornada semanal a treinta y dos horas, pudiendo acceder a ayudas procedentes de fondos europeos para compensar la menor productividad inicial, facilitar la introducción de nueva tecnología e invertir en formación de los trabajadores¹⁴⁵. Parecido, en el Reino Unido se acaba de poner en marcha el proyecto piloto *4 Day Week*, por un periodo de seis meses, con reducción de la jornada semanal a treinta y cinco horas.

Estas experiencias permitirán evaluar la repercusión de este tipo de medidas en la productividad y en los costes de las empresas según sectores y tipología empresarial, y su repercusión en la salud de los trabajadores y en la conciliación con su vida familiar; serán por lo tanto una buena oportunidad

¹⁴¹ CASILLI, A.: *Esperando a los robots. Investigación sobre un click*, traducción de Juan Marcelo Riveros, Punto de Vista, 2021, p. 262.

¹⁴² ALONSO OLEA, M.: *Introducción...*, cit., p. 96.

¹⁴³ En los años 60, Herman Khan, físico y estratega de la Guerra Fría, auspiciaba, además de una quinta semana de vacaciones, la semana laboral de cuatro días de siete horas para los países de la segunda revolución industrial, con la advertencia de que los efectos sobre el empleo no serían perceptibles de forma inmediata (citado por CABRERA BAZÁN, J.: «Trabajo y tiempo», *Revista de Política Social*, núm. 121, 1979, p. 117).

¹⁴⁴ En Canadá se planteó durante los años setenta. La semana de cuatro días ya figuraba en la francesa Ley II Aubry (19 enero 2000), como una de las modalidades de reducción del tiempo de trabajo que podían ser objeto de negociación colectiva.

¹⁴⁵ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: «Tiempo de trabajo y productividad: la jornada semanal de cuatro días», *Trabajo y Derecho*, núm. extra 13, 2021, p. 7/9.

para comprobar la posibilidad de avanzar o por la vía de la reducción de la jornada o por la de la flexibilidad del tiempo de trabajo en beneficio del trabajador, o si —es muy probable— por ambas. Pero la reducción del tiempo de trabajo parece proceder últimamente más de la iniciativa de las empresas que del legislador, atento más bien a mecanismos de flexibilidad del tiempo de trabajo. Experiencias de reducción del tiempo de trabajo, como la semana laboral de cuatro días se dan sobre todo por iniciativa de empresas concretas, con clara ventaja de las tecnológicas.

También desde la inquietud por la sostenibilidad y conservación de la naturaleza se propugna la reducción del tiempo de trabajo, bajo la convicción de que «a más horas de trabajo, mayor consumo de bienes materiales» y que el tiempo de descanso se dedica a actividades de escaso impacto ambiental¹⁴⁶, si es que no se mercantiliza¹⁴⁷.

Como hemos visto, la cuestión del tiempo de trabajo ha merecido especial atención en la historia de la OIT y su actividad normativa en esta materia fue muy intensa durante los decenios posteriores a la fundación de la Organización¹⁴⁸. Tras la experiencia de la crisis económica mundial de 2008, las cuestiones relativas al tiempo de trabajo se convierten en objetivo fundamental del Programa de Trabajo Decente de la OIT, y más recientemente en un elemento importante para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030¹⁴⁹.

En una lógica de reparto del empleo, la reducción del tiempo de trabajo debería ir acompañada de la obligación o deber de descanso, sin que esta obligación de no trabajar tenga un sentido instrumental respecto a la obligación de trabajar, en el sentido productivista de reponer fuerzas para trabajar mejor¹⁵⁰. Surge naturalmente la duda de si restricciones de este porte no vulneran la libertad personal y el derecho al trabajo¹⁵¹. Se han de tener presentes las condi-

¹⁴⁶ MARTÍNEZ RAMOS, M.: «La vía del decrecimiento para un modelo de sociedad justa, equitativa y sostenible», en MARGARITA YANINI (Ed.), *Cambio climático y derecho social*, Universidad de Jaén, pág. 252. Véase asimismo HARO GARCÍA, J. L.: *Ecologismo y democracia en el trabajo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020, p. 230 y ss.

¹⁴⁷ SUPLOT, A. (Coord.): *Trabajo y Empleo...*, p. 141.

¹⁴⁸ Detalladamente, en GARCÍA NINET, J. I.: «La protección del tiempo de trabajo en la historia de la OIT», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 147, pp. 217 a 147.

¹⁴⁹ En particular —objetivo 8.º— para promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos.

¹⁵⁰ La crítica en este punto a Barassi, en CESTER, C.: «Contratto di lavoro e tempo di lavoro», en NAPOLI, M. (*a cura di*), *La nascita del diritto del lavoro: «Il contratto di lavoro» di Lodovico Barassi cent'anni dopo*, Vita y pensiero, Milano, 2003, p. 522.

¹⁵¹ En tanto ALONSO OLEA, M.: «El trabajo como bien escaso», conferencia pronunciada en el Círculo de Empresarios el 15 de julio de 1982 y publicada en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 33, 2001, p. 28, alerta de cómo el pluriempleo puede neutralizar la bondad que el trabajo a

ciones requeridas por el Tribunal Constitucional al admitir el establecimiento de edades de jubilación forzosa a través de la negociación colectiva, entre las que precisamente se encuentra la de que la misma responda a criterios de política de empleo¹⁵². Por lo que se refiere al pacto individual, parece posible vincular las reducciones de trabajo y el aumento de los tiempos de descanso con pactos de plena dedicación.

Entre el tiempo de trabajo en sentido estricto o tradicional y el de descanso se abren paso tiempos mixtos, durante los que trabajo y vida privada, en vez de separarse drásticamente como ha ocurrido desde la Revolución Industrial, se integran y confunden¹⁵³. Todo apunta a que estos tiempos vienen –ocurre ya de facto– por la vía de las modalidades híbridas de trabajo a distancia. En el caso español, siendo de aplicación la Ley de Trabajo a Distancia cuando de dicho modo se preste un mínimo del treinta por ciento de la jornada, será práctica cada vez más habitual que –variando según sectores, trabajos y empresas– la realización a distancia de un día de trabajo a la semana, o de todas o varias tardes (en su caso, mañanas) a la semana. En la medida en que esos modos híbridos escapan del rigor de la Ley del Trabajo a Distancia, se realizan de hecho también en muchas ocasiones sin apenas vigilancia y control empresarial, y en la práctica se va extendiendo una cierta tolerancia empresarial con ese tiempo de trabajo siempre que se esté conectado y localizable, y que el trabajo salga adelante. Las modalidades híbridas de trabajo presencial/a distancia generan tiempos también híbridos, que rompen con la tradicional separación entre tiempo de trabajo y tiempo de vida, salvo que la persona trabajadora esté controlada de modo constante y telemático, hasta el extremo que lo impida¹⁵⁴. Ese tiempo híbrido se gana dentro de la jornada de trabajo.

Existe el peligro y también ocurre, que esos espacios temporales híbridos invadan los tiempos de descanso, como ocurre en el supuesto patológico en que no se respeta el derecho a la desconexión digital. Precisamente por eso, es fácil y necesario el refuerzo de dicho derecho, lo que en parte ya ocurre para las personas trabajadoras en modalidad a distancia tras la Ley de Trabajo a

tiempo parcial podría tener como medida de política de empleo, y advierte de la dificultad jurídica de impedirlo, ALARCÓN CARACUEL, M. R.: «Formas de reordenación y reducción...», *cit.*, p. 25, insiste en la dificultad de solucionar por vía normativa el caso del trabajador pluriempleado que trabaja por encima de la jornada máxima legal.

¹⁵² Entre otras, destacan SSTC 58/1985, de 30 de abril, y 280/2006, de 9 de octubre. También las SSTJUE de 21 julio 2011 (asuntos C-159/10 y C-160/10) y de 18 noviembre 2010 (asuntos C-250/09 y C-268/09).

¹⁵³ ALONSO OLEA, M.: «El trabajo como bien escaso», *cit.*, p. 24, aprecia la progresiva dificultad de deslindar entre tiempos de trabajo y tiempos de ocio, con la excepción de trabajos estrictamente manuales.

¹⁵⁴ En este sentido, CAIRÓS BARRETO, D. M.: *Una nueva concepción del tiempo de trabajo en la era digital*, Bomarzo, Albacete, 2001, p. 71.

Distancia, que en su artículo 18.1 configura la desconexión digital no solo como un derecho de la persona trabajadora a distancia sino también como un deber legal del empresario, pero que parece insuficiente y aun exige algún tipo de garantía adicional a las que ya la protegen el tiempo de descanso y la seguridad y salud del trabajador¹⁵⁵.

Parece claro que los avances vendrán, no por imposición legal, sino por la vía de la negociación individual y –sobre todo– colectiva¹⁵⁶. Y es aquí dónde surge alguna duda: ¿Estarán dispuestos los sindicatos a aceptar que la ordenación de la jornada máxima, conquista histórica del movimiento obrero, deje de ser uniforme para todos los trabajadores más allá de las especialidades consagradas desde antaño?

La cuestión no es nueva. Al estudiar las experiencias sindicales del siglo XIX, el matrimonio Webb observó que «para los sindicalistas, como para las bases de la clase trabajadora manual, la duración de la jornada laboral y la duración del tiempo que se deja al descanso tiene una importancia secundaria ante la cuestión vital de la suma que se percibe por ello»¹⁵⁷. Según su criterio, la diversidad propia de los salarios mínimos por sectores y secciones, fijados en la contratación colectiva, no sería trasladable a la jornada, que solo mejoraría con la ayuda de la ley: «Solo a través de una rígida aplicación de horarios de trabajo fijados con previsión y de un modo uniforme puede protegerse realmente la jornada laboral normalizada», es decir, con horas concretas fijadas en la ley entre las cuales no se pueda trabajar¹⁵⁸. Nótese que los sociólogos británicos extrajeron tal conclusión a la vista de lo que ocurría en los ambientes industriales, donde el trabajo estaba gobernado por la «sirena de vapor o la campana de la fábrica»¹⁵⁹, y desde ahí imponía sus horarios a todos los oficios y sectores. Esto no ocurre en la sociedad digital, en la que más bien sucede lo contrario. Cada vez resultará más difícil encontrar «un modelo típico de jornada de trabajo individual», de modo que la diversidad de tipos de jornada tiende a ser la norma¹⁶⁰.

¹⁵⁵ Así, SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: «Derecho a la desconexión digital», en ALZAGA RUIZ, I.; SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y HIERRO HIERRO, F. J. (Dir.), *El trabajo a distancia: una perspectiva global*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 581 y ss.

¹⁵⁶ FREYSSINET, J.: «Jornada de trabajo...», *cit.*, p. 54.

¹⁵⁷ WEBB, S. y WEBB, B.: *La democracia industrial*, *cit.*, p. 258.

¹⁵⁸ *Ibídem*, p. 273.

¹⁵⁹ *Ibídem*, p. 277.

¹⁶⁰ KÖHLER, E.; ROJOT, J. y BIELENSKI, H.: «Reducción/reorganización de la jornada de trabajo y desarrollo de formas atípicas de trabajo», *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, núm. 15-16, 1992, p. 152.

La importancia del tiempo como criterio de determinación de la prestación de la parte trabajadora ¹⁶¹ o incluso como objeto ¹⁶² mismo del contrato de trabajo se relativiza ¹⁶³, pero lo que no cambia a lo largo de la historia es la trascendencia del factor tiempo en el trabajo, lo sea por cuenta ajena, lo sea por cuenta propia. Los cambios del factor tiempo, parejos al protagonismo creciente de los resultados del trabajo, complican cada vez más la distinción entre la *locatio conductio operarum* y la *locatio conductio operis*, y nos obliga tanto a reconsiderar la ordenación y reordenación del tiempo de trabajo, como a repensar la construcción del contrato de trabajo ¹⁶⁴.

La reordenación del tiempo de trabajo avanza hacia –usando terminología de la OIT– una cada vez mayor soberanía del trabajador sobre el tiempo de trabajo ¹⁶⁵, idea presente en la literatura laboral desde finales de los años setenta ¹⁶⁶. Aceptada la flexibilidad del tiempo de trabajo por razones empresariales (modificación sustancial de condiciones de trabajo o –si se quiere– cláusula *rebus sic stantibus* normalizada en el contrato de trabajo, distribución irregular de la jornada a lo largo del año, horas extraordinarias compensables en tiempo de descanso) difícilmente se podía negar por mucho tiempo la flexibilidad del tiempo de trabajo con base en deberes e intereses de las personas trabajadoras. Esto reza especialmente para la necesidad de conciliación del trabajo y la vida familiar (suspensiones del contrato, reducción de jornada, derecho de adaptación de la jornada primero y de bastante más que la jornada más tarde), en que los intereses y derechos en juego trascienden al trabajador y a su familia (igualdad entre mujeres y hombres ¹⁶⁷, demografía) como las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, predicables a la empresa, la rebasan (empleo y economía).

¹⁶¹ ALARCÓN CARACUEL, M. R.: *La ordenación del tiempo de trabajo*, cit., p. 67.

¹⁶² CAIRÓS BARRETO, D. M.: *Una nueva concepción del tiempo...*, cit., p. 72.

¹⁶³ Del proceso de relativización del tiempo como criterio de determinación del contrato de trabajo, hemos tratado en *La conciliación del trabajo y la vida familiar: retos y dificultades de las PYMES*, CEU, Madrid, 2007, p. 59 y ss.

¹⁶⁴ No remitimos a lo dicho en *El contrato de trabajo: nuevos retos, viejas dificultades*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, p. 116 y ss. También en: *La conciliación del trabajo...*, cit., p. 68 y ss.

¹⁶⁵ PROMBERGER, M. y TRINCZEK, R.: «La política de jornada...», cit., pp. 106 y 115, ubican el origen del debate «en torno al tema de la autonomía o soberanía de tiempo de los trabajadores», en ámbitos sindicales de finales de los años 80, en estrecha relación con la necesidad de equilibrar las distintas dimensiones de la vida; en especial, familia y trabajo.

¹⁶⁶ La encontramos en MARIC, D.: *La ordenación de la jornada...*, cit., p. 12.

¹⁶⁷ Desde alguna perspectiva, la reordenación del tiempo de trabajo únicamente por razón de conciliación del trabajo y la vida familiar, como los horarios flexibles, entrañan para las mujeres una implacable elección entre trabajo y familia, por lo que aboga por retomar la vía de las reducciones de jornada de todas las personas trabajadoras (WEEKS, K.: *El problema del trabajo*, cit., pp. 241 a 245).

Y del discurso de la reducción de jornada y flexibilidad del tiempo de trabajo en manos del trabajador por razón de conciliación del trabajo familiar al de soberanía del tiempo de trabajo (compartida) de todas las personas trabajadoras tengan o no responsabilidades familiares solo hay un paso ¹⁶⁸. De algún modo, se repite la historia, y mujeres y niños son el ariete que abre la puerta a una nueva ordenación del tiempo de trabajo ¹⁶⁹.

Dichos cambios, lentos pero claros, no contradicen ni la caracterización del contrato de trabajo (si acaso confirman el carácter derivado de la nota de dependencia, que inevitablemente va siendo matizada, y la relevancia de la nota de ajenidad como la que más íntimamente caracteriza la relación laboral) ni del Derecho del Trabajo, cuyo desarrollo es posible contemplar -Alonso Olea- «como una progresiva limitación de los poderes del empresario sobre la relación de trabajo y, consiguientemente, sobre el trabajador mismo, parte en esa relación» ¹⁷⁰.

En fin, todos estos cambios son lentos, porque tocan aspectos culturales hondamente arraigados en la sociedad industrial que moldeó la relación laboral y que es ya muy distinta ¹⁷¹.

4. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALARCÓN CARACUEL, M. R.: *La ordenación del tiempo de trabajo*, Tecnos, Madrid, 1988.
- «Formas de reordenación y reducción del tiempo de trabajo», *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, núm. 15-16, 1992, pp. 20 a 27.
- ALEMÁN PÁEZ, F. y CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S.: *Del trabajo como hecho social al contrato de trabajo como realidad normativa: un apunte histórico-romanístico*, Dykinson, Madrid, 1997.

¹⁶⁸ «Morfología de la relación laboral a la luz de la equidad entre sexos», en AAVV, *Mind the Gap: para un sistema productivo de equidad entre mujeres y hombres*, Laborum, 2015, p. 153.

¹⁶⁹ Recuerda WEEKS, K.: *El problema del trabajo...*, cit., p. 221, que fue la limitación de jornada de mujeres (y niños) atendiendo a su supuesta debilidad y al mantenimiento de su salud lo que allanó en el siglo XIX el camino a una reducción de jornada del común de los trabajadores, es decir, de los hombres.

¹⁷⁰ ALONSO OLEA, M.: *Introducción...*, cit., p. 154. Por nuestra parte, junto a PAGÉS LUIS, S.: en: *La conciliación del trabajo y la vida familiar: retos y dificultades de las PYMES*, CEU, Madrid, 2007, p. 70. En línea similar, MIÑARRO YANINI, M.: «Del fallido de la jornada de "35 horas"...», p. 6.

¹⁷¹ Las nuevas propuestas de reorganización del tiempo de trabajo no tienen en cuenta muchas veces la existencia de elementos culturales derivadas del proceso de industrialización, que ha configurado el tiempo de trabajo como el tiempo central en torno al cual se organizan los otros tiempos y las restantes facetas de la vida (VEGA RUIZ, M. L.: «La soberanía del tiempo de trabajo. Un nuevo enfoque para un concepto tradicional», *Derecho Social y Empresa*, núm. 13, 2020, p. 22/22).

- ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: «Tiempo de trabajo y productividad: la jornada semanal de cuatro días», *Trabajo y Derecho*, núm. extra. 13, 2021.
- ALONSO OLEA, M.: *Alienación: historia de una palabra*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1974.
- «El trabajo como bien escaso», conferencia pronunciada en el Círculo de Empresarios el 15 de julio de 1982; publicada en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 33, 2001, pp. 17 a 33.
- *De la servidumbre al contrato de trabajo*, 2.^a ed., Civitas, Madrid, 1987.
- *Empleo y paro: Europa 2000*, Universidad San Pablo CEU, Madrid, 1998.
- *Introducción al Derecho del Trabajo*, 6.^a ed., Civitas, Madrid, 2002, pág.
- BABIANO MORA, J.: 1 de Mayo: historia y significado, Bomarzo, Albacete, 2015.
- BERARDI, F.: *La fábrica de la infelicidad: Nuevas formas de trabajo y movimiento*, traducido por Patricia Amigot y Manuel Aguilar, Traficantes de Sueños, Madrid, 2003.
- BOSCH, G. y LEHNDORFF, S.: «La reducción de la jornada de trabajo y el empleo», traducido por Ricardo Cortes, *Papeles de Economía Española*, núm. 72, 1997, pp. 342 a 365.
- CABRERA BAZÁN, J.: «Trabajo y tiempo», *Revista de Política Social*, núm. 121, 1979, pp. 93 a 121.
- «La política de empleo desde una óptica jurídica», *Cuadernos de Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 5, 1979, pp. 305 a 337.
- CACACE, N.; FREY, L. y MORESE, R.: *Lavorare meno per lavorare tutti*, Lavoro, Roma, 1978.
- CAIRÓS BARRETO, D. M.: *Una nueva concepción del tiempo de trabajo en la era digital*, Bomarzo, Albacete, 2001.
- CARCOPIÑO, J.: *La vida cotidiana en Roma*, 3.^a ed, Hachette, Buenos Aires, 1984.
- CASILLI, A.: *Esperando a los robots. Investigación sobre un click*, traducción de Juan Marcelo Riveros, Punto de Vista, 2021.
- CESTER, C.: «Contratto di lavoro e tempo di lavoro», en NAPOLI, M. (*a cura di*), *La nascita del diritto del lavoro: «Il contratto di lavoro» di Lodovico Barassi cent'anni dopo*, Vita y pensiero, Milano, 2003, pp. 513 a 523.
- COLANGELO KRAAN, P. L.: «Cibertiempo, o el régimen temporal de la modernidad comunicacional», *Comunicación*, núm. 42, 2020, pp. 90 a 99.
- COMISIÓN MUNDIAL SOBRE EL FUTURO DE LA OIT: *Trabajar para un futuro más prometedor*, OIT, Ginebra, 2019.
- DE NIEVES NIETO, N.: «La reducción del tiempo de trabajo en Francia: la segunda Ley Aubry de 19 enero 2000», *Aranzadi Social*, núm. 20, 2000, pp. 1065 a 1090.
- DE ROBERTIS, FRANCESCO M.: *I rapporti de lavoro nel diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1946.
- *Storia sociale di Roma. Le classi inferiori*, L'Erma di Bretschneider, Roma, 1981.
- ESPUNY TOMÁS, M. J.: «La Jornada Laboral. Perspectiva Histórica y Valoración Jurídica», *Trabajo*, núm. 13, 2004, pp. 115 a 144.

- EZQUERRA ESCUDERO, L.: *Tiempo de trabajo en España: Aproximación histórica. Desde la emergencia del Derecho Social hasta el Estatuto de los Trabajadores de 1980*, Atelier, Barcelona, 2006.
- FINA SANGLAS, L.: «Por una nueva cultura de la organización del tiempo», *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, núm. 15-16, 1992, pp. 10 a 19.
- FREYSSINET, J.: «Jornada de trabajo: ¿Reducción y/o flexibilidad?», traducido por Víctor Fernández Orcoyen, *Boletín de Información Sociolaboral Internacional*, núm. 46, 1998, pp. 51 a 55.
- GARCÍA DEL CORRAL, I. L. y OSENBRÜGGEN, E.: *Cuerpo del Derecho Civil romano*, ed. facsímil, Lex Nova, Valladolid, 1988.
- GARCÍA NINET, J. I.: «Elementos para el estudio de la evolución histórica del derecho español del trabajo: regulación de la jornada de trabajo desde 1855 a 1931. I parte», *Revista de Trabajo*, núm. 51, 1975, pp. 37 a 132.
- «Elementos para el estudio de la evolución histórica del derecho español del trabajo: regulación de la jornada de trabajo desde 1855 a 1931. II parte», *Revista de Trabajo*, núm. 52, 1975, pp. 5 a 124.
- «La protección del tiempo de trabajo en la historia de la OIT», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 147, pp. 217 a 147.
- GÓMEZ-IGLESIAS CASAL, Á.: *La influencia del Derecho Romano en las modernas relaciones de trabajo*, Civitas, Madrid, 1995.
- GONZÁLEZ DE LENA ÁLVAREZ, F.: «Reducción y reordenación de la jornada de trabajo en España», *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, núm. 15-16, 1992, pp. 80 a 87.
- GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J. J.: «Evolución del tiempo de trabajo en Francia. La ley de 13 de junio de 1998, de orientación e incitación a la reducción del tiempo de trabajo (Ley de las 35 horas o Ley Aubry)», *Tribuna Social*, núm. 97, 1999, pp. 29 a 48.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «Trabajo decente y tiempo de trabajo», en LÓPEZ INSUA, M. M. (COORD.) y MONEREO PÉREZ, J. L.; GORELLI HERNÁNDEZ, J. L., y DE VAL TENA, Á. (DIRS.), *El trabajo decente*, Comares, Granada, 2018, pp. 141 a 152.
- HAN, B.-C.: *La sociedad del cansancio*, traducción de Arantzazu Saratxaga, Herder, Barcelona, 2012.
- HARO GARCÍA, J. L.: *Ecologismo y democracia en el trabajo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020.
- HEGEL, G. W. F.: *Principios de la Filosofía del Derecho*, traducido por José Luis Vermal, Edhasa, Barcelona, 1999.
- HEYDE, L.: *Compendio de Política Social*, 6.^a ed., traducido por Rafael Luengo Tapia y Manuel Sánchez Sarto, Labor, Barcelona, 1931.
- JOHNSTON, H. W.: *La vida en la antigua Roma*, Alianza, 2.^a ed., traducción de Joaquín Pastor, Alianza, Madrid, 2016.

- INSTITUTO DE REFORMAS SOCIALES: *Las condiciones del trabajo en la Rusia de los soviets: Extracto del cuestionario metódico y bibliográfico, elaborado por una comisión de encuesta en Rusia, publicado por la Oficina internacional del Trabajo*, Madrid, 1921.
- KEYNES, J. M.: «Las posibilidades económicas de nuestros nietos», *Papeles de la Economía Española*, núm. 6, 1981, pp. 353 a 361.
- «Employment policy», recogido en JOHNSON, E. y MOGGRIDGE, D. (Eds.), *The Collected Writings of John Maynard Keynes*, v. 27: *Activities 1940–1946: Shaping the Post-War World: Employment and Commodities*, Royal Economic Society, Cambridge, 1978, pp. 264 a 420.
- KÖHLER, E.; ROJOT, J. y BIELENSKI, H.: «Reducción/reorganización de la jornada de trabajo y desarrollo de formas atípicas de trabajo», *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, núm. 15-16, 1992, pp. 143 a 153.
- LAFARGUE, P.: *El derecho a la pereza*, 1880.
- MALDONADO MONTOYA, J. P. y PAGÉS LUIS, S.: *La conciliación del trabajo y la vida familiar: retos y dificultades de las PYMES*, CEU, Madrid, 2007.
- MALDONADO MONTOYA, J. P.: «Morfología de la relación laboral a la luz de la equidad entre sexos», en AAVV, *Mind the Gap: para un sistema productivo de equidad entre mujeres y hombres*, Laborum, 2015, pp. 123 a 157.
- *El contrato de trabajo: nuevos retos, viejas dificultades*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020.
- MARIC, D.: *La ordenación de la jornada de trabajo: El factor tiempo en el nuevo concepto de las condiciones de trabajo*, traducido por L. Sáez, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1978.
- MARTÍNEZ RAMOS, M.: «La vía del decrecimiento para un modelo de sociedad justa, equitativa y sostenible», en Margarita Yanini (Ed.), *Cambio climático y derecho social*, Universidad de Jaén, pp. 231 a 263.
- MARTÍN RODRÍGUEZ, M. O.: «El debate sobre la duración e la jornada de trabajo», *Foro*, vol. 15, núm. 2, 2012, pp. 283 a 294.
- MARX, K.: *El capital: Crítica de la economía política*, t. I, traducción de Wenceslao Roces, 2.ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1959
- *Trabajo asalariado y capital*. Hemos utilizado edición de Planeta, traducción de Ediciones Progreso, 1985.
- MENDIZABAL Y MARTÍN, L.: *Los obreros, los propietarios y los holgazanes*, Ed. Reus, Madrid, 1920.
- MERCADER UGUINA, J. R.: «El mercado de trabajo y el empleo en un mundo digital», *Información Laboral*, núm. 11, 2018, pp. 17 a 33.
- MILL, J. S.: *Principios de economía política*, traducido por Teodoro Ortiz, 2.ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1951.
- MIÑARRO YANINI, M.: «Del fallido de la jornada de «35 horas» horas al de las «32»: la dialéctica entre reducción o distribución de la jornada de trabajo», *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 456, 2021, pp. 5 a 10.

- MONTOYA MELGAR, A.: *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)*, Civitas, Madrid.
- «El trabajo y la vida: contradicciones y conciliaciones», en MALDONADO MONTOYA, J. P. (Dir.), *Mind the Gap: Para un sistema productivo de equidad entre mujeres y hombres*, Laborum, Murcia, 2015, pp. 111 a 121.
- MORO, T.: *Utopía*, traducido por Pedro Rodríguez Santidrián, Alianza, Madrid, 2002.
- PARANQUE, R.: *La semana de treinta horas*, traducido por Raúl García-Durán Lara, du Seuil, Barcelona, 1969.
- PÉREZ LEÑERO, J.: *Antecedentes de la relación laboral en el derecho romano*, Escuela social de Madrid, 1948.
- POSTONE, M.: *Tiempo, trabajo y dominación social*, traducido por María Serrano, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- PROMBERGER, M. y TRINCZEK, R.: «La política de jornada laboral como estrategia de aseguramiento del empleo: reducción y flexibilización de la jornada de trabajo en Alemania», *Revista Latinoamericana de Estudios del Trabajo*, núm. 2, 1996, pág. 105 a 125.
- RENSI, G.: *Contra el trabajo*, traducido por Paul Viejo, Firmamento, Salamanca, 2021.
- RODRÍGUEZ CABALLERO, J. C.: «Reflexiones en torno a los efectos de la reducción de la jornada de trabajo: Los argumentos de los economistas clásicos y la perspectiva de la teoría económica actual», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 106, 2013, pp. 15 a 27.
- RULE, J.: «Tiempo y clase obrera en la Gran Bretaña contemporánea», *Historia Social*, núm. 27, 1997, pp. 23 a 36.
- RUSSELL, B.: «Elogio de la ociosidad», en *Elogio de la ociosidad y otros ensayos*, traducido por María Elena Rius, Edhasa, Barcelona, 2000.
- SAFRANSKI, R.: *Sobre el tiempo*, traducido por Raúl Gabás, Centro de Cultura Contemporánea de Barcelona, Barcelona, 2013.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: «Derecho a la desconexión digital», en ALZAGA RUIZ, I.; SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y HIERRO HIERRO, F. J. (Dirs.), *El trabajo a distancia: una perspectiva global*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 561 a 595.
- SAUVY, A.: *Teoría general de la población*, traducción de Anselmo Calleja y Fernando Bajón, Aguilar, Madrid, 1957.
- *La economía del diablo: paro e inflación*, traducido por Gerardo Novás, Magisterio Español, Madrid, 1977.
- SCHWARTZ, P.: «Las reducciones forzadas de la oferta de mano de obra para combatir el paro», *Cuadernos de Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 5, 1979, pp. 199 a 230.
- SEIDMAN, M.: *Los obreros contra el trabajo: Barcelona y París bajo el Frente Popular*, traducido por Federico Corriente, Pepitas de calabaza, Logroño, 2014.
- SGRAZZUTTI, J. y ROLDÁN, D.: «Tiempo libre y disciplinamiento en las clases obreras italiana y alemana de entreguerras. Dopolavoro y Kraft Durch Freude: un análisis comparativo», *Historia Social*, núm. 52, 2005, pp. 109 a 127.

■ LA REORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO

- SUPIOT, A. (Coord.): *Trabajo y Empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- SUZMAN, J.: *Trabajo: Una historia de cómo empleamos el tiempo*, traducido por Ramón González Férriz y Marta Valdivieso, Penguin, Barcelona, 2021.
- URTEAGA OLANO, E.: «La regulación del tiempo de trabajo en Francia (1997-2009)», *Ekonomiaz (Revista Vasca de Economía)*, núm. 79, 2012, pp. 297 a 315.
- VEGA RUIZ, M. L.: «La soberanía del tiempo de trabajo. Un nuevo enfoque para un concepto tradicional», *Derecho Social y Empresa*, núm. 13, 2020.
- WEBB, S. y WEBB, B.: *La democracia industrial*, traducido por Ángel Simón, Biblioteca nueva, Madrid, 2004.
- WEBER, E.: *El problema del tiempo libre*, traducción de Andrés-Pedro Sánchez Pascual, Editora Nacional, Madrid, 1969.
- WEEKS, K.: *El problema del trabajo: Feminismo, marxismo, políticas contra el trabajo e imaginarios más allá del trabajo*, traducción de Álvaro Briaies, Traficantes de sueños, Madrid, 2020.
- WHITE, M.: *Reducción de la jornada de trabajo: posibilidades y perspectivas*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1989.

CAPÍTULO II

TIEMPO DE TRABAJO Y DEPENDENCIA LABORAL FRENTE A LAS NUEVAS FORMAS DE EMPLEO*

CARLOTA M.^a RUIZ GONZÁLEZ

Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la SS
Universidad de Extremadura

1. TRABAJO DEPENDIENTE Y NUEVAS TECNOLOGÍAS: EVOLUCIÓN DEL CONTEXTO SOCIAL Y LABORAL

En una sociedad fuertemente especializada, en la que los novedosos avances informáticos irrumpen en todos los ámbitos de la vida diaria y en todas las esferas de la sociedad, incluida la relativa al entorno laboral, las tecnologías ocupan un lugar muy destacado en el desarrollo de la prestación laboral, permitiendo dotar de calidad y eficacia el resultado final del trabajo y facilitando su control por parte del empresario¹. Esta realidad genera nuevas formas de trabajar, o novedades en las tradicionales prestaciones de servicios, respecto de las que no es fácil concluir que exista dependencia personal. Unas veces

* El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación PGC 2018-095263-B-100 titulado «Desarrollo tecnológico, cambio socio-laboral y trabajo sostenible». «Los derechos fundamentales, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

¹ SELMA PENALVA, A.: «Las peculiaridades prácticas del control en la empresa», Anales de Derecho, núm. 27, Universidad de Murcia, Murcia, 2009, p. 92.

porque el ejercicio del poder de dirección llega a ser tan flexible que se confunde con la autonomía plena, y en otras, porque sin variar la intensidad del control empresarial, cambia la forma de manifestarse al exterior².

En lo que a flexibilización de la dependencia laboral se refiere, existen supuestos en los que el trabajo debido se ha de realizar con el margen propio de autonomía y decisión que corresponde al profesional que lo realiza. Ello ocurre en la mayor parte de profesiones intelectuales en las que las exigencias deontológicas y profesionales de independencia técnica que caracterizan su ejercicio, constituyen limitación al poder de dirección y vigilancia empresarial³.

Otras veces, la multiplicación de las posibilidades que las innovaciones tecnológicas confieren al empresario para ejercer el control sobre la ejecución de la prestación laboral, realizada por sus trabajadores, dan lugar a nuevas modalidades, formas y tipos de vigilancia dotadas de mayor intensidad y amplitud profesional y personal que sus modalidades precedentes⁴.

Esta circunstancia incluso se ha acentuado de forma notoria en el actual contexto de pandemia provocada por la expansión del virus Covid-19, que ha propiciado la continuación virtual de trabajos hasta ahora presenciales y en los que, también, cabe preguntarse si continúa existiendo, o no, algún tipo de dependencia, pasando, quizás, a un primer plano el trabajo por resultados⁵.

El hecho de que trabajador y empresario de forma tradicional se hayan encontrado simultáneamente en el mismo lugar y tiempo de trabajo, ha venido permitiendo realizar un control constante, directo e inmediato por la persona del empresario. Este control era «constante» porque permitía un control continuo de la prestación laboral; «directo» porque se realizaba sobre el desarrollo de esa prestación de servicios, durante el tiempo de trabajo y no sólo sobre el resultado final del trabajo humano; y, finalmente, este control empresarial se podía calificar como «inmediato», porque no existía herramienta o soporte

² *Ibídem*, p. 92.

³ STS 9 diciembre 2004 (rec. 5319/2003). Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M.: «Contrato de trabajo y autonomía del trabajador», en *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo: estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 36.

⁴ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «Videovigilancia empresarial: límites a la luz de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantías de los derechos digitales», *Diario La Ley*, Sección Tribuna, núm. 9328, La Ley, Madrid, 2019, p. 2, recordando y compartiendo la reflexión de VALDÉS DAL-RE, F.: «Doctrina constitucional en materia de videovigilancia y utilización del ordenador personal de la empresa», *Derecho Social*, núm. 79, Bomarzo, Albacete, 2017, p. 19.

⁵ DÍAZ RODRÍGUEZ, J. M.: «La dependencia económica como elemento vertebrador del Derecho del Trabajo. La necesaria modificación del artículo 1.1 ET, a la vista del ejemplo alemán (1)», *Trabajo y Derecho*. Nueva revista de actualidad y relaciones laborales, núm. 67, Wolters Kluwer, Madrid, 2020, p. 4.

material de control, sino que dicha vigilancia se caracteriza por ser personal, partiendo de la presencia física de los sujetos afectados (empresario y trabajador) en el mismo lugar geográfico⁶.

Sin embargo, la llegada de fenómenos como el *outsourcing*, o externalización hacia otras empresas o profesionales autónomos de funciones o actividades del ciclo productivo tradicional, cediendo con ello la asunción y gestión de sectores del proceso productivo propio, y, sobre todo, la responsabilidad y los riesgos consiguientes⁷, activo la alarma en cuanto a una posible huida del Derecho del Trabajo o crisis del modelo clásico de trabajador que han sido enfrentados por la capacidad de adaptación del ordenamiento laboral, al reconfigurarse las notas características del trabajo por cuenta ajena para combatir, en cierta medida, la desaparición del trabajador tradicional y ampliar el ámbito de las normas laborales a nuevas categorías de trabajadores y actividades⁸.

En este punto, es importante tener en cuenta que la innovación tecnológica del proceso productivo no llevará siempre aparejada la flexibilización de la subordinación del trabajador, existiendo situaciones caracterizadas por todo lo contrario al surgir, en los últimos tiempos, modalidades de prestaciones de servicios que experimentan un intensificación máxima del control empresarial antes desconocida⁹.

Además, la innovación en el proceso productivo proyectada sobre las herramientas de trabajo, que repercute en mejoría de rendimiento, facilidad en el trabajo, reducción de tiempos de presencia física, etc., también influye en la forma habitual de desarrollar la prestación laboral, permitiendo una flexibilización de la concreción horaria tradicional de la jornada de trabajo, la difuminación del concepto de centro de trabajo, o la introducción de formas de supervisión del trabajo muy estrictas¹⁰. Precisamente esta rigidez de la dependencia

⁶ SELMA PENALVA, A.: «Las peculiaridades prácticas del control en la empresa», *cit.*, p. 94.

⁷ Todo ello se debe a nuevas estrategias empresariales que modifican tanto la forma de organizar la actividad empresarial y la forma de producir, como la forma de obtener, por así decirlo, «energía» laboral, con la consiguiente revisión de las estructuras y de las dimensiones de las empresas. Todo ello está llevado a una reducción drástica de las dimensiones medias de las empresas (*downsizing*) facilitada también a través de la escisión de sociedades. Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M.: «El Derecho del Trabajo a fin de siglo», *Relaciones Laborales*, núm. 24, tomo II, La Ley, Madrid, 1999, p. 3.

⁸ GRAU PINEDA, C.: «La economía digital o de plataformas (*platform economy*) como oportunidad para crear empleo autónomo ¿precario?», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 213, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, p. 1.

⁹ Un comentario sobre los indicios o notas características del trabajo autónomo y del trabajo por cuenta ajena a raíz de las recientes referidas a las plataformas digitales, puede verse en GUINDO MORALES, S.: «Los indicios o notas características del trabajo autónomo y del trabajo por cuenta ajena a raíz de las recientes y relevantes sentencias judiciales sobre los *riders*», *Trabajo y Derecho*. Nueva revista de actualidad y relaciones laborales, núm. 67, Wolters Kluwer, Madrid, 2020.

¹⁰ Cfr. SELMA PENALVA, A.: «Las peculiaridades prácticas del control en la empresa», *cit.*, p. 97.

jurídica, inducida por las enormes posibilidades que ofrecen las tecnologías de la información y la comunicación en cuanto a supervisión, propician una vigilancia más «impersonal, subreptiva e implacable» que la actuada tradicionalmente por el empresario o por quien ejerza su poder de dirección¹¹, lo que podrá comprometer fuertemente los derechos y libertades de las personas por los obstáculos o condicionamientos que originan para su libre ejercicio.

La contratación de nuevos perfiles profesionales como respuesta a la pretensión de hacer frente a las nuevas exigencias que reclama la modernización de las estructuras empresariales, otorga al empresario innumerables beneficios productivos. Sin embargo, habrá que tener en cuenta que esta evolución en la forma de desarrollar la prestación de servicios conlleva también nuevos problemas de delimitación de la naturaleza del vínculo que no se generaban en el proceso de producción industrial tradicional. Y es que en muchas ocasiones, el margen de autonomía y capacidad de decisión que se concede al trabajador y su libertad de concreción horaria, unido a la falta de presencia física en las dependencias de la empresa, pueden generar confusión acerca del carácter laboral o civil de la relación en cuestión¹².

No se puede olvidar, por otra parte, que el contexto en que se desarrolla el trabajo a distancia constituye un campo idóneo para prosperar trabajos irregulares. El hecho de que en la mayoría de los casos el servicio se lleve a cabo en el propio domicilio del trabajador, empleado sus propias herramientas tecnológicas y con un horario flexible que facilite conciliar la vida profesional con la personal y familiar, permite hacer pasar desapercibida no sólo la dependencia laboral con que se presta el servicio, sino que también supone un cambio de ritmo en la forma de ejercer el control empresarial y por tanto, los elementos indiciarios que hasta ahora se venían tomando como referencia para reconocer la naturaleza laboral de una relación¹³.

En definitiva, es precisamente la deslocalización provocada por la incorporación de tecnologías como instrumentos de trabajo lo que viene obligando a reinterpretar y actualizar las fórmulas indiciarias de reconocimiento

¹¹ THIBAUT ARANDA, J.: *Control multimedia de la actividad laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 14

¹² Sobre esta cuestión SELMA PENALVA, A.: «Las peculiaridades prácticas del control en la empresa», *cit.*, p. 98. Cfr. IZQUIERDO CARBONERO, F. J.: «El teletrabajo», *Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Cuadernos Prácticos*, Barcelona, 2006, p. 325.

¹³ SELMA PENALVA, A.: *Los límites del contrato de trabajo en la jurisprudencia española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 65 y ss. Cfr. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.: «La integración del teletrabajo en el ámbito de la relación laboral», en *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo: estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 104.

de la naturaleza de una relación laboral que se han estado empleando durante décadas, todo ello, ante las variadas peculiaridades que presentan los nuevos trabajos del siglo XXI, cuya evolución pretende ponerse de manifiesto en estas líneas.

2. EL TRABAJO DEPENDIENTE: OBJETO DE REGULACIÓN

Como reitera el profesor Montoya Melgar, constituye tarea inexcusable de quien se enfrenta con el estudio de una rama del Derecho –en nuestro caso Derecho del Trabajo– el delimitar el ámbito que les es propio, fijando los límites que la distinguen de posibles sectores afines del Ordenamiento. Esta tarea de definición debe arrancar de la identificación de la realidad que reclama su ordenación, constituida en el caso de nuestra disciplina por un entramado de relaciones en virtud de las cuales unas personas trabajan en utilidad y bajo la dependencia de otras, de las que reciben a cambio una retribución¹⁴. En una primera etapa la consideración de trabajo dependiente y por cuenta ajena, como objeto del Derecho del Trabajo, se acoge implícitamente en el Código de Trabajo de 1926¹⁵ y, explícitamente, en las Leyes de Contrato de Trabajo de 1931 y 1944. Hasta entonces, la imaginaria línea fronteriza se situaba pacíficamente sobre la condición obrera y fabril de trabajador asalariado, a la que expresamente aludían los artículos 1 y 3 del Código. Sin embargo, la LCT 1931 deja de referirse al concepto «obreros» y opta por la identificación de personas que se obligan a ejecutar una obra, o prestar un servicio, por cuenta de otras. Todo ello en el intento de poner fin a la conflictividad derivada de la coincidencia originaria de relaciones contractuales bifurcadas en civiles y laborales¹⁶.

La Ley de Contrato de Trabajo de 1931, en sus artículos 1 y 2, acuña una definición del objeto del contrato de trabajo en la que están expresamente incluidos los requisitos de ajenidad y dependencia¹⁷. La noción de dependencia, y con ello la exclusión del trabajo autónomo, se reafirma en los artículos 81 y 7 de esa norma, cuando se expresa literalmente que «*es deber del trabajador*

¹⁴ MONTROYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2021 (42.ª ed.), p. 36.

¹⁵ Ley de 23 de agosto de 1926. *Gaceta de Madrid*, núm. 244, de 1 de septiembre de 1926. Acceso web en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1926/244/A01298-01311.pdf>

¹⁶ Cfr. LUJAN ALCARAZ, J.: «Las fronteras del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia», en *Las fronteras del contrato de trabajo en la jurisprudencia*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020, p. 40.

¹⁷ Arts. 1 y 2 LCT 1931: el trabajador bajo el contrato de trabajo «*se obliga a prestar una obra o un servicio a uno o varios patronos [...] bajo la dependencia de éstos*», debiendo realizarlo «*por cuenta ajena y bajo dependencia ajena*». *Gaceta de Madrid*, núm. 326, de 22 de noviembre de 1931. Acceso web en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1931/326/A01130-01138.pdf>

atender en el trabajo las órdenes e instrucciones del Director, dueño o encargados y representantes de éste» y que su contenido no será aplicable a los «directores, gerentes y altos funcionarios de las empresas que por la representación que puedan ostentar en éstas, por su elevada capacidad técnica, importancia de sus emolumentos y por la índole de su laboral, puedan ser considerados independientes en su trabajo»¹⁸. La Ley, en lo que aquí interesa, trazaba una nítida frontera entre trabajo dependiente (objeto de la legislación laboral) y el trabajo independiente (ajeno a ésta)¹⁹.

La fórmula es acogida, con posterioridad, por los artículos 1, 2 y 3 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944²⁰, y reafirmada por el artículo 69 de la misma norma, cuando se establece que «*El objeto del contrato a que se refiere esta Ley es todo trabajo u obra que se realice por cuenta y, bajo dependencias ajenas*», siendo «*deber del trabajador cumplir los reglamentos de trabajo, así como las órdenes e instrucciones del jefe de la empresa, de los encargados o representantes de éste y de los elementos del personal de la misma que le asistan*».

Esta concepción de la dependencia, años después, comenzaría a ser cuestionada casi al mismo tiempo que se imponía y generalizaba ese sistema indiciario, surgiendo una confusión entre la dependencia que es común a todos los contratos y la que es propia, y específica, del contrato de trabajo. A pesar de ello, la situación fue poco a poco disipándose para dar lugar, finalmente, a una concepción más flexible de la misma y posibilitar la definitiva expansión del ámbito subjetivo del contrato de trabajo. No obstante, para que ocurriera esto último fue necesario, también, un cambio en el entramado económico y productivo en el que las relaciones laborales se desenvolvían²¹. La norma que mejor ejemplifica lo que se dice, según Luján Alcaraz²², es la Ley 21/1962, de 21 de julio, por la que se dio nueva redacción al artículo 6 de la LCT 1944,

¹⁸ Estos caracteres serán abandonados en el artículo 7 LCT 1944, aunque se siguió excluyendo de su ámbito regulador las «*funciones de alta dirección, alto gobierno o alto consejo...*»

¹⁹ MONTOTOY MELGAR, A.: «Trabajo dependiente y trabajo autónomo ante el Derecho del Trabajo», Temas Laborales. *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 81, Junta de Andalucía. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2005, p. 27.

²⁰ Arts. 1 a 3 LCT 1944: Se entenderá por contrato de trabajo, cualquiera que sea su denominación, aquel por virtud del cual «*una o varias personas participan en la producción mediante el ejercicio voluntariamente prestado de sus facultades intelectuales y manuales, obligándose a ejecutar una obra o a prestar un servicio a uno o varios patronos [...] bajo la dependencia de éstos, mediante una remuneración...*», y se presumirá celebrado entre «*todo aquel que da trabajo o utiliza un servicio y el que lo presta, aunque no exista estipulación escrita o verbal, ...*». BOE núm. 55, de 24 de febrero de 1944. Acceso web en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1944/055/A01627-01634.pdf>

²¹ Cfr. LUJÁN ALCARAZ, J.: «Las fronteras del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia», *cit.*, pp. 41 y ss.

²² *Ibidem*, p. 42.

que además de modificar la terminología legal a fin de identificar mejor a los trabajadores como «por cuenta ajena»²³, introduce un segundo párrafo, con el que pretendía solucionar ciertos problemas suscitados por el desarrollo económico. Conforme al mismo, se considerarían también trabajadores «*aunque no se hallen sujetos a jornada determinada o vigilancia en su actividad*», aquellos que probarán su vinculación a una determinada organización productiva empresarial, incluso en los supuestos más extremos en los cuales los indicios no eran reconocibles por completo.

Este panorama normativo tuvo importante reflejo en la doctrina y jurisprudencia posterior, que llegaron a entender la ajenidad de una forma suficientemente amplia que permitía justificar, incluso, el origen del poder de dirección y control basado en la teoría de la ajenidad en los frutos o utilidad patrimonial²⁴. Sin embargo, el paso de los años determinó que se procediera a basar la condición laboral de la relación contractual en la dependencia, convirtiéndose este indicio en el elemento de laboralidad prevalente²⁵.

La elección de la dependencia se explica por las propias características que definían a aquellos primeros destinatarios de la legislación industrial, y su flexibilización posterior permitió que traspasaran las fronteras de lo laboral la mayoría de las relaciones de servicios originariamente ubicadas en el ámbito civil. Se trataba, además, de una función acrecentada desde mediados de los años ochenta por la propia jurisprudencia europea, cuando el TJUE, en el asunto *Lawrie-Blum y Lnad Baden-Württemberg*²⁶ procedió a definir al trabajador como aquél que realiza «*durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, ciertas prestaciones, por las cuales percibe una remuneración*». De esta forma, el Tribunal hacía especial hincapié en la depen-

²³ Exposición de Motivos de la Ley 21/1962, de 21 de julio, por la que se da nueva redacción al artículo sexto del texto refundido de la Ley de Contrato de Trabajo. BOE núm. 175, de 23 de julio de 1962.

²⁴ Al respecto, merece subrayarse, la STS 26 febrero 1986 (ECLI: ES: TS:1986:10925) que tras justificar la voluntariedad y la consiguiente ejecución personal, hace lo propio, con la ajenidad y dependencia –en este preciso orden–, defendiendo que «la ajenidad en el mercado» era el referente definitorio para decidir sobre si un trabajo era o no laboral a nuestros efectos. Cfr. PÉREZ AMORÓS, F.: «Sin frenos y sin contrato: a vueltas con la ajenidad laboral», *Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales*, núm. 5, Universidad Autónoma de Barcelona: Instituto de Estudios del Trabajo, Barcelona, 2018, pp. 126 y ss.

²⁵ Como ya recogen las SSTs 7 de noviembre 1985 (ECLI: ES: TS:1985:467) y 9 febrero 1990 (ECLI: ES: TS:1990:17147) «*no es suficiente para la configuración de la relación laboral, la existencia de un servicio o actividad determinada y su remuneración por la persona a favor de quien se prestan para que, sin más nazca a la vida del derecho el contrato de trabajo, pues su característica esencial es la dependencia o subordinación del que presta el servicio a favor de la persona que lo retribuye, siendo necesario para que concurra que el trabajador se halle comprendido en el círculo organicista, rector y disciplinario del empleador*». Al respecto, véase OJEDA AVILÉS, A.: «Ajenidad, dependencia o control: la causa del contrato», *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 60, Perú, 2007, pp. 375 y 376.

²⁶ STJUE 3 julio 1986, Caso C-66/85 (ECLI: EU: C:1986:284).

dencia, esto es, en la obligación del seguimiento de órdenes del empresario, el control ejercido por el empresario sobre la actividad del prestador y, en términos generales, la integración del trabajador en la estructura del empresario²⁷.

Se trataba, en definitiva, de dotar de significado a cada uno de los elementos que comprendían la propuesta normativa incorporada en la legislación, teniendo presente la nueva realidad de la contratación del trabajo. Para ello, los Tribunales laborales han realizado una interpretación progresiva de la definición legal de contrato de trabajo que les ha permitido actualizar y flexibilizar ese sistema indiciario para adaptarlo a los nuevos modos de producción que se han sucedido, fundamentalmente, suavizando la tradicional exigencia del requisito de la dependencia, que ya no puede ser entendida en el modo clásico como sujeción estrecha al dónde, cuándo y cómo de la prestación del trabajo²⁸, máxime ante el resurgimiento del trabajo autónomo en la Revolución Industrial 4.0, donde los sistemas de fabricación virtuales y las plataformas basadas en las tecnologías hacen posible la «economía bajo demanda», que permite fórmulas de colaboración novedosas en sectores tradicionales y en las que los prestadores de servicios pueden ya no ser empleados²⁹.

3. LA DEPENDENCIA COMO RASGO FUNDAMENTAL DE LA RELACIÓN LABORAL

Las notas definidoras de la relación laboral aparecen expresadas en el artículo 1.1 Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), siendo ellas la voluntariedad, ajenidad, onerosidad y dependencia en la prestación de servicios. Por cuanto aquí interesa, la dependencia es entendida como la realización de la correspondiente actividad «dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona», y se configura como el ingrediente esencial para considerar existente una relación laboral³⁰, pues como desde hace años destacaba la juris-

²⁷ STJUE 15 enero 1987, Caso C-266/85, asunto *Shenavai* (ECLI: EU: C:1987:11). Un comentario más extenso puede verse en TODOLÍ SIGNES, A.: «El concepto de trabajador en el Derecho de la Unión Europea y su aplicación a las nuevas realidades económicas. Comentario al auto motivado del TJUE en el caso de los riders», *Trabajo y Derecho, Sección Unión Europea y Agenda Internacional*, núm. 70, Wolters Kluwer, Madrid, 2020, pp. 2 y 3.

²⁸ Cfr. LUJAN ALCARAZ, J.: «Las fronteras del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia», *cit.*, p. 43.

²⁹ Un análisis más detallado de los efectos de las plataformas digitales en la reconfiguración de las formas de manifestación de los indicios clásicos de dependencia, puede verse en GIL OTERO, L.: «Soluciones "tecnológicas" a problemas clásicos: la evolución jurisprudencial de la ajenidad y la dependencia», *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 151, Junta de Andalucía: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2020, p. 37.

³⁰ Cfr. DE CASTRO MEJUTO, L. F.: «La dependencia como rasgo fundamental de la relación laboral», *Revista de Derecho Laboral*, núm. 2, v Lex, Madrid, 2021, p. 97 y ss.

prudencia la «*integración dentro del ámbito de la organización y de dirección de la empresa es el carácter vertebral que se viene perfilando como el más decisivo en la relación laboral*»³¹.

El empleo por la jurisprudencia del adjetivo «vertebral» para referirse a este elemento caracterizador, eleva su importancia sobre todos los demás, dado que la línea divisoria entre el contrato de trabajo y otros vínculos de naturaleza análoga (ejecución de obra y arrendamiento de servicios), regulados por la legislación civil o mercantil, no aparece nítida ni en la doctrina, ni en la legislación, y ni siquiera en la realidad social. Y ello es así, porque en el contrato de arrendamiento de servicios el esquema de la relación contractual es un genérico intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo con la contrapartida de un precio o remuneración de los servicios, y el contrato de trabajo en tanto que es una especie de género anterior, consistente en el intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo dependiente, por cuenta ajena y a cambio de retribución garantizada³².

Por otra parte, la nota de dependencia se identifica como puesta a disposición del poder de dirección del empresario de la fuerza de trabajo del trabajador, definiéndola como la situación del trabajador sujeto en forma flexible y no rígida al «*círculo organicista, rector y disciplinario del empleador*»³³.

También se ha vinculado al término «subordinación», la ajénidad respecto a la organización de la propia prestación laboral, resultado de una larga elaboración jurisprudencial que concluía no considerar opuesto a la concurrencia de la dependencia, la existencia de cierta «autonomía profesional», imprescindible en determinadas actividades³⁴, lo que será posible de afirmar siempre que el trabajador se encuentre integrado en la organización empresarial³⁵.

³¹ Así la define la STS 734/1990, 14 mayo (ECLI: ES: TS:1990:3728).

³² STS 3 noviembre 2014 (rec. 739/2013). Cfr., comenta el pronunciamiento LUJÁN ALCARAZ, J.: «Las notas de laboralidad. Una aproximación en clave jurisprudencial», Aranzadi Social, núm. 16, Aranzadi, Cizur Menor, 2000, p. 12, citando a MARTÍN VALVERDE, A.: «El discreto retorno del arrendamiento de servicios», en *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990, p. 209 y ss.

³³ Entre otras, SSTS, 9 febrero 1990 (ECLI: ES: TS:1990:1110); 24 enero 2018 (rec. 3595/2015); 8 febrero 2018 (rec. 3389/2015); 4 febrero 2020 (rec. 3008/2017); 1 julio 2020 (rec. 3585/2018); y, 2 julio 2020 (rec. 5121/2018).

³⁴ STS, 19 febrero 2014 (rec. 3205/2012). Consideran opuesto a la nota de dependencia que el actor goce de libertad en el ejercicio de los trabajos encomendados, entre otras, las SSTS, 7 marzo 1994 (rec. 615/1993); 29 diciembre 1999 (rec. 1093/1999); 3 octubre 2000 (rec. 2886/1999); 3 mayo 2005 (rec. 2606/2004); 20 de marzo 2007 (rec. 747/2006); y, 22 julio 2008 (rec. 3334/2007).

³⁵ Para el profesor Mercader Uguina, ese elemento definidor, «*expresa incorporación del trabajador a una organización ajena y, como consecuencia, la intervención o «mediatización» de su trabajo por un tercero que actúa desde una posición de supremacía*», también hace referencia a un singular modo de estar del trabajador «*un estar a disposición de un ajeno a quien se ha cedido previamente la utilidad del*

De igual forma, la evolución de la dependencia ha ido admitiendo diversas graduaciones según las características del contrato de trabajo, llegando incluso a ser posible, en algunos casos, que no concurren determinadas facultades de dirección empresarial, o que la misma dependencia se encuentre atenuada o acentuada, máxime con las innovaciones tecnológicas que han propiciado la instauración de sistemas de control digitalizados de la prestación de servicios³⁶.

Los indicios de dependencia más habituales en la doctrina jurisprudencial son: el desempeño personal del trabajo³⁷, compatible en determinados servicios con un régimen excepcional de suplencias o sustituciones³⁸, el sometimiento a horario, la ejecución del trabajo en el círculo organicista del empresario³⁹, la sujeción a ciertos mecanismos de control como la distribución de instrucciones directas con mayor o menor regularidad, la monitorización a la que se sujeta a algunos trabajadores al amparo de las innovaciones tecnológicas, el seguimiento del rendimiento, el control de tiempos o la presentación de partes de trabajo. Siendo precisamente estos factores los que debe tener en cuenta el juzgador en el supuesto de que no esté clara la naturaleza de la relación analizada, ya que es a él a quien corresponde la labor de indagar en los elementos concurrentes en la situación enjuiciada, con observación de todos los indicios y hechos acreditados⁴⁰.

No obstante, debido a la flexibilización que progresivamente ha ido adquiriendo el concepto de dependencia, estos indicios tradicionales han pasado a servir como criterios orientativos, más no con carácter determinante y excluyente de la existencia de una relación laboral. Siendo irrelevante, por ejemplo, el sometimiento a un horario, porque la existencia de un contrato de trabajo es independiente a su posible concurrencia, y la fijación de una jornada laboral no afecta a la dependencia, ni constituye requisito esencial de dicha modalidad contractual. Es más, cuando la libertad horaria coincide con la exigencia de una amplia disponibilidad horaria, con respecto a la empresa, se confirma la existencia del requisito de dependencia, para la que no es necesaria la concu-

trabajo propio». Cfr. MERCADER UGUINA, J. R., DE LA PUEBLA PINILLA, A. y GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021 (14.ª ed.), p. 142.

³⁶ Estas circunstancias concurren en el caso de trabajo a distancia, de los representantes de comercio o tertulianos, marina mercante, etc. Cfr. DE CASTRO MEJUTO, L. F.: «La dependencia como rasgo fundamental de la relación laboral», *cit.*, p. 100.

³⁷ STS 23 octubre 1989 (ECLI: ES: TS:1989:5640).

³⁸ STS 20 septiembre 1995 (rec. 1463/1994).

³⁹ STS 8 octubre 1992 (ECLI: ES: TS:1992:16528) y 22 abril 1996 (rec. 2613/1995).

⁴⁰ STSJ (Cataluña) diciembre 2003 (rec. 926/2002). En el mismo sentido, entre muchas, *Vid.*, SSTSJ (Cataluña) 17 febrero 2004 (rec. 239/2002); (País Vasco) 22 septiembre 2009 (rec. 1636/2009); (Comunidad Valenciana) 15 noviembre 2011 (rec. 2495/2011); y, (Madrid) 20 enero 2014 (rec. 1299/2013).

rrencia de subordinación absoluta, sino únicamente la inclusión en su ámbito de organización y dirección empresarial⁴¹.

En otras palabras, se ha pasado de la puesta a disposición del poder de dirección del empresario de la fuerza de trabajo del trabajador, a otro en el que las facultades y derechos del empresario tienen que interpretarse en cada caso concreto, siendo infinitas las situaciones y, también, las soluciones. Prueba de ello es que la exclusión de un horario fijo o el empleo de herramientas propias no implican que la dependencia esté ausente, dado que los indicios identificadores de la relación laboral «*son unas veces comunes a la generalidad de las actividades o trabajos y otras veces específicos de ciertas actividades laborales o profesionales*»⁴².

4. LA EVOLUCIÓN INTERPRETATIVA DEL TIEMPO DE TRABAJO COMO INDICIO DE DEPENDENCIA LABORAL

En los últimos años hemos sido testigos de la profunda transformación en la que se encuentra inmersa la economía española, que como el resto de economías, se enfrenta a tres cambios o transiciones de gran escala: «*de lo analógico a lo digital, de lo material a lo intangible y de lo lineal a lo circular*»⁴³. Por lo que se refiere al mercado de trabajo, los efectos de la que ha dado en denominarse «nueva revolución tecnológica», «cuarta revolución industrial» o «Industria 4.0»⁴⁴, hace tiempo que se han empezado a dejar notar. La introducción del correo electrónico, los servicios de intercambio de mensajería gratuita o la accesibilidad de internet, han supuesto un cambio radical en la metodología de trabajo de las empresas, lo que conlleva aspectos positivos, pero sin duda también negativos, en tanto que la posibilidad de comunicación constan-

⁴¹ SSTs 29 diciembre 1999 (rec. 1093/1999) y, 25 enero 2000 (rec. 582/1999), comentadas por PALOMINO SAURINA, P.: «El concepto de dependencia como criterio determinante de la naturaleza civil o laboral de la prestación de servicios», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 27, Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 4 y 5. Más recientemente STS 25 septiembre 2020 (rec. 4746/2019).

⁴² SSTs 8 febrero 2018 (rec. 3389/2015); 29 octubre 2019 (rec. 1338/2017); y, 4 febrero 2020 (rec. 3008/2017), citadas y comentadas por DE CASTRO MEJUTO, L. F.: «La dependencia como rasgo fundamental de la relación laboral», *cit.*, p. 101.

⁴³ *Memoria sobre la situación socio-económica y laboral, España 2018*, del Consejo Económico y Social, Madrid, p. 13. Acceso web en: http://www.ces.es/documents/10180/5212606/Memoria-CES-2018_RESUMEN-EJECUTIVO.pdf/549945a8-babd-c1c1-1238-9a2a69ce5a89 (última consulta, 27 de marzo de 2022).

⁴⁴ Así identificada en el documento *Industria conectada 4.0: La transformación digital de la industria española*, del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, Madrid, 2015, p. 26. Puede consultarse en: <http://www6.mityc.es/IndustriaConectada40/informe-industria-conectada40.pdf> (última consulta, 27 de marzo de 2022).

te que ofrece la tecnología puede desembocar en un control exhaustivo del trabajador, difuminando la frontera entre vida profesional y personal, y complicando la delimitación entre jornada de trabajo y tiempo de descanso del trabajador.

Esta extensión de la jornada laboral, valga aclarar, no significa horas de presencia en el centro de trabajo, pero sí podrá traducirse en forma de permanente disponibilidad para realizar acciones fuera del tiempo de trabajo como responder correos, atender a clientes o emitir informes, que acaban por socavar el status jurídico y personal del trabajador sometido a una interacción virtual continua con su empresa, no desconectando nunca de sus funciones laborales, las cuales deberá conjugar con aquellas otras de índole personal y familiar⁴⁵.

Estos cambios organizativos y tecnológicos en la empresa, requieren de una nueva lectura del modo de detectar la presencia en cada caso concreto de los requisitos de subordinación y ajenidad, pues como ya se decía, en líneas precedentes, estos elementos pueden verse atenuados o agravados, siendo pista indiscutible de esta labor los pronunciamientos más recientes de nuestro Tribunal Supremo. Al respecto, Cruz Villalón concluye que no se trata de grandes novedades, ni de innovaciones interpretativas de profundidad, pues desde hace bastantes décadas nuestra jurisprudencia ha adoptado una posición de interpretación flexible de las notas características que deben concurrir para calificar a una prestación de servicios ejecutada en régimen de subordinación y ajenidad⁴⁶.

Además, la incorporación de empleados muy cualificados aboca a un margen importante de autonomía en la ejecución de su trabajo, pero ello no implica que desaparezca totalmente la calificación del trabajo ejecutado en régimen de subordinación. Ello ocurre, como afirma la jurisprudencia, con las llamadas profesionales liberales, donde la nota de la dependencia en el modo de prestación de los servicios se encuentra atenuada e incluso puede llegar a desaparecer del todo a la vista de las exigencias deontológicas y profesionales de independencia técnica que caracterizan el ejercicio de las mismas⁴⁷.

Un ejemplo de ello lo constituye la actividad de ciertos odontólogos que desarrollan su prestación en grandes y diversas clínicas, incluidas en un ámbito territorial concreto de actuación, respecto de los que a pesar de concurrir ele-

⁴⁵ Lo que hace revivir hoy en día, en palabras de Tascón López, formas casi olvidadas de «vasallaje industrial». TASCÓN LÓPEZ, R.: «El derecho de desconexión del trabajador (potencialidades del ordenamiento español)», *Trabajo y Derecho*. Nueva revista de actualidad y relaciones laborales, núm. 41, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pp. 2 y 3.

⁴⁶ CRUZ VILLALÓN, J.: «El concepto de trabajador subordinado frente a las nuevas formas de empleo», *Revista de Derecho Social*, núm. 83, Bomarzo, Albacete, 2018, p. 41.

⁴⁷ STS 16 noviembre 2017 (rec. 2806/2015).

mentos que tradicionalmente abocarían a calificar la actividad como ejecutada en régimen de autonomía (existencia de atención profesional en otras consultas fuera de la explotación del empleador, desarrollo de la actividad en el horario que ellos mismos eligen, abono de una cantidad por uso de instrumentos materiales y personales de la clínica, abono por el propio odontólogo de las prótesis y materiales a colocar a los pacientes, etc.), sus vinculaciones se califican como relación laboral por la concurrencia de indicios como: el abono de retribución, la ejecución «*intuitu personae*», el condicionamiento de la jornada del odontólogo al horario de apertura al público de la clínica, la ajenidad en los frutos o la prestación del trabajo dentro de la organización y dirección de cada clínica⁴⁸.

Por ello, es muy importante insistir en que la presencia de tales indicios decanta a los Tribunales por considerar que estamos ante una prestación de servicios en régimen de subordinación, pero al mismo tiempo, la ausencia de algunos de esos indicios no comporta necesariamente su exclusión de dicho ámbito dependiente. A ello le llama la doctrina juego «unidireccional» de los indicios⁴⁹.

Particularmente para el caso de la dependencia temporal, manifestada tradicionalmente a través de indicadores como la jornada o el horario preestablecido, que constituyen indicio de laboralidad cuando concurren, pero no de ausencia de la misma cuando no están presentes, reitera la jurisprudencia, que los supuestos de horario flexible, trabajo por objetivos o resultados, y la retribución por tareas, son considerados como formas de empleo subordinado totalmente válidas. Pues lo relevante será la capacidad de control que el empleador detente en el modo de realizar el trabajo y del resultado del mismo, de modo que cuando esto se encuentre plenamente identificado en la vinculación contractual, perderá toda relevancia el sometimiento a los tiempos de trabajo predeterminados por el empleador⁵⁰.

5. LA ACTUALIZACIÓN DE LOS INDICIOS DE LABORALIDAD

Desde que el profesor Pérez Botija hablara de la avasalladora tendencia expansiva del Derecho del Trabajo⁵¹, la evolución en lo que concierne a su

⁴⁸ Entre otras, *Vid.* SSTS 7 octubre 2009 (rec. 4169/2008); 18 marzo 2009 (rec. 1709/2007); y, 29 noviembre 2010 (rec. 253/2010), comentadas por CRUZ VILLALÓN, J.: «El concepto de trabajador subordinado frente a las nuevas formas de empleo», *cit.*, p. 34.

⁴⁹ *Ibíd.*, p. 36.

⁵⁰ Entre muchas, SSTS 7 octubre 2009 (rec. 4169/2008); 19 febrero 2014 (rec. 3205/2012); 16 noviembre 2017 (rec. 2806/2015); 8 febrero 2018 (rec. 3389/2015); y, 2 julio 2020 (rec. 5121/2018).

⁵¹ PÉREZ BOTIJA, E.: *La naturaleza jurídica del Derecho del Trabajo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1943, p. 20, citado por SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, M. Y.: «Las fronteras del contrato de trabajo y

ámbito, y, en principio, a la ampliación progresiva de su esfera protectora, se ha considerado un problema «atemporal o intemporal y universal»⁵².

Las transformaciones económicas, tecnológicas y productivas que se han sucedido en los últimos tiempos lo han venido sometiendo a duras pruebas que han puesto en cuestión su función tutelar del trabajador asalariado. Desde la aparición del primer ordenador y el teléfono móvil, la tecnología ha evolucionado de manera vertiginosa, desarrollándose nuevos dispositivos portátiles y aumentando el número de trabajadores que los usan de manera cotidiana, generalizándose su uso en el ámbito laboral, normalizándose en la interacción con los compañeros de trabajo, clientes, jefes, etc., así como en el desarrollo de la actividad laboral y la organización del trabajo. Esta cotidianidad en el uso de las tecnologías en el ámbito laboral está relacionada con el proceso de globalización del mercado laboral y el aumento de la competitividad, que han requerido a las empresas mayor flexibilidad en la organización del trabajo y han dado lugar a nuevas formas de organización del trabajo, diferentes a las tradicionales.

Con el objetivo de reconocer las nuevas manifestaciones de la prestación de servicios dependientes, los juristas se ha visto obligados a interpretar la doctrina judicial y jurisdiccional de los tradicionales criterios legales de laboralidad, en una doble dirección: por una parte, para atenuar el valor interpretativo que se había atribuido a ciertos rasgos fácticos durante la mayor parte del siglo xx; y, por otra, para identificar y elevar a categoría indiciaria ciertas muestras de integración productiva que antes pasaban desapercibidas⁵³. Así, y junto a las manifestaciones tradicionales de subordinación empresarial, que incluso en determinados casos pueden resultar inservibles, la dependencia jurídica también se manifiesta en otros aspectos de la ejecución del trabajo más vinculados a esas nuevas formas de producción y de organización empresarial⁵⁴.

Se hace entonces imprescindible redefinir la lista de indicios de dependencia laboral para dar respuesta a los actuales problemas de identificación de la laboralidad de la relación cuestionada. De lo que se trata, en definitiva, es de completar el listado de indicios tradicionales con nuevos rasgos que empiezan a deducirse de las decisiones jurisprudenciales más recientes⁵⁵. Es decir, añá-

sistema de indicios de laboralidad», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 143, Madrid, 2019, p. 17.

⁵² *Ibidem*, p. 17.

⁵³ SELMA PENALVA, A.: «Las peculiaridades prácticas del control en la empresa», *cit.*, p. 100.

⁵⁴ Cfr. MORGADO PANADERO, P.: «El teletrabajo, nueva forma de prestación de servicios (avance jurisdiccional)», *Actualidad Laboral*, núm. 13-22, Wolters Kluwer, Madrid, 2004, p. 1923.

⁵⁵ Advierte al respecto la STS 8 febrero 2018 (rec. 3389/2015) que «ante la realidad social actual en la que proliferan las prestaciones personales de servicios que se articulan bajo el amparo de diversos

dir a esos indicios laborales que nacían de una vigilancia directa del patrono⁵⁶, otros nuevos, vinculados a la posibilidad que tiene el trabajador de enviar al empresario, mediante internet desde cualquier lugar y tiempo, el resultado de su trabajo.

No pueden olvidarse, no obstante, en esa la labor de redefinición de indicios de laboralidad, ciertas consideraciones que al respecto ya establecía, desde hace años, el TS. En concreto:

– La realidad fáctica debe prevalecer sobre el *nomen iuris* que errónea o interesadamente puedan darle las partes a la relación que regulan, porque «*los contratos tienen la naturaleza que se deriva de su real contenido obligacional, independientemente de la calificación jurídica que les den las partes; de modo que a la hora de calificar la naturaleza laboral o no de una relación debe prevalecer sobre la atribuida por las partes, la que se derive de la concurrencia de los requisitos que determinan la laboralidad y de las prestaciones realmente llevadas a cabo*»⁵⁷.

– El contrato de trabajo es una especie del género «arrendamiento de servicios»; cuando concurren, junto a las notas genéricas de trabajo y retribución, las notas específicas de ajenidad en el trabajo y de dependencia en el régimen de ejecución del mismo nos encontramos ante un contrato de trabajo⁵⁸, y

– Tanto la dependencia como la ajenidad son conceptos de un nivel de abstracción bastante elevado, que se pueden manifestar de distinta manera. De ahí que la en la resolución de los casos litigiosos se recurra con frecuencia para la identificación de estas notas del contrato del trabajo a un conjunto de hechos indiciarios de una y otra.

De acuerdo con estos postulados metodológicos, seguidamente se proponen y estudian los principales indicios de nueva creación, utilizados por nuestros jueces y tribunales en orden a la calificación de las relaciones de trabajo de dudosa naturaleza jurídica.

contratos civiles y mercantiles, le corresponde a este Tribunal, en cumplimiento de su responsabilidad de unificación doctrinal, remarcar con carácter general y aplicar, en caso, las notas específicas que definen el contrato de trabajo a fin de que los órganos judiciales puedan realizar con respaldo jurisprudencial claro su difícil labor de resolver cada uno de los conflictos que sobre tales cuestiones se les vayan planteando».

⁵⁶ Véase, DE LA VILLA GIL, L. E.: «El concepto de trabajador: (En torno al artículo 1.1 ET)», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, Iustel, Madrid, 2000, p. 41.

⁵⁷ Entre otras, SSTS 20 de marzo 2007 (rec. 747/2006); 7 noviembre 2007 (rec. 2224/2006); 12 diciembre 2007 (rec. 2673/2006); y, 22 julio 2008 (rec. 3334/2007).

⁵⁸ Vid., por ejemplo, las SSTS 9 diciembre 2004 (rec. 5319/2003); 12 febrero 2008 (rec. 5018/2005); 22 julio 2008 (rec. 3334/2007); 25 marzo 2013 (rec. 1564/2012); y, 3 noviembre 2014 (rec. 739/2013).

A) Nuevas definiciones del lugar y tiempo de trabajo

Como ya se comentaba en las primeras líneas de este trabajo, la irrupción masiva de las innovaciones tecnológicas en la empresa cuestiona, muchas veces, la concurrencia de las notas definitorias de la relación laboral contenidas en el artículo 1.1 ET. De modo, que la dependencia no se manifiesta necesariamente a través de indicadores como la jornada o el horario preestablecido, la adjudicación de un concreto puesto de trabajo en la sede física de la empresa u oficina, u otros rasgos que demuestren inequívocamente que se están ejerciendo labores de ordenación y control continuas por parte del empresario. Y es que en la nueva empresa tecnológica muchas veces, el trabajador puede realizar su cometido desde cualquier lugar y enviar el resultado de su trabajo a la sede de la empresa a través de internet. Por ello, su presencia física en aquella deja de ser imprescindible⁵⁹, adquiriendo un peso mayor los sistemas de control de la prestación como la geolocalización o la monitorización de actividades realizadas, que sin duda alguna pasan a constituir indicios de laboralidad que justifican que, el trabajo productivo se está realizando dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona.

La misma evolución experimentan los clásicos indicadores de tiempo de trabajo. En este sentido, la ausencia de directrices relativas al horario de entrada y salida, o sobre las horas de permanencia en la empresa, en ningún caso deberán confundirse con la falta de integración productiva.

Al respecto, ya mediados de los años ochenta se registró un significativo cambio de rumbo en la jurisprudencia, sobre todo a partir de la STS 26 febrero 1986 (RJ 1986,834), en la que se calificó de laboral la actividad de los llamados «mensajeros». Con ella se sentaron las bases, al menos con mayor claridad que hasta ese momento, para atribuir el carácter laboral a los servicios de transporte que, pese a realizarse con vehículo propio del trabajador, se llevaban a cabo en circunstancias que permitían apreciar la nota de dependencia o subordinación en el trabajo. Así lo advertía el TS cuando afirmaba que «*La dependencia, [...] se manifiesta también, en la necesidad de llamar diariamente (a la empresa), bajo penalización de no hacerlo, para recibir las órdenes de trabajo del día, respecto de las que asume la obligación de realizarlas sin demora ni entorpecimiento alguno*»⁶⁰.

⁵⁹ SELMA PENALVA, A.: «Las peculiaridades prácticas del control en la empresa», *cit.*, p. 102.

⁶⁰ Un comentario sobre este pronunciamiento véase en GARCÍA MURCIA, J.: «La regulación del transporte por cuenta ajena», Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional artículo Estudio, Aranzadi, Cizur Menor, 1999, p. 4. Respecto a la compatibilidad de dependencia y libertad horaria, con posteriori-

Algo similar ocurre respecto a los profesionales de la comunicación, donde el TS también concluye apreciar la característica laboral de dependencia ante situaciones de horario flexible cuando el trabajador realiza, por ejemplo, «*el seguimiento de las noticias deportivas..., asistiendo a los entrenamientos... y desplazándose para cubrir sus partidos, todo ello por encargo de la empresa.*». Ello hace innegable que «*la actividad diaria del actor era programada por parte de [la empresa]*», lo que sumado a la necesidad de «*negociación del período de vacaciones del demandante con el Jefe de Deportes de la empresa*», hacen resultar «*palmaria*» la existencia de trabajo subordinado⁶¹.

Estos ejemplos indiciarios, en definitiva, muestran la viabilidad de concurrencia de lo viejo con lo nuevo, es decir, el sometimiento a horario concreto y la flexibilidad en su configuración, lo que lleva a concluir irrelevante en la condición de laboralidad la ausencia de jornada y horario preestablecidos, permitiéndose que el prestador de los servicios pueda decidir sus tiempos de trabajo.

Este enfoque más laxo será muy característico en ciertas profesiones⁶² (personal de comunicación, elaborador de informes, etc.) en las cuales el servicio prestado ha de desarrollarse por el profesional de acuerdo con sus conocimientos, sin tolerar injerencias injustificadas, y deduciéndose la subordinación de extremos tales como la efectiva realización de las tareas encomendadas, o el cumplimiento de los plazos fijados para llevarlas a cabo.

Algo que cobra virtualidad en la modalidad de trabajo a distancia, donde las tecnologías de la comunicación, de un lado, han constituido una herramienta clave para reducir el impacto de las medidas de contención y restricciones a la actividad productiva como consecuencia de la pandemia por Covid-19. Y, de otro, para permitir mayor flexibilidad en la gestión de los tiempos de trabajo y

ridad, también se han manifestado en el mismo sentido las SSTS 19 diciembre 1999 (rec. 1093/1999); 24 enero 2018 (rec. 3595/2015); y, 8 febrero 2018 (rec. 3389/2015).

⁶¹ *Vid.*, entre otras muchas, SSTS 8 octubre 1992 (rec. 2754/1991); 18 marzo 2009 (rec. 1709/2007). Siguen el criterio SSTSJ Comunidad Valenciana, 26 junio 2003 (rec. 1253/2003); Andalucía (Málaga), 20 febrero 2003 (rec. 118/2003); Galicia, 19 febrero 2009 (rec. 5839/2008); Madrid, 21 octubre 2011 (rec. 3042/2011); Islas Canarias (Sta. Cruz de Tenerife), 30 junio 2014 (rec. 415/2013); Castilla León (Valladolid), 21 noviembre 2016 (rec. 321/2015); y, Castilla-La Mancha, 4 febrero 2019 (rec. 1797/2018). En similar término se concluye para el caso de los encuestadores, respecto de los que ase afirman se dan todos los requisitos esenciales para la existencia del vínculo laboral entre ellos y las empresas dedicadas a esta actividad y ello, aun cuando gocen de libertad de horario, no tengan obligatoriedad de aceptar cada uno de los encargos y cobren por encuesta realizada a satisfacción de la empleadora [STS 14 febrero 1994 (rec. 123/1992)].

⁶² Un comentario pormenorizado sobre las actividades incluidas en el ámbito de la relación laboral a la luz de la doctrina del Tribunal Supremo véase en CAVAS MARTÍNEZ, F. y SEMPERE NAVARRO, A. V.: «La delimitación del contrato de trabajo en la jurisprudencia unificada del Tribunal Supremo», en *Las fronteras del contrato de trabajo en la jurisprudencia*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020, pp. 100 y ss.

los descansos; mayores posibilidades, en algunos casos, de una autoorganización, con consecuencias positivas, en estos supuestos, para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral; reducción de costes en las oficinas y ahorro de costes en los desplazamientos; productividad y racionalización de horarios; fijación de población en el territorio, especialmente en las áreas rurales; compromiso y experiencia de la persona empleada; o atracción y retención de talento y reducción del absentismo.

Sin embargo, tales interpretaciones flexibles deben hacerse de manera rigurosa, so pena de vaciar de contenido otras posibles formas de colaboración o prestación de servicios contempladas en el Ordenamiento Jurídico como ajenas al Derecho del Trabajo⁶³.

B) **La autonomía en la elección de días y horas de trabajo: especial referencia al trabajo en plataformas**

En el *fordismo* y *taylorismo* el funcionamiento de la actividad productiva requería de un estricto poder organizativo del empresario en lo referido a horarios y tiempos de trabajo. La posibilidad de ofrecer al trabajador la elección del horario, en el cual prestar sus servicios, resultaba inviable por la propia naturaleza del modelo organizativo de trabajo, pues las cadenas de montaje no podían funcionar si los trabajadores no estaban presentes en el momento de ponerlas en marcha. Por esta razón, con el objetivo de compatibilizar la vida personal y laboral, se han ido creando fórmulas como los permisos por maternidad, paternidad, o excedencia por cuidado de hijos, e incluso se ha tratado de fomentar la resolución de estos conflictos, por la negociación colectiva, mediante la armonización entre trabajo y ocio. No obstante, estos derechos de conciliación se han limitado en cuanto a supuestos y extensión en el tiempo, algo que podría considerarse coherente en un sistema productivo en el cual la concesión del derecho a elegir horario para el trabajador podía comprometer la viabilidad de las empresas y sus necesidades de organización, conforme al sistema productivo existente⁶⁴.

⁶³ VILLALBA SÁNCHEZ, A.: «Reformulación de los presupuestos del contrato de trabajo: nuevas perspectivas de subordinación y ajenidad. STSJ de Galicia, de 4 de junio de 2010 (AS 2010,2411)», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 18, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 3.

⁶⁴ TOLODÍ SIGNES, A.: «Trabajo en plataformas: una oportunidad de llevar el Derecho del Trabajo al s. XXI», en *Cambiando la forma de trabajar y de vivir. De las plataformas a la economía colaborativa real*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 56 y 57.

En cambio, la implantación en el proceso productivo de las plataformas digitales ha modificado radicalmente dicho sistema, en el sentido que la empresa titular de la plataforma en atención a argumentos basados en la facultad de programación del trabajador ha negado de forma continua la dirección empresarial de la actividad y, con ello, la consideración de su vinculación con aquél como laboral. Así, presuntamente, el trabajador dentro de su autonomía podrá elegir en qué concretos días y horas se encontrará disponible para prestar los servicios que le correspondan. Sin embargo, se afirma «presuntamente» porque, en algunos casos, la operatividad de las plataformas digitales podrá introducir matices que provoquen que dicha libertad sea relativa⁶⁵. Pues la oferta lanzada por la plataforma digital en cuanto a la determinación de días, turnos o franjas horarias a elegir por el trabajador podrá partir de una jornada que, previamente, se encuentra cuantitativamente cerrada por la empresa⁶⁶. Sobre ella los trabajadores muestran sus preferencias, a través de una propuesta de disponibilidad, que debe someterse a decisión empresarial y que tendrá en cuenta la puntuación atribuida por los receptores del servicio⁶⁷.

Este trámite, en opinión de la doctrina, es el que cuenta con una mayor opacidad en su gestión, en la medida en que los trabajadores desconocen cómo ha influenciado cada parámetro del sistema de evaluación en la decisión empresarial, pudiendo suceder que si la empresa encuentra dificultades estadísticas para cubrir determinado tipo de encargo, proceda a alterar dichos valores algorítmicos en la medida necesaria para solventar las incidencias de forma satisfactoria para sus clientes⁶⁸.

A tal efecto, la extensión de fórmulas de horario flexible, unido a formas de trabajo por objetivos, o bien de retribución por tareas, permite concluir no sólo la presencia de nuevas modalidades de empleo subordinado, sino también la perfecta compatibilidad del horario flexible con la relación laboral, algo que el TS ha venido manteniendo desde hace años, tal y como expresamente reco-

⁶⁵ GIL OTERO, L.: «Soluciones «tecnológicas» a problemas clásicos: la evolución jurisprudencial de la ajenidad y la dependencia», *cit.*, p. 38.

⁶⁶ Cfr. GOERLICH PESET, J. M. y GARCÍA RUBIO, M. A.: «Indicios de autonomía y de laboralidad en los servicios de los trabajadores de plataformas», en *El trabajo en plataformas digitales: análisis sobre su situación jurídica y regulación futura*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pp. 52 y ss.

⁶⁷ Esta decisión se basa, en opinión de Gil Otero, en la demanda previsible y la oferta de prestadores con disponibilidad, pero la asignación definitiva al concreto prestador dependerá de la puntuación de cada uno de ellos en función del trabajo realizado previamente. Véase, GIL OTERO, L.: «Soluciones «tecnológicas» a problemas clásicos: la evolución jurisprudencial de la ajenidad y la dependencia», *cit.*, p. 39.

⁶⁸ Así ocurre en el conflicto enjuiciado por la Sentencia 284/2018, del Juzgado de lo Social núm. 39 de Madrid, 3 septiembre 2018. Fallo recurrido al TSJ que desestimó el recurso en la STSJ Madrid 19 septiembre 2019 (rec. 195/2019). Un comentario del pronunciamiento puede verse en NIETO ROJAS, P.: «Nuevamente sobre la laboralidad del vínculo contractual de los prestadores de servicios en plataformas digitales. Comentario a la SJS, número 39, de Madrid, de 3 de septiembre de 2018», *Iuslabor*; núm. 1, 2019.

noce la STS 20 enero 2015 (rec. 587/2014) y, que recientemente, se ha incorporado a la norma en relación a las plataformas digitales de reparto por la Ley 12/2021, de 28 de septiembre⁶⁹, donde por aplicación de lo establecido en el artículo 8.1 ET, se presume incluida en el ámbito de esta ley la actividad de las personas que presten servicios retribuidos consistentes en el reparto o distribución de cualquier producto, *«por parte de empleadoras que ejercen las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital»*.

Lo relevante será, en definitiva, la identificación de la capacidad de control del modo de realización del trabajo y del resultado del mismo por parte del empleador, de modo que cuando esto se encuentra plenamente asegurado pierde relevancia cuanto afecte el sometimiento a los tiempos de trabajo predeterminados por el empresario⁷⁰. Esto lleva a concluir que la libertad de horarios no está reñida con el sometimiento al empresario en la ejecución del trabajo, como así concluye la STS 24 enero 2018 (rec. 3394/2015), al afirmar ante la ausencia de horario o jornada de trabajo impuesto al trabajador que la dependencia *«aflore [también] en la necesidad de poner en conocimiento de la empresa la no asistencia al trabajo»*, en el *«dejar de prestar servicios en época estival»* o incluso en el sometimiento de la prestación a una *«estricta supervisión»*⁷¹. En cambio, y como afirma Todolí Signes, muchas veces esa concesión no será tan gratuita para el trabajador y se hará a cambio de reducir salario, por ejemplo debiendo pasar a ser autónomo y, por tanto, perdiendo todos los derechos como trabajador laboral⁷².

C) El control constante de la prestación

Conocido es que la innovación tecnológica no sólo proporciona en el ámbito empresarial un aumento de la productividad del trabajo, sino también

⁶⁹ BOE núm. 233, de 29 de septiembre de 2021.

⁷⁰ Cfr. CRUZ VILLALÓN, J.: «El concepto de trabajador subordinado frente a las nuevas formas de empleo», *cit.*, p. 41.

⁷¹ Algunas de las sentencias que siguen esta doctrina en cuanto a compatibilidad entre dependencia y libertad de horario, *Vid.* SSTSJ Castilla-La Mancha, 7 mayo 2019 (rec. 258/2018); Comunidad Valenciana, 1 octubre 2019; Murcia, 8 enero 2020 (rec. 828/2019); Castilla-La Mancha, 16 enero 2020; y, Cataluña 31 enero 2020 (rec. 5377/2019).

⁷² TOLODÍ SIGNES, A.: «Trabajo en plataformas: una oportunidad de llevar el Derecho del Trabajo al s. XXI», *cit.*, pp. 57 y 58.

del poder de vigilancia empresarial (*ex. artículo 20.3 ET*)⁷³. Esta última manifestación ha sido considerada como una de las aportaciones «más vistosas» que supone la introducción de la tecnología en la relación de trabajo, no sólo porque facilitó la sustitución del control aislado y discontinuo que venía siendo efectuado por el empresario, por un control centralizado y objetivo que permitiría la verificación en tiempo real de la prestación de trabajo; sino también, porque ha propiciado la aparición de nuevos y sofisticados controles que favorecen el conocimiento y almacenamiento de información sobre el trabajador no revelable por los primitivos sistemas⁷⁴.

Así, en este contexto de digitalización, puede convertirse cada vez en más relevante la imposición por el empleador, a sus empleados, de ejecutar el trabajo conforme a determinados programas informáticos, habitualmente proporcionados por la empresa. Cuyo uso determinará de manera indirecta el modo de ejecución del trabajo contenido, de manera precisa y muy detallada, en multitud de órdenes e instrucciones sobre la prestación del servicio, que vienen a convertirse en el modo implícito de ejercicio del poder de dirección del empresario⁷⁵. Adicionalmente las innovaciones tecnológicas aplicadas al trabajo también permiten una intensificación o refuerzo de la capacidad de control «*just in time*» del trabajo que está ejecutando el trabajador, tanto en lo referido a los tiempos de realización del mismo, como a su desarrollo y perfeccionamiento. Por ello, como afirma Cruz Villalón, esa capacidad del empresario de seguimiento intenso y continuo de la trazabilidad del trabajo, que vienen efectuando determinados profesionales, puede constituir un indicio clave para detectar la subordinación del trabajador⁷⁶.

Estas circunstancias anteriores permiten concluir la apreciación de una subordinación indirecta del trabajador, entendida como el sometimiento de la actividad al plan de trabajo diseñado y controlado por el empleador⁷⁷. Es decir, el poder de dirección empresarial se complementa con el control y supervisión de las tareas y órdenes encomendadas⁷⁸.

⁷³ Así lo constata ALARCÓN CARACUEL, M. R.: «La informatización y las nuevas formas de trabajo», en *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2004, p. 13.

⁷⁴ Es la opinión de PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *Nuevas tecnologías y relaciones de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, p. 72.

⁷⁵ Cfr. CRUZ VILLALÓN, J.: «El concepto de trabajador subordinado frente a las nuevas formas de empleo», *cit.*, p. 40.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 41.

⁷⁷ MONEREO PEREZ, J. L.: «El trabajo autónomo, entre autonomía y subordinación», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 5, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 7 y 8.

⁷⁸ Cfr. GIL OTERO, L.: «Soluciones "tecnológicas" a problemas clásicos: la evolución jurisprudencial de la ajenidad y la dependencia», *cit.*, p. 42.

El ámbito de las plataformas digitales, constituye un ejemplo paradigmático de lo hasta ahora contado, donde la tecnología ofrece una absoluta flexibilidad en los tiempos de cumplimiento de la prestación y, correlativamente, en los de verificación o supervisión empresarial, escondiendo un mayor grado de control que podrá extenderse hasta fuera de esos tiempos dedicados al trabajo. Se produce entonces, como Cámara Botía comenta, una simultaneidad entre la atenuación y la acentuación del sometimiento del trabajador⁷⁹.

Uno de los instrumentos que evidencian ese acentuado control empresarial en el ámbito de las plataformas digitales es la geolocalización a través de la *app*. Su empleo en determinados sectores, como el transporte, puede resultar necesario a efectos de verificación de los kilómetros realizados. Sin embargo, en el ámbito de las plataformas los datos obtenidos a través de dichos sistemas no son utilizados únicamente para el abono de los kilómetros realizados, sino que también son empleados para informar en todo momento a clientes, proveedores y empresario acerca del lugar y tiempo exacto donde se encuentra el trabajador. Esta monitorización constante «durante» la prestación que se traduce en forma de instrucciones a través de otros canales de comunicación (llamada telefónica, mensaje, WhatsApp, etc.), constituye un clásico elemento de dependencia o subordinación del trabajador, que también puede percibirse como un posible indicio de laboralidad cuando se desarrolle posteriormente, y en cuanto a la actividad realizada⁸⁰.

6. A MODO DE CONCLUSIÓN

A resultas de todo lo anterior, se concluye este capítulo insistiendo sobre la idea, ya manifestada en líneas precedentes, en cuanto que el criterio de dependencia o subordinación, en la actualidad, mantiene toda su vitalidad y goza de buena salud jurídica como instrumento esencial en la delimitación entre trabajo por cuenta propia y por cuenta ajena.

Se constata cómo la jurisprudencia sigue registrando, con frecuencia, manifestaciones de esta típica limitación fronteriza en base a la interpretación de los criterios básicos del artículo 1.1 ET. Frontera considerada por la doctri-

⁷⁹ CÁMARA BOTÍA, A.: «La prestación de servicios en plataformas digitales: ¿trabajo dependiente o trabajo autónomo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 222, Aranzadi, Cizur Menor, 2019, p. 4.

⁸⁰ Cfr. GIL OTERO, L.: «Soluciones «tecnológicas» a problemas clásicos: la evolución jurisprudencial de la ajenidad y la dependencia», *cit.*, p. 42, citando a GOERLICH PESET, J. M. y GARCÍA RUBIO, M. A.: «Indicios de autonomía y de laboralidad en los servicios de los trabajadores de plataformas», *cit.*, p. 56.

na, aún hoy en día, una cuestión irresuelta y tan viva como cuando en los años cincuenta el pasado siglo la jurisprudencia se esmeró en aquilatar un primer sistema indiciario; o como cuando, una década después, elaboró una definición del contrato de trabajo sobre la base de la flexibilización de la nota de dependencia.

Por otra parte, la aparición de nuevas formas de prestación en plataformas, a distancia, etc., en escenarios productivos cambiantes, no ha favorecido una pacífica delimitación de las fronteras de la laboralidad, y frente al contrato de trabajo típico han aparecido otras formas de cooperación en los procesos productivos; unas veces, como mera revisión de fórmulas contractuales ya conocidas, como la contratación de servicios profesionales liberales, la ejecución de obra o diversas formulaciones de base societaria, y otras, bajo ámbitos aparentemente nuevos (*outsourcing*, *joint venture*, franquicias, contrato de suministro, *factoring*, diferentes modelos en el ámbito de la llamada «economía colaborativa», etc.)⁸¹.

En general, los tribunales laborales y la doctrina científica siguen manifestando su plena capacidad de integración en el ámbito laboral de aquellas relaciones de trabajo inicialmente excluidas por voluntad de los sujetos contratantes. Todo ello, sobre la base de una interpretación extensiva y flexible de los criterios generales establecidos en el ET. De este modo, al permanente proceso de laboralización de las más variadas tipologías de prestaciones de servicios realizadas de manera dependiente y subordinada, se añaden ahora nuevas visiones del haz indiciario protagonizadas por nuevas categorías de prestaciones donde se ofrece como novedad el uso de las tecnologías de la información y la comunicación como sistemas de prestación y control laboral.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ALARCÓN CARACUEL, M. R.: «La informatización y las nuevas formas de trabajo», en *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2004.
- CÁMARA BOTÍA, A.: «La prestación de servicios en plataformas digitales: ¿trabajo dependiente o trabajo autónomo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 222, Aranzadi, Cizur Menor, 2019.
- CAVAS MARTÍNEZ, F. y SEMPERE NAVARRO, A. V.: «La delimitación del contrato de trabajo en la jurisprudencia unificada del Tribunal Supremo», en *Las fronteras*

⁸¹ Cfr. LUJAN ALCARAZ, J.: «Las fronteras del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia», *cit.*, p. 58.

- del contrato de trabajo en la jurisprudencia*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020.
- Consejo Económico y Social: *Memoria sobre la situación socio-económica y laboral. España 2018*, Madrid, 2018.
- CRUZ VILLALÓN, J.: «El concepto de trabajador subordinado frente a las nuevas formas de empleo», *Revista de Derecho Social*, núm. 83, Bomarzo, Albacete, 2018.
- DE CASTRO MEJUTO, L. F.: «La dependencia como rasgo fundamental de la relación laboral», *Revista de Derecho Laboral*, núm. 2, vLex, Madrid, 2021.
- DE LA VILLA GIL, L. E.: «El concepto de trabajador: (En torno al artículo 1.1 ET)», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, Iustel, Madrid, 2000.
- DÍAZ RODRÍGUEZ, J. M.: «La dependencia económica como elemento vertebrador del Derecho del Trabajo. La necesaria modificación del artículo 1.1. ET, a la vista del ejemplo alemán (1)», *Trabajo y Derecho. Nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 67, Wolters Kluwer, Madrid, 2020.
- GARCÍA MURCIA, J.: «La regulación del transporte por cuenta ajena», Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional artículo Estudio, Aranzadi, Cizur Menor, 1999.
- GIL OTERO, L.: «Soluciones «tecnológicas» a problemas clásicos: la evolución jurisprudencial de la ajenidad y la dependencia», *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 151, Junta de Andalucía: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2020.
- GUINDO MORALES, S.: «Los indicios o notas características del trabajo autónomo y del trabajo por cuenta ajena a raíz de las recientes y relevantes sentencias judiciales sobre los riders», *Trabajo y Derecho. Nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 67, Wolters Kluwer, Madrid, 2020.
- GOERLICH PESET, J. M. y GARCÍA RUBIO, M. A.: «Indicios de autonomía y de laboralidad en los servicios de los trabajadores de plataformas», en *El trabajo en plataformas digitales: análisis sobre su situación jurídica y regulación futura*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018.
- GRAU PINEDA, C.: «La economía digital o de plataformas (platform economy) como oportunidad para crear empleo autónomo ¿precario?», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 213, Aranzadi, Cizur Menor, 2018.
- IZQUIERDO CARBONERO, F. J.: «El teletrabajo», *Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Cuadernos Prácticos*, Barcelona, 2006.
- LUJAN ALCARAZ, J.: «Las fronteras del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia», en *Las fronteras del contrato de trabajo en la jurisprudencia*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020.
- «Las notas de laboralidad. Una aproximación en clave jurisprudencial», *Aranzadi Social*, núm. 16, Aranzadi, Cizur Menor, 2000.
- MARTÍN VALVERDE, A.: «El discreto retorno del arrendamiento de servicios», en *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990.

- MERCADER UGUINA, J. R., DE LA PUEBLA PINILLA, A. y GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021 (14.^a ed.).
- MINISTERIO DE INDUSTRIA, ENERGÍA Y TURISMO: *Industria conectada 4.0: La transformación digital de la industria española*, Madrid, 2015.
- MONEREO PEREZ, J. L.: «El trabajo autónomo, entre autonomía y subordinación», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 5, Aranzadi, Cizur Menor, 2009.
- MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2021 (42.^a ed.).
- «Trabajo dependiente y trabajo autónomo ante el Derecho del Trabajo», *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 81, Junta de Andalucía. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2005.
- MORGADO PANADERO, P.: «El teletrabajo, nueva forma de prestación de servicios (avance jurisdiccional)», *Actualidad Laboral*, núm. 13-22, Wolters Kluwer, Madrid, 2004.
- NIETO ROJAS, P.: «Nuevamente sobre la laboralidad del vínculo contractual de los prestadores de servicios en plataformas digitales. Comentario a la SJS, número 39, de Madrid, de 3 de septiembre de 2018», *Iuslabor*, núm. 1, 2019.
- OJEDA AVILÉS, A.: «Ajenidad, dependencia o control: la causa del contrato», *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 60, Perú, 2007.
- PALOMINO SAURINA, P.: «El concepto de dependencia como criterio determinante de la naturaleza civil o laboral de la prestación de servicios», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 27, Aranzadi, Cizur Menor, 2007.
- PÉREZ AMORÓS, F.: «Sin frenos y sin contrato: a vueltas con la ajenidad laboral», *Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales*, núm. 5, Universidad Autónoma de Barcelona: Instituto de Estudios del Trabajo, Barcelona, 2018.
- PÉREZ BOTIJA, E.: *La naturaleza jurídica del Derecho del Trabajo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1943.
- PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *Nuevas tecnologías y relaciones de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «Videovigilancia empresarial: límites a la luz de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantías de los derechos digitales», *Diario La Ley, Sección Tribuna*, núm. 9328, La Ley, Madrid, 2019.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: «Contrato de trabajo y autonomía del trabajador», en *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo: estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999.
- «El Derecho del Trabajo a fin de siglo», *Relaciones Laborales*, núm. 24, tomo II, La Ley, Madrid, 1999.
- RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.: «La integración del teletrabajo en el ámbito de la relación laboral», en *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo: estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999.

- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, M. Y.: «Las fronteras del contrato de trabajo y sistema de indicios de laboralidad», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 143, Madrid, 2019.
- SELMA PENALVA, A.: *Los límites del contrato de trabajo en la jurisprudencia española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- «Las peculiaridades prácticas del control en la empresa», *Anales de Derecho*, núm. 27, Universidad de Murcia, Murcia, 2009.
- TASCÓN LÓPEZ, R.: «El derecho de desconexión del trabajador (potencialidades del ordenamiento español)», *Trabajo y Derecho. Nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 41, Wolters Kluwer, Madrid, 2018.
- THIBAUT ARANDA, J.: *Control multimedia de la actividad laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- TODOLÍ SIGNES, A.: «Trabajo en plataformas: una oportunidad de llevar el Derecho del Trabajo al s. XXI», en *Cambiando la forma de trabajar y de vivir. De las plataformas a la economía colaborativa real*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- «El concepto de trabajador en el Derecho de la Unión Europea y su aplicación a las nuevas realidades económicas. Comentario al auto motivado del TJUE en el caso de los riders», *Trabajo y Derecho, Sección Unión Europea y Agenda Internacional*, núm. 70, Wolters Kluwer, Madrid, 2020.
- VALDÉS DAL-RE, F.: «Doctrina constitucional en materia de videovigilancia y utilización del ordenador personal de la empresa», *Derecho Social*, núm. 79, Bomarzo, Albacete, 2017.
- VILLALBA SÁNCHEZ, A.: «Reformulación de los presupuestos del contrato de trabajo: nuevas perspectivas de subordinación y ajenidad. STSJ de Galicia, de 4 de junio de 2010 (AS 2010,2411)», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 18, Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

SEGUNDA PARTE

**UNA MIRADA AL DERECHO DE LA OIT
Y DE LA UNIÓN EUROPEA**

CAPÍTULO III

EL TIEMPO DE TRABAJO EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y SU INTERPRETACIÓN POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA *

DOLORS CARRASCOSA BERMEJO

Profesora asociada en Universidad Pontificia Comillas (ICADE).
Universidad Complutense de Madrid (UCM). Acreditada a T. U. ANECA.
Redactora en Lefebvre

1. INTRODUCCIÓN

Este capítulo pretende mostrar el importante papel del Derecho de la Unión Europea (en lo sucesivo UE) en la regulación del tiempo de Trabajo. El análisis se centra en la Directiva sobre tiempo de trabajo que incide en aspectos tan cruciales como la propia identificación del tiempo de trabajo, en relación con el tiempo de descanso, la jornada, o las propias vacaciones... No obstante, también alude a otras directivas que abordan esta materia de forma más tangencial. Finalmente, se exponen las posibles intervenciones que se pretenden realizar en este ámbito aprovechando el empuje del Pilar europeo de derechos sociales que marca la agenda social normativa de la UE.

* Este trabajo se realiza como parte del proyecto de investigación RTI2018-097917-B100 «Retos del Derecho del trabajo español ante la doctrina del Tribunal de Justicia en materia de política social y derechos fundamentales» concedido y financiado por el Ministerio de Ciencia Innovación y Universidades y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional FEDER.

Como se verá, se trata de una materia compleja y controvertida, desde sus mismos orígenes, sobre la que el Tribunal de Justicia ha realizado una importante labor interpretativa dictando más de 80 sentencias aclaratorias. Por la limitada extensión de este capítulo no se pretende un análisis detallado de toda esta normativa y su interpretación por el Tribunal de Justicia, si no solamente recoger sus aspectos fundamentales y los pronunciamientos más recientes. Máxime considerándose que muchas cuestiones específicas se analizarán obligatoriamente, de forma monográfica, en otros capítulos de esta obra colectiva.

A) **Consecuencias jurídicas generales derivadas de la regulación comunitaria del tiempo de trabajo a través de directivas**

La mera existencia de Derecho de la UE sobre el tiempo trabajo es relevante y siendo esta intervención a través de directivas hay que tener en cuenta los siguientes elementos básicos:

En primer lugar, es obligado interpretar toda la normativa nacional conforme a la letra y objetivo del Derecho de la UE dada su primacía, especialmente respecto de la que implementa, aunque no solo¹. Esta obligación es parte de los efectos jurídicos que producen las Directivas desde su entrada en vigor frente a sus destinatarios, los Estados miembros y, en definitiva, frente a todas las autoridades nacionales. En el marco de esta obligación de interpretación conforme los tribunales nacionales deben emplear todas las técnicas a su alcance para dotar de efectividad al Derecho de la UE, pero siempre sin incurrir en una interpretación contra legem de la norma nacional².

En segundo lugar, aunque las directivas, con carácter general, no tienen *efecto directo*,³ al dirigirse y obligar únicamente a los Estados miembros que han de proceder a su implementación; si, transcurrido el plazo otorgado, tal

¹ Ver sobre esta obligación, precisamente en conexión con las Directivas sobre tiempo de trabajo sentencia TJUE 5-10-2004, asunto Pfeiffer y otros C-397/01 a C-403/01, apartados 114 y siguientes o la dictada el 24-1-12, sobre el asunto Domínguez C-282/10 apartado 24. SARMIENTO, D.: *El Derecho de la Unión Europea*. Marcial Pons. Madrid. 2016, pp. 272 ss. ALONSO GARCIA, R.: «La interpretación del Derecho de los Estados conforme al Derecho Comunitario: las exigencias y los límites de un nuevo criterio hermenéutico» *Revista Española de Derecho Europeo*, núm 8/2008

² Ver sobre esta obligación interpretativa la sentencia sobre el asunto Marleasing C-106/89, ver sobre los límites de tal interpretación conforme sentencia del TJCE de 5-10-04 sobre el asunto Pfeiffer C-397/01 y asuntos acumulados, ver apartados 114 al 120.

³ Tratado FUE artículo 288. Ver sobre esta cuestión ALZAGA RUIZ, I.: «La eficacia de las directivas comunitarias en el ámbito laboral». Civitas Madrid. 2009. SARMIENTO, D.: *El Derecho de la Unión Europea*. Marcial Pons. Madrid. 2016, pp. 293 ss. y NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: «La eficacia de las directivas y la responsabilidad del Estado por su incumplimiento», en VVAA (CASAS BAAMONDE, M.^a E. y

transposición no se realiza o se produce de forma errónea o deficiente, podría caber el efecto directo de ciertas disposiciones de las directivas si fueran suficientemente precisas e incondicionales. Este efecto directo solo existe en un *plano vertical*, esto es, respecto de los trabajadores perjudicados contra la Administración empleadora⁴, que queda vinculada por el incumplimiento estatal de su obligación de transponer correctamente y en plazo⁵. En este sentido, conviene subrayar que precisamente la Directiva de tiempo de trabajo contiene ese tipo de disposiciones precisas e incondicionales que, de cumplirse el resto de requisitos, se han considerado directamente aplicables en dicho plano vertical que favorece a los empleados públicos⁶. Sin embargo, ese efecto directo no cabe desde un punto de vista *horizontal* o entre particulares, es decir, de un trabajador frente a su empleador privado. Los empresarios siempre pueden alegar que estarían cumpliendo con lo exigido por su normativa nacional y no son culpables de esa falta de implementación estatal o de su incorrección. En ese contexto, solo cabría una vía indirecta de resarcimiento pudiendo exigir los trabajadores al Estado su responsabilidad patrimonial por los perjuicios causados por la incorrecta o ausente transposición⁷.

En ese contexto, solo cabría una vía indirecta de resarcimiento pudiendo exigir los trabajadores al Estado su responsabilidad patrimonial por los perjuicios causados por la incorrecta o ausente transposición⁷. En este último sentido, conviene tener presente que el Tribunal de Justicia acaba de declarar que la normativa nacional para reconocer tal responsabilidad patrimonial del Estado español por incumplimiento del Derecho de la UE es contraria a este último. La normativa española vulnera *el principio de efectividad* al imponer requisitos de concurrencia extremadamente difícil y que, de hecho, impiden en muchos casos su reconocimiento (ver TJUE Gran Sala 28-6-22, C-278/20).

Finalmente, debe hacerse constar que existen sentencias de Tribunal de Justicia que, en situaciones en que no era posible la aplicación directa de una

GIL ALBURQUERQUE, R., dirs.) *Derecho Social de la UE. Aplicación por el Tribunal de Justicia*. 2.ª ed. Lefebvre, pp. 97 y ss.

⁴ En un sentido amplio ver sentencia TJUE (Gran Sala) 24-1-12 sobre el asunto Domínguez C-282/10 y asunto Farrell C-413/15

⁵ Ver sentencias del TJUE sobre los clásicos asuntos Van Duyn 41/74 y Marshall 152/84

⁶ Ver sobre la duración media máxima de la jornada semanal recogida en el artículo 6 de la Directiva de tiempo de trabajo y su período de referencia (TJCE 5-10-04, asuntos acumulados Pfeiffer C-397/01 a 403/01). En el mismo sentido respecto de las vacaciones ver TJUE (Gran Sala) 24-1-12 sobre el asunto Domínguez C-282/10 apartados 34 a 39.

⁷ Ver sobre esta cuestión sentencias del TJUE sobre el asunto Francovich C-479/93 apdo. 35 y sentencia Courage Crehan C-453/99. SARMIENTO, D.: *El Derecho de la Unión Europea*. op. cit. pp. 431 ss. y NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: «La eficacia de las directivas y la responsabilidad del Estado por su...» op. cit. pp. 97 y ss.

directiva, protegen los derechos de los trabajadores aplicando *principios generales del Derecho y/o los denominados derechos fundamentales de la UE*⁸. En efecto, como se verá al analizar la Carta de derechos fundamentales de la UE, en estos pronunciamientos, al amparo de tales derechos y su aplicación horizontal, el Tribunal de Justicia, de forma algo controvertida y ambigua, parece superar, en ocasiones, la imposibilidad de aplicar directamente, entre privados, ciertas directivas.

B) La inicial intervención sobre el tiempo de trabajo y su controvertida base jurídica

Desde un plano normativo, de *hard law*⁹, la intervención del legislador comunitario en materia de tiempo de trabajo se demoró hasta la Directiva 93/104/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo¹⁰. Esta directiva, con el fin de elevar el nivel de protección de la *seguridad y de la salud* de los trabajadores, regulaba aspectos conectados con los períodos de descanso entre jornadas, las pausas dentro de la propia jornada, el descanso semanal, la duración media máxima de trabajo semanal, las vacacio-

⁸ Así sucede, por ejemplo, cuando se recurre al principio de igualdad de trato, para aplicar *de facto* ciertas directivas especialmente las que prohíben ciertas causas de discriminación (ver sentencias del TJUE sobre los asuntos Küçüdeveci C- 555/07 o Mangold C-144/04). En sentido contrario negando tal aplicación ver la sentencia sobre el asunto Bartsch C-427/06, que no sigue las tesis de la Abogada General. Simplemente eludiendo el tema, ver TJUE (Gran Sala) 24-1-12 sobre el asunto Domínguez C-282/10. Señalando esta divergencia de pronunciamientos, ver RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M.: «La carta de derechos fundamentales de la UE, ámbito de aplicación y eficacia» /en/ VVAA *Derecho Social de la UE*, *op. cit.*, pp. 65 y ss.

⁹ Ver, previamente, en el plano *soft law* la Recomendación del Consejo 75/457/CEE de 22-7-1985 que pretendía promover que los Estados adoptaran medidas apropiadas con arreglo a las prácticas y a las condiciones nacionales existentes, bien por medio de la legislación, bien estimulando a los interlocutores sociales para que concluyan convenios colectivos, o cualquier otro medio, con el fin de lograr como objetivo: la semana de 40 horas y el establecimiento de 4 semanas de vacaciones anuales retribuidas(Diario Oficial n° L 199 de 30-7-1975) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:31975H0457&from=ES>

Ver también la Resolución del Consejo sobre la ordenación del tiempo de trabajo de 18-12-1979, DOCE C-2, 4-1-1980 que trataba que la Comisión intensificara sus contactos con los interlocutores sociales para que, en un contexto de grave desempleo, se negociara colectivamente en el sentido de reducir horas extraordinarias, ampliar vacaciones anuales o permisos, o incluso la reducción progresiva de la actividad en momentos previos a la jubilación (jubilación parcial y flexible)... <https://documentacion.fundacionmapfre.org/documentacion/publico/es/media/group/1006900.do>

Ver mencionando estos precedentes CAIROS BARRETO, D. M.ª: «Condiciones de empleo y trabajo» / en/ VVAA *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*. Tirant Lo Blanch. 2012, Valencia, pp. 333 y ss.

¹⁰ Ver esta norma en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:31993L0104&qid=1648889824683&from=ES>

nes anuales y ciertos aspectos del trabajo nocturno, del trabajo por turnos y del ritmo de trabajo. En efecto, hasta transcurridos algo más de 35 años de la firma del Tratado de Roma por el que se crea la Comunidad Económica Europea no se abordó esta cuestión que, desde luego, no parecía prioritaria frente al proyecto principal de crear un mercado único.

El tiempo de trabajo, por tanto, se dejó en manos de los Estados miembros y en el de otras organizaciones internacionales con interés en estas cuestiones más sociales. Entre ellas destaca la *Organización Internacional del Trabajo*, la OIT, que recién conformada, aprobaría el Convenio n.º 1 sobre el tiempo trabajo en la industria¹¹ en 1919. A este Convenio, en vigor desde el 13 de junio 1921 y ratificado por España pocos años después,¹² le siguieron otros muchos,¹³ como se explicará en el siguiente capítulo de esta obra colectiva. Conviene, no obstante, destacar aquí que este primer Convenio es una norma impulsada por el movimiento obrero que reclamaba la jornada de 8 horas desde finales del siglo XIX, con manifestaciones y huelgas, algunas con desenlace trágico para los sindicalistas. Razón por la que, precisamente, el 1 de mayo fue considerado el Día de Internacional del Trabajo por la Segunda Internacional en 1889.

La Directiva 93/104/CE, promovida por la Comisión en 1990, en su propia exposición de motivos reconoce sus objetivos vinculados a ciertos derechos recogidos en la *Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales* de los trabajadores, aprobada en 1989 y suscrita inicialmente por 11 de los 12 Estados (al quedar al margen el Reino Unido). En el punto 7.º de esta declaración de derechos, sin eficacia jurídica, pero con una gran importancia política se establece el derecho a la «mejora de las condiciones de vida y trabajo» y se confía en que el mercado interior conduciría a una mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores en la UE (entonces Comunidad Europea). También se insiste, quizás algo ingenuamente, en «la aproximación, por la vía del progreso, de dichas condiciones, en particular en lo que respecta a la duración y distribución del tiempo de trabajo y las formas de trabajo distintas del trabajo por tiempo indefinido, como el trabajo de duración determinada, el trabajo a tiempo parcial, el trabajo interino y el trabajo de tem-

¹¹ https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C001

¹² El 22 febrero 1929, ver ratificaciones en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312146

¹³ España también ratificó en relación con la jornada en diferentes sectores, entre otros, los Convenios OIT núms. 14, 30, 43, 46, 47, 49, 51, 67 o 153. Ver en este sentido, SEGOVIANO ASTABURUAGA, M.ª L.: «Capítulo 33. Jornadas, descanso, trabajo efectivo» /en/ VVAA (CASAS BAAMONDE, M.ª E. y GIL ALBURQUERQUE, R. Dirs): *Derecho Social de la UE. Aplicación por el Tribunal de Justicia*. 2.ª ed. Lefebvre, pp. 954 y ss.

porada.» Además, en el punto 8 de esa Carta se establece que: «todo trabajador de la Comunidad Europea tiene derecho al descanso semanal y a unas vacaciones anuales pagadas, cuya duración, en uno y otro caso, deberá aproximarse por la vía del progreso, de conformidad con las prácticas nacionales.» Confiando de nuevo en esa armonización espontánea, se establece, en el punto 9, que los trabajadores por cuenta ajena tienen derecho a la definición de «sus condiciones de trabajo por ley, por un convenio colectivo o por un contrato de trabajo según las modalidades propias de cada país.» Curiosamente, el derecho a la protección de la salud y de la seguridad en el lugar de trabajo se recoge en el apartado 18 de la Carta, como una materia ajena al tiempo de trabajo.

Esta simple declaración comunitaria de derechos sociales también resultaba algo tardía, pues al tiempo de trabajo ya se habían referido previamente en sus cartas de derechos otras relevantes organizaciones internacionales. Por un lado, muy tempranamente, la propia *Declaración Universal de los Derechos Humanos* proclamada por la Asamblea General de las *Naciones Unidas* en París, el 10 de diciembre de 1948¹⁴ en su artículo 24 ya declaraba que «toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas.» Más adelante, el *Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales* de 1966 también se referiría al «descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos»¹⁵.

Por otro lado, en el ámbito del *Consejo de Europa*, una organización internacional más interesada en los derechos fundamentales que la entonces CEE, se firmaría en Turín, el 8 de octubre de 1961, la *Carta Social Europea*¹⁶. En su artículo 2, bajo la rúbrica «derecho a unas condiciones de trabajo equitativas», ya se recogían importantes referencias al tiempo de trabajo que se mantienen en su versión, *revisada*, firmada en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996¹⁷ y finalmente ratificada por España en el verano de 2021¹⁸. En efecto, en ese artículo 2 se alude, entre otras cuestiones, al horario de trabajo diario

¹⁴ <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

¹⁵ Artículo 7.d) del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales de 1966 <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>

¹⁶ <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/europa/CSE/1961-CSE.htm>

¹⁷ Ver el texto más detallado de la Carta revisada en <https://rm.coe.int/168047e013>

¹⁸ Ver instrumento de ratificación publicado en el BOE de 11-6-2021 [https://www.boe.es/eli/es/ai/1996/05/03/\(2\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/1996/05/03/(2)). Ver sobre la importancia de estos instrumentos SALCEDO BELTRAN, M.ª C.: «La Europa social armonizada: ¿realidad o quimera?» /en/ VVAA (Dir MIRANDA BOTO, J. M.ª, pp. 135-164 y la bibliografía allí citada).

y semanal, a los días festivos, a las vacaciones, al descanso semanal o al propio trabajo nocturno¹⁹. En ambas Cartas, por un lado, separan esas cuestiones del *derecho a la seguridad higiene*, que se recoge en el artículo tercero, sin aludir al tiempo de trabajo. Sin embargo, resulta indudable que son materias interconectadas, pudiendo ser el tiempo de trabajo una importante herramienta preventiva de la salud del trabajador. Por otro lado, se reconoce, que respecto de las ocupaciones peligrosas o insalubres, en las que no se hayan podido eliminar los riesgos laborales, es necesario implantar una limitación de las horas trabajo, lo que parece conectar con la necesidad de reducir los tiempos de exposición a los riesgos persistentes, y/o incrementar los días de descanso pagados suplementarios.

La aprobación de esta primera Directiva 93/104/CE también se enfrentó al grave problema de la *ausencia de una competencia comunitaria sólida* que permitiera abordar fácilmente la armonización del tiempo de trabajo. El legislador aprovechó los cambios generados por el Acta Única Europea²⁰ en el Tratado de la Comunidad Económica Europea, que generó nuevas competencias con el objeto de propulsar el mercado interior y evitar el dumping social armonizando ciertas cuestiones sociales. En concreto, se utilizó el «providencial» artículo 118 A²¹ que, en su apartado primero, animaba a los Estados a procurar promover la mejora, en particular, del medio de trabajo, para *proteger la seguridad y salud de los trabajadores*, fijando, como objetivo, la *armonización*, dentro del progreso, de las *condiciones existentes* en ese ámbito. En su segundo apartado, ese artículo permitía a la CEE contribuir a la consecución de dicho objetivo mediante *directivas de mínimos* de aplicación progresiva que podían aprobarse por mayoría cualificada. En todo caso, en ese ejercicio armonizador debían considerarse las condiciones y reglamentaciones técnicas existentes en cada uno de los Estados miembros y evitar que las directivas establecieran trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico que obstaculizaran la creación y el desarrollo de pequeñas y medianas empresas.

La utilización del artículo 118 A, también empleado respecto de la Directiva marco sobre seguridad y salud 89/391/CE, se caracterizaba por permitir sortear la regla de la unanimidad. Esta *base jurídica* fue cuestionada por el Reino Unido que argüía que solo cabía otra fundamentación jurídica, una que

¹⁹ Aludiéndose también al tiempo de trabajo en otros preceptos en relación con menores y mujeres trabajadoras o, incluso con la consideración de la formación como parte del tiempo de trabajo.

²⁰ Firmada en Luxemburgo el 17-2-1986 y vigente desde el 1-7-1987 (DO L 169 de 29.6.1987, pp. 1-28) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/AUTO/?uri=celex:11986U/TXT>

²¹ Luego artículo 137 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y actualmente artículo 153 del Tratado de Funcionamiento de la UE.

sí le hubiera permitido *vetar* la Directiva 93/104/CE²². En efecto, Reino Unido defendía una interpretación restrictiva de los conceptos «medio de trabajo», «seguridad» y «salud» contenidos en el artículo 118 A que entendía vinculado, en exclusiva, «con las condiciones y riesgos físicos en el centro de trabajo». Por el contrario, el Tribunal de Justicia en su sentencia de 12-11-1996²³, avaló el fundamento legal empleado²⁴, aludiendo a los objetivos preventivos planteados en la exposición de motivos de la propia directiva²⁵ y defendiendo una interpretación amplia de los términos mencionados, especialmente del de salud.²⁶ De esta forma el Tribunal abrió la puerta, quizás no muy conscientemente, a que la prevención de riesgos laborales cubriera también ciertos riesgos psicosociales no mencionados en la Directiva marco preventiva. Concretamente, en relación con el tiempo de trabajo destacan el estrés, la depresión y el agotamiento profesional. Concretamente el estrés fue el objeto de negociación por los interlocutores sociales comunitarios dando lugar al *Acuerdo marco europeo sobre el estrés laboral* de 2004, conforme al procedimiento previsto actualmente en los artículos 154 y 155 del TFEU. Su implementación e impacto, de acuerdo con las prácticas nacionales, ha tenido una importancia relativa y, lógicamente, inferior a lo que hubiera supuesto su aprobación a través de una directiva²⁷. En España, simplemente se integró, en un Acuerdo marco interconfederal sobre negociación colectiva (2005-07), como una forma de incrementar el conocimiento sobre la materia y fomentar su consideración por la negociación colectiva²⁸.

²² Tratado CEE artículo 100 o 235.

²³ Sentencia del TJCE 12-11-1996 Reino Unido contra Consejo asunto C-84/94. Más extensamente sobre esta cuestión ver MIRANDA BOTO, J. M.: *Las competencias de la Comunidad Europea en materia Social*, p. Aranzadi, 2009, pp. 226-235.

²⁴ El único artículo que no pasó el filtro fue el art. 5.2 donde se señalaba a los domingos como día de descanso semanal. El Tribunal consideró que el Consejo había fracasado en su intento de explicar por qué ese día tenía una relación más importante con la salud y la seguridad de los trabajadores que cualquier otro.

²⁵ Ver, por ejemplo, en la exposición de motivos de la propia Directiva sus considerandos 1.º, 3.º, 4.º, 7.º, 8.º, 9.º, 11.º y 15.º

²⁶ Considera la definición presente en el preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, organismo al que pertenecían todos los Estados miembros, que consideraba salud como un estado completo de bienestar físico, mental y social, y no solamente como un estado consistente en la ausencia de enfermedad o dolencia alguna.

²⁷ Ver informe de la Comisión de 24-2-2011, «Report on the implementation of the European social Partners' Framework Agreement on Work-related Stress. SEC (2011) 241 final.

https://www.europarl.europa.eu/registre/docs_autres_institutions/commission_europeenne/sec/2011/0241/COM_SEC%282011%290241_EN.pdf

²⁸ Ver Resolución de 7 de marzo de 2005, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del Acuerdo Interconfederal para la negociación colectiva 2005. Permalink ELI: [https://www.boe.es/eli/es/res/2005/03/07/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/res/2005/03/07/(1)) Ver también el informe europeo llevado a

La Directiva 93/104/CE fue modificada, entre otros motivos, con el objeto de incluir los sectores y las actividades excluidos²⁹, a través de la Directiva 2000/34/CE, con idéntico fundamento jurídico³⁰ del Tratado de la Comunidad Europea. Esta segunda directiva fue la encargada de eliminar la referencia al domingo como día de descanso, de ampliar las controvertidas excepciones a las normas mínimas contenidas en el artículo 17 y de establecer medidas más laxas respecto del trabajo off-shore, trabajadores móviles y aquellos que prestan servicios a bordo de barcos de pesca³¹. Ambas directivas fueron codificadas en la Directiva 2003/88/CE³² que, no ha podido ser modificada a pesar de los numerosos intentos realizados³³.

2. EL TIEMPO DE TRABAJO EN EL DERECHO ORIGINARIO VIGENTE: LOS TRATADOS Y LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El reparto competencial en materia de tiempo de trabajo no ha cambiado sustancialmente respecto de la situación descrita en la introducción. En la actualidad el Tratado de Funcionamiento de la UE (TFEU)³⁴ sigue *sin aludir expresamente* a esta materia, tampoco a la jornada o a los descansos. Tan solo existe una críptica referencia a las vacaciones³⁵.

Las referencias son necesariamente *indirectas*, por un lado, al comienzo del Título Social, el X del TFEU, en el primer párrafo del artículo 151, se alu-

cabo en 2009 por EUPAN y TUNED sobre buenas prácticas sobre el estrés donde también se abordaban las adoptadas en España.<http://www.epsu.org/a/5963>

²⁹ Esa directiva excluyó de su ámbito de aplicación: el transporte por carretera, aéreo, por ferrocarril, marítimo, la navegación interior, la pesca marítima, otras actividades marítimas y las actividades de los médicos. Solo se mantuvo la exclusión completa de la gente del mar.

³⁰ Aunque ubicado en el artículo 137.2.a), por el que la Comunidad podía apoyar y completar la acción de los Estados miembros para mejorar el entorno de trabajo y proteger la salud y la seguridad de los trabajadores.

³¹ Ver sobre esta segunda Directiva y sus objetivos CASTRO ARGÜELLES, M. A.: «Ordenación del tiempo de trabajo (Directiva 2003/88/CE y otras complementarias» /en /VVAA GARCÍA MURCIA, J. (Dir.): *La transposición del Derecho Social comunitario al ordenamiento español*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid, 2005, pp. 358 a 361.

³² <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32003L0088&qid=1648931915670>

³³ El último en 2009, se descartó, a en plena crisis financiera. Sobre este proceso ver MARTÍN RODRÍGUEZ, O.: «Las directrices de la Unión Europea sobre tiempo de trabajo, su interpretación por el Tribunal de Justicia y sus repercusiones en el sistema español», *Revista Española de Derecho del Trabajo* n.º 194/2017.

³⁴ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A12016E%2FTXT>

³⁵ En el TFEU artículo 158 se establece que «los Estados miembros procurarán mantener la equivalencia existente entre los regímenes de vacaciones retribuidas».

de a que la UE y los Estados miembros, considerando los derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989, tendrán, entre otros objetivos, la *mejora de las condiciones de vida y de trabajo*, a fin de conseguir, ingenuamente, su equiparación por la vía del progreso. De nuevo, entre esas condiciones de trabajo, debemos admitir que se encuentra, indudablemente, el tiempo de trabajo, que junto con el salario son los dos elementos claves que definen toda relación laboral. Como ya se ha señalado en el epígrafe anterior ambas Cartas, la del Consejo de Europa y la comunitaria, se refieren a ciertos aspectos del tiempo de trabajo al referirse al «derecho a unas condiciones equitativas» y a la «mejora de las condiciones de trabajo».

Para apoyar al progreso en la *consecución de los objetivos del artículo 151 del TFEU*, la Unión, tal y como establece el TFUE artículo 153.1, apoyará y completará la acción de los Estados miembros en los siguientes ámbitos entre los que se encuentran en cabeza, seguidos de otros muchos: a) la mejora, en concreto, del entorno de trabajo, para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores; b) las condiciones de trabajo. Sobre ambas materias, desde un punto de vista normativo, de *hard law*, el Consejo y el Parlamento Europeo podrán adoptar *directivas armonizadoras*, de aplicación progresiva, conforme al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones. El objetivo es aprobar Directivas de mínimos, pues las mismas no pueden ser un impedimento para que los Estados miembros mantengan o introduzcan medidas de protección más estrictas compatibles con los Tratados. Como se puede ver, se mantiene la dicción del Acta Única que ya exigía que se tuvieran en cuenta las condiciones y reglamentaciones técnicas existentes en cada uno de los Estados miembros y que las directivas no establecieran trabas administrativas, financieras y jurídicas que obstaculicen la creación y el desarrollo de las PYMES.

Junto a los Tratados, desde la aprobación del Tratado de Lisboa, también se considera Derecho originario: *la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*³⁶, CDFUE, a la que se le otorga el mismo valor jurídico que

³⁶ DO C 202 de 7.6.2016, pp. 391/407 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:12016P/TXT&from=ES> Esta Carta fue inicialmente aprobada en Niza el 7-12-2000, DOCE C-364 e inspirada en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos aprobada en el Consejo de Europa en 1950 y la tradición constitucional de los Estados miembros https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

los propios Tratados,³⁷ en los que no se integra como pretendía la fallida Constitución Europea.

En el Título IV de la Carta, dedicado a la solidaridad, concretamente en su artículo 31, bajo la rúbrica «Condiciones de trabajo justas y equitativas» se establece que:

1. Todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, seguridad y dignidad.

2. Todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas.

Respecto de la CDFUE conviene tener en cuenta las siguientes cuestiones básicas:

1. La CDFUE, en ningún caso, amplía las competencias de la UE que quedan definidas, tal y como hemos señalado, en los Tratados³⁸. De manera que nada cambia respecto del reparto competencial expuesto.

2. La CDFUE está dirigida, por un lado, a las instituciones, órganos y organismos de la UE dentro del respeto del principio de subsidiariedad. Por otro lado, también se aplica a los Estados miembros, pero únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. En ambos supuestos se respetarán los derechos fundamentales, se observarán los principios y se promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias definidas en los Tratados³⁹.

3. No siempre es claro cuando los Estados están aplicando el Derecho de la UE, y, por tanto, si la Carta de derechos fundamentales de la UE despliega su virtualidad. De hecho, para que el Tribunal de Justicia se pronuncie sobre la CDFUE en el marco de una cuestión prejudicial interpretativa es preciso⁴⁰ que el órgano jurisdiccional nacional remitente explique la relación entre las disposiciones del Derecho de la Unión cuya interpretación solicita y la legislación nacional aplicable al litigio del que conoce⁴¹. Así, por ejemplo, se ha aclarado, un poco forzosamente, que no concurre tal aplicación del Derecho comunitario cuando el litigio atañe a una normativa nacional o a un convenio colectivo que prevé derechos superiores a los establecidos en la Directiva de mínimos reguladora. Así sucedió, en un supues-

³⁷ Ver Tratado de la UE, artículo 6.1.

³⁸ Ver Tratado de la UE artículo 6.2 y CDFUE artículo 51.2

³⁹ CDFUE artículo 51.1

⁴⁰ En virtud del artículo 94 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia.

⁴¹ Ver sentencia del TJUE 19-11-19, asuntos acumulados TSN C-609/17 y C-610/17, apdo. 44, ECLI:EU:C:2019:981

to referido al establecimiento de vacaciones anuales retribuidas, por encima del período mínimo de 4 semanas fijado en la Directiva sobre tiempo de trabajo (Directiva 2003/88 artículo 7.1), y a la simultánea exclusión del aplazamiento de esos días de vacaciones en caso de enfermedad. Normativa que por exceso escapaba del Derecho de la UE, lo que motivaba la inaplicación de la CDFUE⁴².

4. Cuando un caso se puede resolver conforme a la interpretación de la directiva que regula específicamente la materia, el Tribunal de Justicia ha optado por no ir más allá en su análisis, considerando innecesario aplicar la CDFUE⁴³. Sin embargo, no siempre ha sido consistente y en otros casos ha defendido la aplicación combinada de la Directiva y de la CDFUE, por ejemplo, en el caso «español» sobre la necesidad del registro horario que conectaba con la limitación de la jornada semanal⁴⁴. Asunto que se ha considerado que «ratifica la aplicación horizontal de los derechos de la Carta desarrollados en su contenido por una directiva específica» y avanza en «la efectividad de la Carta en las relaciones entre privados»⁴⁵.

5. En efecto, como ya se adelantaba en la introducción a este capítulo, el Tribunal de Justicia, en algunos casos, parece admitir el efecto directo horizontal, entre particulares, de los derechos fundamentales, aunque es cierto que de una forma un tanto ambigua⁴⁶. Esto ha sucedido, especialmente, en lo que aquí interesa, respecto del derecho fundamental a vacaciones remuneradas, recogido en el

⁴² Ver sentencia del TJUE 19-11-19, asuntos acumulados TSN y otros C-609/17 y C-610/17, ECLI:EU:C:2019:981. En suma, como se señala en un acertado comentario a esta sentencia, “no resulta contrario a las previsiones del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 que las normativas nacionales y los convenios colectivos que prevén la concesión de días de vacaciones anuales retribuidas que exceden del período mínimo de cuatro semanas, al mismo tiempo, permitan negar el aplazamiento de esos días de vacaciones en caso de enfermedad del trabajador no son contrarios a la Directiva. Estas previsiones legales y convencionales no se rigen por dicha Directiva y escapan al ámbito de aplicación de la misma puesto que forman parte del ámbito del ejercicio de la competencia que conservan los Estados miembros, lo que, a su vez, impide que se puede aplicar la Carta de los Derechos Fundamentales en el sentido del artículo 51, apartado 1 de la misma». Ver MARTINEZ MOYA, J.: «El Derecho nacional "vence" competencialmente al Derecho de la Unión Europea: vacaciones retribuidas superiores a cuatro semanas y negativa a su aplazamiento, pese a concurrir baja médica.» *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n.º 1/2020. BOE. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2020-00000000768

⁴³ Sentencia sobre el asunto Torralbo C-265/13 apartado 40 a la que se refiere a su vez la sentencia del TJUE sobre el caso Daouidi C-395/15, apartado 67.

⁴⁴ Sentencia TJUE 14-5-19, asunto Federación de Servicios de CCOO, C-55/18 apartado 35, ECLI:EU:C:2019:402.

⁴⁵ Destacando la importancia de este pronunciamiento ver NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: «La STJUE de 14 de mayo de 2019, CCOO/Deutsche Bank (C-55/18), relativa a la obligación de llevar un registro de la jornada diaria de trabajo y la aplicación horizontal de obligaciones instrumentales». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 64/2019, P.929-961 y GONZÁLEZ CALVO, R.: «El tiempo de trabajo máximo en la UE y su flexibilización a través de la cláusula opt-out desde la perspectiva de los Derechos Fundamentales». Tesis doctoral presentada en la Universidad del País Vasco en julio 2020. https://addi.ehu.es/bitstream/handle/10810/50485/Tesis_Rosario_Goni_Calvo.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

⁴⁶ Ver Conclusiones del Abogado General sobre el asunto AMS C-176/12 y el comentario en SARMIENTO, D.: «El Derecho de la Unión Europea». Marcial Pons. Madrid, 2016, pp. 193 y ss.

artículo 31.2 *in fine* de la CDFUE que, como la doctrina, apunta está más próximo a un derecho subjetivo que a un mero principio⁴⁷. Respecto a esta cuestión, se pueden identificar los siguientes momentos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Inicialmente, el Tribunal eludió pronunciarse sobre la virtualidad de este derecho fundamental y respecto de la aplicación de la directiva se refugió en la doctrina clásica de la interpretación conforme, y cuando esta no es posible alude a la posibilidad de resarcimiento frente al Estado para obtener reparación del daño sufrido. Posición que, de acuerdo con la doctrina, se puede entender como un paso atrás respecto de lo que se estableció en la ya mencionada sentencia Kúcüdeveci⁴⁸. Sin embargo, en un caso posterior el Tribunal declaró que ese derecho de vacaciones en la Carta, por estar suficientemente concretado, poseía carácter imperativo y podría ser aplicado directamente (*self-executing*) en litigios laborales entre privados. Además, en casos posteriores, se confirmó que era posible, con base en la Carta, inaplicar normativa nacional contraria a la misma en pleitos entre privados exigiéndose siempre una interpretación conforme⁴⁹. En todo caso debe entenderse que esta opción aplicativa de los derechos fundamentales es una importante espita que contrasta con la imposibilidad de aplicar directamente el artículo 7, sobre vacaciones, de la propia Directiva 2003/88/CE a pesar de su carácter preciso, claro e incondicional, respecto del que solo cabe su eficacia directa vertical, esto es, frente a un empleador que sea, a su vez, una autoridad pública⁵⁰. En todo caso, en relación con ese derecho a vacaciones la referencia a la CDFUE artículo 31.2 y a su valor interpretativo y orientador parece haberse consolidado⁵¹.

6. Con carácter general, cualquier *limitación del ejercicio de los derechos y libertades* reconocidos por la CDFUE debe ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de tales derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando *el principio de proporcionalidad*, cuando sean necesarias y

⁴⁷ Ver extensamente y en profundidad, sobre esta cuestión GOÑI CALVO, R.: «El tiempo de trabajo máximo en la UE y su flexibilización...», *op. cit.*, pp. 75 ss., donde desgrana el enfrentamiento doctrinal y también, en buena medida, jurisprudencial (especialmente en Conclusiones de los diferentes Abogados Generales), sobre la eficacia directa horizontal de estos derechos fundamentales.

⁴⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M.: «La carta de derechos fundamentales de la UE, ámbito de aplicación y eficacia», *op. cit.*, pp. 65 y ss.

⁴⁹ *Ibidem*. Aludiendo a las sentencias TJUE 6-11-18 asunto Max Planck C-684/16 y 13-12-18 asunto Hein C-385/17. Ver también sobre esta materia otro trabajo de ese mismo autor RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M.: «El efecto directo del derecho a vacaciones de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE», en *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 1/2019.

⁵⁰ Ver sentencia sobre el asunto Stadt Wuppertal y Wilmeroth C-569/16. RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M.: «La carta de derechos...», *op. cit.*, pp. 72 y 73.

⁵¹ Ver TJUE 13-1-22, asunto C-514/20 ECLI:EU:C:2022:19. Comentada por MARTÍNEZ MOYA, J.: «Complemento por horas extraordinarias en vacaciones: computan las horas que pudieron haberse trabajado durante su disfrute», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n.º 2/2022. DOI:

https://doi.org/10.55104/RJL_00312

respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la UE o con la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás⁵².

3. EL TIEMPO DE TRABAJO EN EL DERECHO DERIVADO VIGENTE: INTERVENCIÓN DIRECTA Y TANGENCIAL A TRAVÉS DE DIRECTIVAS

Desde el punto de vista del Derecho derivado de la UE se puede distinguir entre directivas que inciden directamente sobre el tiempo de trabajo, y otras que abordan esta materia de forma tangencial.

A) **Intervención directa: la directiva sobre tiempo de trabajo**

La *Directiva 2003/88/CE* es la que regula, con carácter general, esta cuestión desde la perspectiva de la prevención de riesgos laborales. Sobre ella se analizan las siguientes cuestiones: su ámbito de aplicación, su carácter armonizador desde un punto de vista conceptual, centrándonos en la diferenciación entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso, por último, se dará una visión general de las medidas mínimas a respetar sobre tiempo de trabajo y la posibilidad de exceptuar su aplicación o matizarla⁵³.

a) **ÁMBITO DE APLICACIÓN**

En primer lugar, conviene mencionar que el destinatario último de las previsiones de la Directiva son los trabajadores por cuenta ajena que no define. El Tribunal de Justicia, considera que se trata de un concepto comunitario uniforme, al margen de lo establecido por las normas nacionales. Referido a quien realice, actividades reales y efectivas, durante un cierto tiempo, en favor de otro y bajo su dirección, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución⁵⁴. Así, también se consideran

⁵² CDFUE, artículo 52.

⁵³ Extensamente sobre la Directiva, ver la interpretación no vinculante de la Comisión Europea: «Comunicación interpretativa de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo» 24-5-2017 2017/C 165/01.

⁵⁴ Sentencia TJUE 14-10-2010 asunto Union Syndicale Solidaires Isère C-428/09, apartado 28. Concepto que coincide en buena medida con el de trabajador en el ámbito del derecho a la libre circu-

trabajadores a estos efectos a los empleados públicos e incluso a los funcionarios⁵⁵, sin embargo, excluidos de tal consideración por nuestro Derecho Laboral⁵⁶. Por supuesto, también se incluiría en el ámbito de aplicación a los falsos autónomos conforme a la definición comunitaria⁵⁷, a los teletrabajadores⁵⁸ o a los propios trabajadores de plataformas, si se demostrara que concurren suficientes notas de laboralidad⁵⁹. En suma, se excluiría de su aplicación a los autónomos si se demostrase que, por ejemplo, pueden utilizar subcontratistas o sustitutos para realizar el servicio comprometido, pueden aceptar o rechazar las tareas ofrecidas por la empresa, prestar servicios a favor de otras empresas competidoras e incluso fijar su propio horario conforme a su interés⁶⁰.

La Directiva *no* se aplica a la *retribución* del tiempo de trabajo cuya regulación aborda, únicamente, desde el punto de la seguridad y salud⁶¹. De manera, que la Directiva permite discernir si existe tiempo de trabajo o de descanso, pero no se pronuncia sobre la forma de retribución⁶². Solo hay una excepción respec-

lación de trabajadores ver, por ejemplo, Sentencia TJUE 3-7-1986, Lawrie-Blum, 66/85, aunque no se exija el requisito fundamental de la nacionalidad comunitaria irrelevante respecto del tiempo de trabajo.

⁵⁵ En todo caso, no existe garantía de tratamiento idéntico si existe una justificación objetiva y razonable y la medida sea proporcionada. Así se reafirma en un pronunciamiento reciente donde se considera que el Derecho de la UE no exige al legislador nacional que la duración normal del trabajo nocturno para trabajadores del sector público como los policías y los bomberos sea inferior a la duración normal del trabajo diurno prevista para estos. Estos colectivos solo tienen derecho a otras medidas de protección en materia de duración del trabajo, de salario, de retribución específica o de beneficios similares, que permitan compensar la especial penosidad que implica el trabajo nocturno. Tampoco los arts 20 y 31 de la CDFUE obligan a que las condiciones más favorables fijadas para el trabajo nocturno en el sector privado (duración normal de 7 horas) se apliquen a estos empleados públicos, aunque tal diferencia de trato ha de basarse en un criterio objetivo y razonable, es decir, que guarde relación con un fin legalmente admisible perseguido por dicha normativa y sea proporcionada a ese fin (TJUE 24-2-22, asunto VB C-262/20 ECLI: EU: C:2022:117).

⁵⁶ Ver TJUE 7-4-11, asunto Dieter May C-519/09 apartados 25 y 26.

⁵⁷ Ver TJUE 4-12-14, asunto FNV Kunsten C-413/13, ECLI: EU: C:2014:2411, apdos. 35 a 37.

⁵⁸ Respecto de los que regiría la igualdad de trato también en esta materia MALDONADO MONTOYA, J. P.: «Ordenación y desordenación del tiempo de trabajo en el trabajo a distancia» /en/ VVAA (ALZAGA RUIZ, I.; SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y HIERRO HIERRO, J. (dir): *El trabajo a distancia: una perspectiva global*. Aranzadi. 2021, p. 425, y GIL PLANA, J.: «El tiempo de trabajo en el trabajo a distancia» /en/ VVAA PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y THIBAUT ARANDA, X. (dirs): *El trabajo a distancia*. Wolters Kluwer. 2021.

⁵⁹ Sobre la problemática de este colectivo ver RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E.: «La prestación de servicios a través de plataformas digitales: cambios en la organización del trabajo y en las relaciones laborales» /en/ MIRANDA BOTO, J. M.^a (Dir): *El Derecho del Trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones*. Cinca. Madrid, 2018, pp. 212-235.

⁶⁰ Ver sobre los elementos a considerar para determinar la existencia de relación laboral en un asunto británico sobre transportistas donde cabía la sustitución de trabajadores, donde cabía la denegación de ciertos servicios TJUE Auto 22-4-20, asunto C-692/19.

⁶¹ TJUE 20-11-18, Sindicatul Familia Constanța y otros C-147/17, EU: C:2018:926, apartado 35.

⁶² Ver TJUE 3-10-00 asunto SIMAP C-303/98.

to de las vacaciones anuales que deben ser disfrutadas y retribuidas⁶³ o, en determinados casos, compensadas; ámbito en el que el Tribunal de Justicia, como se verá, ha debido calibrar la extensión económica de estos derechos.

La Directiva no impone directamente el *registro general de la jornada diaria*⁶⁴. Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha subrayado que el Derecho de la UE tampoco prohíbe su establecimiento. De manera, que los Estados miembros podían libremente establecer, como hizo España, un «*sistema de registro, objetivo, fiable y accesible*» que dotase de efecto útil al Derecho de la UE sobre tiempo de trabajo⁶⁵, especialmente respecto a la duración máxima de jornada y el tiempo de descanso. El control del tiempo de trabajo parece crucial ante el crecimiento del trabajo virtual, del teletrabajo⁶⁶ y el trabajo móvil basado en las TIC⁶⁷, pues como se ha demostrado, incluso en un momento previo a la pandemia, este tipo de empleados tienen mayor propensión a trabajar más horas, en horarios impredecibles e irregulares y descansar menos⁶⁸. Pese a tales evidencias y el aval del TJUE, tan solo nueve Estados miembros tienen disposiciones específicas sobre registro horario de los teletrabajadores y trabajadores a distancia⁶⁹. Su establecimiento, no obstante, parece que se incrementará para proteger el derecho a la desconexión digital, objeto de otro capítulo de esta monografía, cuyo disfrute comienza precisamente donde acaba el horario y la propia disponibilidad del teletrabajador⁷⁰.

⁶³ Directiva 2003/88 artículo 7.1.

⁶⁴ En realidad, esta obligación solo se refiere a los casos de Estados, como se verá entre los que no se encuentra España, donde existen las denominadas cláusula de exclusión voluntaria o individual *opting out* (con el objeto de superar el límite de 48 horas de horas de trabajo semanales) donde se imponen registros empresariales que han de estar disposición de las autoridades competentes. VARGAS LLAVE, O., WEBER, T.: Eurofound (2020): Regulations to address work-life balance in digital flexible working arrangements, New forms of employment series. Publications Office of the European Union, Luxembourg, p. 27.

⁶⁵ TJUE Gran Sala 14-5-19, asunto Federación de Servicios de CCOO, C-55/18 ECLI: EU: C:2019:402.

⁶⁶ Ver CARRASCOSA BERMEJO, D.: «Derecho al Registro horario adecuado y teletrabajo» /en/ VVAA (ALZAGA RUIZ, I.; SANCHEZ TRIGUEROS, C. y HIERRO HIERRO, J. (DIR): *El trabajo a distancia: una perspectiva global*. Aranzadi. 2021. p. 463-533.

⁶⁷ El denominado TICTM que en sus siglas en inglés: Telework and ICT-based mobile work.

⁶⁸ VARGAS LLAVE, O., WEBER, T. Eurofound (2020): Regulations to address work-life balance in digital flexible working arrangements, *op. cit.*

⁶⁹ Austria, Bulgaria, Croacia, Dinamarca, Lituania, Malta, Rumanía, Eslovenia y España. Curiosamente Francia tiene muchas medidas de protección de los teletrabajadores, pero no el registro. También es cierto que 12 Estados sí obligan al registro con carácter general del trabajo por cuenta ajena y 7 respecto de ciertos trabajadores, en realidad el único Estado que no tiene ninguna previsión normativa sobre este tema es Grecia. *Ibídem*, p. 29

⁷⁰ «(...) un registro efectivo del tiempo de trabajo puede contribuir a respetar el tiempo de trabajo contractual; destaca que, aunque es importante registrar el tiempo de trabajo a efectos de garantizar que no se superen las horas acordadas y los límites legales, debe prestarse atención a la efectividad, dado que solo existen normativas sobre esta cuestión en unos pocos Estados miembros». Resolución del Parlamen-

Al amparo del Derecho de la UE vigente sí existe obligación directa de registro horario, por un lado, en las jornadas especiales en sectores de trabajadores móviles por carretera, en la marina mercante o ferroviarios cuyos descansos están tasados por razones de seguridad⁷¹. También se ha utilizado el registro horario en los casos de desplazamiento transnacional de trabajadores, no necesariamente comunitarios, en el marco de una prestación de servicios en el Espacio Económico Europeo⁷². Se trata de una forma de controlar que el desplazado tiene derecho a que el empleador le aplique las condiciones laborales, siempre que sean superiores o más tuitivas, establecidas legal o convencionalmente en la negociación sectorial⁷³ del Estado de destino del desplazamiento. Así sucede, también respecto del tiempo de trabajo (períodos máximos de trabajo y los períodos mínimos de descanso). Por otro lado, la aplicación completa de la normativa de tiempo de trabajo del Estado de destino más tuitiva, incluida la obligación de registro, se impone en el marco de los denominados desplazamientos de larga duración creados por la Directiva (UE) 2018/957⁷⁴.

a') *Exclusiones y normativa especial de aplicación preferente*

La Directiva sobre tiempo de trabajo, en su preámbulo alude a su intención de cubrir el mismo ámbito aplicativo que la Directiva marco en materia de prevención (Directiva 89/391/CEE)⁷⁵, y amparar, en definitiva, a todos los sectores de actividad, públicos y privados. Sin embargo, simultáneamente, incluye ciertas excepciones asociadas al tipo de actividad que, de todas formas, han de estar muy limitadas y son de interpretación restrictiva⁷⁶, pues el ámbito de

to Europeo, de 21 de enero de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el derecho a la desconexión (2019/2181(INL) https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0021_ES.pdf Ver punto 3, p. 13.

⁷¹ Ver recogiendo tales obligaciones RD 1561/1995 artículo 10 bis.5, 18 bis.2 y disp. adic. 7.^a Un análisis de la jornada de estos trabajadores en MARTÍN GODINO R.: *Jornada de Trabajo. op. cit.*, pp. 85 ss.

⁷² Directiva 96/71 en la redacción dada por la Directiva 2018/957. Sin olvidar a la Directiva «Enforcement» 2014/67 que amplió las obligaciones documentales de las empresas. Una visión general de este tipo de desplazamiento considerando las tres directivas en CARRASCOSA BERMEJO, D.: «Desplazamiento en la UE y dumping social en el mercado único: estado de la cuestión y perspectivas», *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, n.º 142. pp. 37 a 70.

⁷³ Establecidas en el convenio sectorial de aplicación *erga omnes*. Ver Directiva 96/71 artículo 3.1.a-) los «períodos máximos de trabajo y los períodos mínimos de descanso» exigencia incorporada en la Ley 45/1999 artículo 3.

⁷⁴ Ver sobre la tardía transposición en España de esta Directiva a través del Real Decreto-ley 7/2021.

⁷⁵ Considerando 3.º de la Exposición de motivos del Directiva 2003/88

⁷⁶ Ver apartado 35 de la sentencia del TJUE 3-10-00, sobre el asunto SIMAP relativo a unos médicos españoles de atención primaria que se consideró que debían estar cubiertos por la Directiva. RODRÍGUEZ

aplicación de la Directiva, desde un punto de vista sectorial, debe interpretarse de forma amplia⁷⁷.

En primer lugar, la vigente Directiva general sobre tiempo de trabajo solo excluye expresamente⁷⁸ de su ámbito de aplicación a los trabajadores del mar que poseen su propia normativa específica, la Directiva 1999/63/CE, negociada por los interlocutores sociales del sector⁷⁹ e inspirada en el Convenio de la OIT número 180. Por supuesto, los trabajadores del mar no cubiertos por la Directiva específica quedan cubiertos por la Directiva general que también se aplica al denominado «trabajo off shore» al que se dota de una definición comunitaria⁸⁰.

En segundo lugar, la propia Directiva de tiempo de trabajo admite su inaplicación cuando existan instrumentos comunitarios que establezcan *prescripciones más específicas* en materia de ordenación del tiempo de trabajo para determinadas *ocupaciones o actividades profesionales* (Directiva CE/2003/88 art. 14). Así sucedió con las directivas sobre trabajadores móviles que prestan servicios en empresas de transporte de pasajeros o mercancías por carretera, vía aérea o navegación interior. Estas directivas específicas que, en muchos casos, recogen el *acuerdo alcanzado entre los interlocutores sociales* a nivel europeo de un determinado sector del transporte, se han reflejado en el siguiente cuadro. En tales sectores la Directiva genérica sobre tiempo de trabajo solo registrará las cuestiones no tratadas específicamente por las Directivas sectoriales que la desplazan o respecto de sujetos excluidos⁸¹. Hay que tener en cuenta que el ámbito del transporte la cuestión del tiempo de trabajo se entre-

SANZ DE GALDEANO, B.: «La ordenación del tiempo de trabajo: el caso del SIMAP», *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, n.º 102/2013, pp. 145-164.

⁷⁷ Ver sentencia TJUE 30-4-2020 asunto C-211/19 ECLI: EU: C:2020:344 relativa a un miembro de una unidad específica del cuerpo general de policía que dispone de competencias especiales y ejerce misiones particulares en Hungría, participando en intervenciones urgentes, no previsibles en concreto para defensa de las fronteras, respecto del que se defiende la aplicación de la Directiva de tiempo de trabajo, ver también, previamente, sentencia TJUE 14-10-2010 asunto Union Syndicale Solidaires Isère C-428/09, apartado 22.

⁷⁸ Ver artículo 1.3 y el considerando 12 de la Exposición de motivos de la Directiva 2003/88.

⁷⁹ Directiva 1999/63/CE del Consejo, de 21 de junio de 1999, relativa al Acuerdo sobre la ordenación del tiempo de trabajo de la gente de mar suscrito por la Asociación de armadores de la Comunidad Europea (ECSA) y la Federación de Sindicatos del Transporte de la Unión Europea (FST). Esta Directiva sobre la ordenación del tiempo de trabajo en el mar, fue modificada por la Directiva 2009/13/CE y más tarde por la Directiva 2013/54/UE también negociada por interlocutores comunitarios del sector. Esta modificación conecta, a su vez, con el Convenio sobre el trabajo marítimo de la OIT de 2006, en su versión enmendada (MLC, 2006) que entró en vigor el 20-9-2013 y fue ratificado por España el 4-2-2010, BOE 22-1-2013. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/F?p=NORMLEXPUB:91:0::NO::P91_SECTION:MLC14_A2

⁸⁰ Directiva CE/2003/88 artículo 2.8

⁸¹ Ver ampliamente sobre el tiempo de trabajo de los trabajadores del sector transporte. Memento Práctico Tiempo de Trabajo 2020. Lefebvre. Madrid. 2020.

mezcla con la de la seguridad en el tráfico aéreo, terrestre o ferroviario y la de los propios pasajeros. Así, junto a las directivas específicas, encontramos Reglamentos que inciden sobre el tiempo de trabajo tanto en el sector aéreo como en el del propio transporte por carretera. Además, muchas de estas normas comunitarias afectan a los *trabajadores autónomos* excluidos, como se ha señalado, del ámbito de aplicación de la Directiva general sobre tiempo de trabajo⁸². Asimismo, conviene recordar que algunas de estas normas permiten excepcionar las reglas de tiempo de trabajo cuando concurren situaciones excepcionales, como pudo ser la pandemia del COVID-19⁸³ y la prestación de servicios esenciales o la reanudación del servicio tras los paros protesta de los conductores del transporte por carretera en España en la primavera de 2022⁸⁴.

⁸² Así sucedió, tras algunas dudas, con la Directiva 2002/15 sobre transporte terrestre. La definitiva inclusión de los autónomos obligó a completar, sin plazo adicional, su transposición. En España se aprobó una normativa específica sobre la ordenación del tiempo de trabajo de trabajadores autónomos que realizan actividades móviles de transporte por carretera (ver Exposición de motivos del Real Decreto 128/2013), Permalink ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rd/2013/02/22/128>

⁸³ Ver, por ejemplo, exceptuando temporalmente el cumplimiento de las normas de tiempos de conducción y descanso de los transportes de mercancías. Resolución de la Dirección General de Transporte Terrestre de 16-3-2020 que dejó sin efecto una Resolución previa semejante de 13-3-2020 Permalink ELI: <https://www.boe.es/eli/es/res/2020/03/16/1>

⁸⁴ Ver con base en el artículo 14.2 del Reglamento CE/561/2006, ver Resolución de la Dirección General de Transporte por carretera a los tiempos de conducción, BOE 22-3-2022.

⁸⁵ Directiva 2000/79/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000 relativa a la aplicación del Acuerdo europeo sobre la ordenación del tiempo de trabajo del personal de vuelo en la aviación civil celebrado por la Association of European Airlines (AEA), la European Transport Workers' Federation (ETF), la European Cockpit Association (ECA), la European Regions Airline Association (ERA) y la International Air Carrier Association (IACA) (Texto pertinente a efectos del EEE).

⁸⁶ Directiva 2002/15/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, relativa a la ordenación del tiempo de trabajo de las personas que realizan actividades móviles de transporte por carretera. ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2002/15/oj>

⁸⁷ Directiva 2006/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre las condiciones mínimas para la aplicación de los Reglamentos (CE) 561/2006 y (UE) 165/2014 y la Directiva 2002/15/CE en lo que respecta a la legislación social relativa a las actividades de transporte por carretera, y por la que se deroga la Directiva 88/599/CEE del Consejo. Versión consolidada, incluyendo su última modificación en 2020: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A02006L0022-20220202&qid=1649107581141>

⁸⁸ Directiva 2014/112/UE del Consejo, de 19 de diciembre de 2014, por la que se aplica el Acuerdo europeo sobre determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo en el transporte de navegación interior celebrado por la Unión Europea de Navegación Fluvial (EBU), la Organización Europea de Patrones de Barco (ESO) y la Federación Europea de Trabajadores del Transporte (ETF).

Sector	Directiva	Negociada
Transporte aéreo Requisitos técnicos y procedimientos administrativos en relación con las operaciones aéreas	Directiva 2000/79/CE Texto consolidado ⁸⁵ Reglamento (UE) n.º 83/2014	Sí
Transporte por carretera Tiempos de conducción máximos y tiempos descanso mínimos (diarios y semanales). Trayectos superiores a 50 km. Seguridad vial y control de los tiempos de trabajo establecidos en el sector	Directiva 2002/15/CE ⁸⁶ Reglamento CE/561/2006-modificado por Reglamento (UE) 2020/1054 Directiva 2006/22/CE- modificada por la Directiva (UE) 2020/1057 ⁸⁷	NO
Ferrocarril (interoperabilidad transfronteriza)	Directiva 2005/47/CE	Sí
Transporte fluvial	Directiva 2014/112/UE ⁸⁸	Sí

Aunque la Directiva de tiempo de trabajo no alude más que a la posibilidad de Directivas sectoriales especiales, conviene recordar que existen otras Directivas que van más allá en la *tutela de colectivos vulnerables* y que inciden sobre su tiempo de trabajo, de forma más tuitiva. Así sucede, por ejemplo, en las Directivas que inciden sobre la prevención de riesgos de los menores⁸⁹, y más tangencialmente a favor de mujeres embarazadas o que hubieran sido recientemente madres⁹⁰:

b') *Flexibilidad: excepciones contempladas en la propia Directiva*

Finalmente, bajo ciertos requisitos, se permite que los Estados *normativamente* y también a través de la *autonomía colectiva* establezcan diversas excepciones parciales a algunas condiciones mínimas o períodos de referencia, considerando las características especiales de la actividad realizada (Di-

⁸⁹ Ver artículo 8 a 13 de la Directiva 94/33/CE del Consejo, de 22 de junio de 1994, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo.

⁹⁰ Ver Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.

rectiva CE/2003/88 art. 17). Los requisitos que ha de cumplir este tipo de negociación colectiva se especifican en el artículo siguiente (Directiva 2003/88/CE art. 18)⁹¹. Existen además excepciones específicas para los trabajadores móviles, trabajo off-shore⁹² y trabajadores que ejercen su actividad a bordo de buques de pesca marítima⁹³, cuando se trate de sujetos excluidos de las normas sectoriales específicas.

El primer tipo de excepciones se refiere a los trabajadores autónomos cuya actividad tiene características especiales, porque la jornada de trabajo en su totalidad⁹⁴ *no tenga una duración medida y/o establecida previamente*. Se trata de trabajadores autónomos que ya deberían estar excluidos del ámbito subjetivo de la Directiva, por faltar las notas de dependencia y ajenidad mencionadas, y de los que se ofrecen algunos ejemplos (Directiva 2003/88/CE art. 17.1): ejecutivos, dirigentes u otras personas con poder de decisión autónomo, trabajadores en régimen familiar y trabajadores en actividades litúrgicas de iglesias religiosas.

En segundo lugar, hay otro tipo de excepciones que exigen el establecimiento de un *descanso compensatorio equivalente* o, en su defecto, simplemente, una *protección adecuada* respecto de:

— Numerosas *actividades y sectores* mencionados de forma no exhaustiva⁹⁵ en el propio apartado 3.º del artículo 17 de la Directiva 2003/88/CE⁹⁶, donde también se menciona la situación genérica de «accidente o riesgo de accidente inminente» como justificación de la excepción. Al amparo de esta vía el Tribunal de Justicia ha *rechazado exclusiones completas* realizadas en el ámbito subjetivo de la norma nacional protectora al amparo de tales previsiones. Declarando, por el contrario, que la Directiva sobre tiempo de trabajo era aplicable, en condiciones normales (no catastróficas o especiales) a sectores

⁹¹ La intervención de la negociación colectiva se prevé respecto de los artículos 2, 4, 8, 15, 16 y 17.3 de la Directiva CE/2003/88. Ver materias reguladas en un cuadro infra 3. A) c).

⁹² Directiva 2003/88 artículo 20.

⁹³ Directiva 2003/88 artículo 21.

⁹⁴ Destacando esa necesaria «totalidad», Comisión Europea: «Comunicación interpretativa de la Directiva 2003/88/CE...», *op. cit.*, p. 45, con base en las sentencias TJUE 7-9-06 asunto Comisión vs Reino Unido C-484/04, apartado 20, y TJUE asunto Isère C-428/09, apartado 41.

⁹⁵ Sentencia TJUE 14-10-2010 asunto Union syndicale Solidaires Isère C-428/09, apartado 48, así en diferentes sentencias se declararon incluidos, por ejemplo, servicios de ambulancia o de extinción de incendios.

⁹⁶ Entre los sectores mencionados se encuentran: trabajo off shore, sector de guardia y vigilancia, servicios que precisan continuidad: asistencia médica, servicios de puertos y aeropuertos, prensa, radio, televisión, producción cinematográfica, correos, telecomunicaciones, ambulancias, bomberos o protección civil, producción, transmisión y distribución de energía (gas, agua, electricidad...), basuras o incineración, industrias que no pueden interrumpirse, actividades de investigación, agricultura, transporte, aumento previsible de actividad (en agricultura, turismo o servicios postales) y transporte ferroviario.

tales como las fuerzas armadas, la policía y servicios de protección civil, incluso cuando presten servicios de urgencia⁹⁷. Esos colectivos están cubiertos, y aunque quepan excepciones válidas a las reglas mínimas, protegiendo, en todo caso, la seguridad y salud de estos trabajadores, por ejemplo, dotándoles de los mencionados descansos compensatorios⁹⁸.

– las relativas al trabajo a *turnos y con fraccionamiento* de la jornada (Directiva 2003/88/CE art. 17.4).

– las relativas a *todos los sectores a través de la negociación colectiva* (Directiva 2003/88/CE art. 18).

Además, se fijan límites a las propias excepciones, específicamente respecto a los *períodos de referencia* en los que se pueden computar las medidas mínimas de prevención establecidas por la Directiva, permitiéndose, cumpliéndose ciertos requisitos, que alcance un máximo de 12 meses (Directiva CE/2003/88 art. 19).

Finalmente, existe la denominada cláusula de «*exclusión voluntaria*» o «*individual opt out*» de la jornada semanal media máxima prevista en el artículo 6 de la Directiva⁹⁹. Esta polémica excepción que era de carácter temporal y destinada a desaparecer, fue, sin embargo, incorporada de nuevo en la Directiva vigente de tiempo de trabajo, en interés principalmente de Reino Unido. A través de ella, los Estados miembros que la incorporen o «transpongan» pueden exceptuar tal condición mínima (sobre jornada máxima semanal) al amparo del consentimiento libre, individual¹⁰⁰ expreso del trabajador por el que admitiese prestar servicios más allá del límite mencionado (Directiva 2003/88/CE art. 22.1). Como mínima cautela, la Directiva prevé que ningún trabajador, como parte más débil de la relación laboral, puede sufrir ningún perjuicio o represalia (despido, traslado¹⁰¹...) por no prestar este tipo de consentimiento. En estos casos el empresario está obligado:

⁹⁷ Ver Sentencia TJUE 5-10-04 asunto C-397/01 a 403/01.

⁹⁸ Ver Sentencia TJUE 26-6-01 asunto Bectu C-173/99 o sentencia de 16-3-06, asunto Robinson-Steele C-103/04 y otros asuntos acumulados.

⁹⁹ La que limita el trabajo semanal a un máximo de 48 horas en el transcurso de un período de 7 días, como promedio, en el período de referencia de 4 meses establecido, a su vez, en el artículo 16.b) de la Directiva.

¹⁰⁰ No cabe que los representantes de los trabajadores otorguen este tipo de consentimiento a través de la negociación colectiva. Se rechazó en un caso en que el contrato individual se remitía a un convenio colectivo que permitía exceptuar la duración máxima semanal de 48 horas TJUE 5-10-04, asunto Pfeiffer y otros C-403/01 ECLI: EU: C:2004:584.

¹⁰¹ Sentencia TJUE 14-10-10 asunto Günter Fuß C-243/09 ECLI: EU: C:2010:609, sobre traslado forzoso de un bombero que se negó a prestar tal consentimiento y solicitó que se respetase la duración de trabajo media máxima semanal.

– Por un lado, a llevar registro de los trabajadores que hayan consentido y efectúen este tipo de trabajo que ha de estar a disposición de las autoridades competentes que podrían restringir o incluso prohibir este trabajo por razones de seguridad y salud.

– Por otro lado, se deben respetar los denominados principios generales de protección de la seguridad y salud de los trabajadores que se aceptan cuando no es posible la concesión de períodos equivalentes de descanso compensatorio.

Aunque resultaba una cuestión controvertida, la Comisión reportó en 2010 la utilización de esta cláusula por al menos 14 Estados miembros¹⁰². En concreto, respecto de España, se aludía su activación parcial y temporal¹⁰³ para afrontar los resultados de cierta jurisprudencia comunitaria que consideró «tiempo de trabajo» ciertas guardias sanitarias localizadas en la sentencia SIMAP¹⁰⁴. Esta exclusión estaba limitada a médicos y enfermeros de los servicios públicos de salud, y únicamente cuando fuera necesario para garantizar que tales servicios de guardia pudieran ser prestados. Sin embargo, más adelante, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia constató la inaplicación general de esta posibilidad de *opt out individual* por falta de transposición en España¹⁰⁵. Esta ausencia de transposición parece impedir toda posibilidad de exceptuar las prescripciones de la Directiva sobre duración media del trabajo semanal, ni siquiera en el supuesto

¹⁰² Sobre la utilización de esta cláusula y su transposición ver página 85 y siguientes del informe de la Comisión de 2010. Con carácter general, al margen del sector, está cláusula se utilizó por Reino Unido (desde el 2000), más tardíamente, Bulgaria, Chipre, Estonia, Malta. También se reporta la aplicación parcial, para ciertos sectores, en República Checa, Alemania, Hungría, Letonia, Países Bajos, Eslovaquia, Eslovenia, Bélgica, España, y de forma no totalmente clara en Francia SEC(2010)1611 final. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52010SC1611>

¹⁰³ *Ibidem*, p. 97. Aunque se alude a que solo estarían vigentes hasta 2013 no se ha derogado la norma ad hoc aprobada en la Ley 55/2003 artículo 49.1 para el personal estatutario, solo limitándose hasta esa fecha el párrafo segundo según una transitoria *ad-hoc* incluida en la propia norma: *Cuando las previsiones del artículo anterior fueran insuficientes para garantizar la adecuada atención continuada y permanente, y siempre que existan razones organizativas o asistenciales que así lo justifiquen, previa oferta expresa del centro sanitario, podrá superarse la duración máxima conjunta de la jornada ordinaria y la jornada complementaria cuando el personal manifieste, por escrito, individualizada y libremente, su consentimiento en ello.*

En este supuesto, los excesos de jornada sobre lo establecido en el artículo 48.2 tendrán el carácter de jornada complementaria y un límite máximo de 150 horas al año.

Se señalaba, además, que la medida era una disposición transitoria que expiraba en 2013. En realidad, la aplicación progresiva durante ese período solo parecía contemplarse al límite máximo de 150 horas anuales que se fijaba en el segundo párrafo de esta disposición (Ley 55/2003, disp. trans. 6.^ª2).

¹⁰⁴ TJUE 3-10-00 asunto SIMAP C-303/98 ver, también en el mismo sentido Sentencia TJUE Auto 3-7-01, asunto SERGAS C-241/99 sobre personal de enfermería. Ver sobre esta jurisprudencia IGLESIA AZA, L.: «Algunas consideraciones sobre el impacto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la configuración del Régimen Jurídico del personal sanitario en España» /en/ VVAA (MIRANDA BOTO, J. M.^º) *El Derecho del Trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones*. Cinc. Madrid, 2018, pp. 481 ss.

¹⁰⁵ Sentencia TJUE 14-5-19, asunto Federación de Servicios de CCOO, C-55/18 apartado 35, ECLI: EU: C:2019:402.

de que el trabajador afectado diera su consentimiento¹⁰⁶. De hecho, tales medidas, aunque respeten todas las cautelas y obligaciones mencionadas, se podrían entender como una renuncia de derechos, vía autonomía individual, que estaría prohibida por nuestro ordenamiento nacional.

Sobre las condiciones afectadas por los distintos tipos de excepciones mencionadas en este epígrafe, ver *infra* cuadro en apartado c).

b) ARMONIZACIÓN CONCEPTUAL

La Directiva de tiempo de trabajo parece, en principio, la clásica directiva social de mínimos que establece unas condiciones, por supuesto, mejorables por los propios Estados miembros que pueden establecer medidas más tuitivas en sus normas legales, reglamentarias o administrativas, o incluso a autorizar a la negociación colectiva para que avance en ese sentido¹⁰⁷. Además, contiene una previsión de no regresión, en el sentido de que la Directiva no avala ningún empeoramiento de la regulación nacional a su amparo¹⁰⁸. Sin embargo, simultáneamente la Directiva, como ya se ha señalado en el punto anterior, permite numerosas excepciones a los mínimos, abriendo numerosas ventanas flexibilizadoras que permitieron una transposición a la baja¹⁰⁹ a la que ha tenido que poner ciertos límites el propio Tribunal de Justicia¹¹⁰. Esta configuración de la Directiva permite que el tiempo de trabajo, como muestran los informes anuales de Eurofound, no sea una materia totalmente armonizada respecto de ciertos mínimos, observándose situaciones desiguales¹¹¹.

Sin embargo, la Directiva en su artículo 2, con el apoyo del Tribunal de Justicia, sí ha armonizado ciertos conceptos clave del tiempo de trabajo, dotándolos de un contenido comunitario, no disponible para los Estados miembros o la misma negociación colectiva y que debe basarse en datos o elementos objetivos que permitan una interpretación uniforme¹¹². En definitiva, las legislaciones y/o prácticas nacionales no pueden determinar unilateralmente el alcance de los derechos contenidos en la Directiva sometidos a condiciones

¹⁰⁶ TJUE 25-11-10, asunto Fuß, C-429/09, EU: C:2010:717, apartado 33, y Sentencia TJUE 14-5-19, asunto Federación de Servicios de CCOO, C-55/18, apartado 39, ECLI: EU: C:2019:402.

¹⁰⁷ Directiva CE/2003/88, artículo 15.

¹⁰⁸ Directiva CE/2003/88, artículo 23.

¹⁰⁹ Ver extensamente sobre la transposición de la Directiva el informe de la Comisión en 2010 SEC(2010)1611 final. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52010SC1611>

¹¹⁰ Ver en este sentido CABEZA PEREIRO, J.: «Las fuentes reguladoras de la jornada de trabajo» /en/ VVAA (APARICIO TOVAR, J. y López Gandía, J. Coord.) Bomarzo, 2007, p.14.

¹¹¹ Ver EUROFOUND (2021), Working time in 2019–2020, Publications Office of the European Union, Luxembourg https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef21038en.pdf

¹¹² TJUE 9-9-03, asunto Jaeger, C-151/02, EU: C:2003:437, apartado 58.

o restricciones que hagan peligrar el efecto útil de la Directiva y desvirtúen su objetivo¹¹³. Los conceptos son inamovibles incluso cuando se pretendiera una interpretación más favorable a los intereses del trabajador¹¹⁴.

Entre los conceptos comunitarios se puede mencionar, por ejemplo, el trabajo nocturno o el trabajador a turnos, o la propia distinción entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso. En esta última materia, por su relevancia, será en la que más nos detengamos:

a') *Trabajo nocturno*

Aunque quede en manos del legislador nacional definir el *período nocturno*¹¹⁵ la Directiva establece que ha de durar como mínimo 7 horas y abarcar el período comprendido entre las 24 h y las 5 h. Por otro lado, será *trabajador nocturno*¹¹⁶ quien a diario un mínimo de 3 horas en franja nocturna y, por otro lado, quien defina como tal, por desempeñar parte de su jornada anual en ese período nocturno, el legislador nacional o la negociación colectiva nacional o regional.

b') *El trabajador por turnos*

Es el que tiene un horario de trabajo se ajuste a un régimen de trabajo por turnos. Siendo este el organizado en equipos en los que os trabajadores ocupen sucesivamente los mismos puestos de trabajo con arreglo a un ritmo determinado, incluido el ritmo rotatorio, y que podrá ser de tipo continuo o discontinuo¹¹⁷. En todo caso ha de implicar que estos trabajadores se vean obligados a realizar un trabajo en distintas horas a lo largo de un período dado de días o semanas¹¹⁸.

c') *Tiempo de trabajo y tiempo de descanso*

En el artículo 2.1 de la Directiva se define *tiempo de trabajo* como todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del

¹¹³ TJUE 9-9-03 asunto Jaeger, C-151/02, EU: C:2003:437, apartado 59, TJUE 1 -12-05, asunto Dellas y otros, C-14/04, EU: C:2005:728, apartado 45, TJUE Auto 11-1-07, Vorel, C-437/05, EU: C:2007:23, apartado 26.

¹¹⁴ CABEZA PEREIRO, J.: «Algunas reflexiones sobre el asunto TYCO sobre el concepto de tiempo de trabajo», *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 1/2016, p. 37.

¹¹⁵ Directiva CE/2003/88, artículo 2. Punto 3).

¹¹⁶ Directiva CE/2003/88, artículo 2. Punto 4).

¹¹⁷ Directiva CE/2003/88, artículo 2. Punto 4).

¹¹⁸ Directiva CE/2003/88, artículo 2. Puntos 5) y 6).

empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales. En el apartado siguiente se define el *período de descanso*, en contraposición al anterior concepto como: todo período que no sea tiempo de trabajo. De manera, que se trata de dos *conceptos comunitarios excluyentes*, en cuyo marco hay que situar cada situación real, pues no existe una categoría intermedia¹¹⁹. Además, se define *descanso adecuado* los períodos regulares de descanso de los trabajadores, cuya duración se expresa en unidades de tiempo, suficientemente largos y continuos para evitar que, debido al cansancio o a ritmos de trabajo irregulares, aquellos se produzcan lesiones a sí mismos, a sus compañeros o a terceros, y que perjudiquen su salud, a corto o a largo plazo¹²⁰.

Como asume la doctrina¹²¹, a la luz de la jurisprudencia, existen tres elementos básicos que si se dan acumulativamente permiten afirmar que se está ante tiempo de trabajo:

1. Que el trabajador permanezca en el *lugar de trabajo* (elemento espacial), esto es, en una oficina estable o en el lugar que determine el empresario, sin poderlo elegir.

2. Que el trabajador esté a *disposición del empresario* para ejercer la actividad requerida, poniendo su tiempo a disposición del empresario sin poder usarlo como le plazca, por ejemplo, dedicándolo a asuntos personales¹²². Elemento que ha ido ganando cada vez más peso¹²³.

3. Que el trabajador esté en *el desempeño efectivo de la actividad profesional* desempeñando sus funciones. Aunque dándose los dos elementos an-

¹¹⁹ TJUE 1-12-05, asunto Dellas C-14/04; TJUE 10-9-15, Federación de Servicios Privados del sindicato CCOO, C-266/14, EU: C:2015:578, apartados 25 y 26. Ver RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: «La regulación de los tiempos de disponibilidad (presencia y localización) del trabajador en el derecho comunitario y en el derecho interno». *Justicia Laboral: Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 41, 2010, pp. 51-79. Ver también TJUE 21-2-18, Matzak, C-518/15, EU: C:2018:82, apartado 55, y jurisprudencia citada en esta sentencia, comentada por GALLEGO MONTALBAN, J.: «¿Deben considerarse las guardias domiciliarias o de localización tiempo de trabajo?», *Revista de Derecho Social*, n.º 82/2018. pp. 133-141.

¹²⁰ Directiva CE/2003/88, artículo 2. Punto 9).

¹²¹ Extensamente BASTERRA HERNANDEZ, M.: *Tiempo de trabajo y tiempo de descanso*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2017, p. 298. Ver también, previamente, su tesis doctoral con el mismo título https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/77388/1/tesis_miguel_basterra_hernandez.pdf Con posterioridad ver LÓPEZ ÁLVAREZ, M. J.: «La ordenación comunitaria del tiempo de trabajo» /en/ MIRANDA BOTO, J. M.ª (Dir). *El Derecho del Trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones*. Cinca. Madrid, 2018, pp. 366-371, y MARTÍNEZ YÁÑEZ, N. M.: «Trazando los contornos del tiempo de trabajo y descanso frente a los retos de la economía digital. Recientes aportaciones del Tribunal de Justicia» /en/ MIRANDA BOTO, J. M.ª (Dir). *El Derecho del Trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones*. Cinca. Madrid, 2018, pp. 411-437. Extensamente, ya en 2020, GOÑI CALVO, R.: «El tiempo de trabajo máximo en la UE y su flexibilización...» *op. cit.* pp. 120 s.

¹²² TJUE 3-10-00 asunto SIMAP C-303/98.

¹²³ TJUE Auto 4-3-2011 asunto Grigore C-258/10, EU:C:2011:122, en el que parece que el Tribunal da más peso a la puesta a disposición que al elemento físico de permanencia en un supuesto de un guardia forestal que reside en la zona que vigila en un alojamiento ofrecido por el empresario.

teriores, si el empresario no le ofreciera trabajo efectivo también sería también tiempo de trabajo. Considerándose irrelevante la intensidad del trabajo o de que este se ejerciera necesariamente de forma continua ¹²⁴.

En los casos de guardia presencial, el elemento físico parece determinante, pues existe tiempo de trabajo en los casos de presencia física de un médico en un hospital ¹²⁵, a pesar de que haya períodos en los que sus servicios no son solicitados y pueda reposar ¹²⁶. En efecto, como ha confirmado el Tribunal de Justicia, aunque no lleve a cabo ninguna actividad por cuenta del empresario, eso no significa necesariamente que se encuentre en un período de descanso ¹²⁷. En tales casos, el trabajador está completamente a disposición, incluso, aunque permanezca en un lugar que no sea en el que ejerce habitualmente su actividad profesional, siempre con el objeto de poder prestar sus servicios inmediatamente en caso de necesidad. Máxime si la permanencia en ese lugar obliga al trabajador a mantenerse alejado de su entorno social y familiar y goza de poca libertad para administrar el tiempo en el que no se requieran sus servicios profesionales ¹²⁸. Esta doctrina ha sido asumida recientemente por la Sala IV del Tribunal Supremo respecto de las 24 horas de presencia en la base o centro de trabajo de los servicios de transporte en ambulancias, a los efectos de calcular la jornada anual y pudiendo considerarse el exceso como horas extraordinarias ¹²⁹.

Más dudosa es la determinación de lo que es tiempo de trabajo en el marco de *guardias no presenciales*, durante las que el trabajador solamente permanece localizable a disposición del empresario en régimen de *disponibilidad no presencial* y dispuesto a incorporarse a su puesto de trabajo. En este contexto los criterios que maneja el Tribunal de Justicia para diferenciar *tiempo de tra-*

¹²⁴ TJUE 5-10-04, asunto Pfeiffer C-397/01 y otros.

¹²⁵ TJUE 3-10-00 asunto SIMAP C-303/98 y TJUE Auto 3-7-01 asunto CIG C-241/99. «Las implicaciones económicas y organizativas de esta doctrina obligaron en su momento al Estado español a recurrir a la cláusula de excepciones de la Directiva para apartar al personal sanitario del régimen general de jornada, estableciendo para este colectivo la llamada *jornada especial*, prevista en el artículo 49 de la Ley 55/2003 de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud». LÓPEZ ALVAREZ M. J.: «La ordenación comunitaria del tiempo de trabajo» /en/ MIRANDA BOTO, J. M.^a (Dir). *El Derecho del Trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones*. Cinca. Madrid, 2018, p. 368.

¹²⁶ TJUE 9-9-03, asunto Jaeger C-151/02 o TJUE Auto 11-1-07 asunto Vorel C-437/05

¹²⁷ TJUE 9-9-21, C-107/19. Un comentario en GARCÍA ROMERO, B.: «Tiempo de trabajo y tiempo de descanso: calificación de las pausas dentro de la jornada diaria en las que el trabajador debe permanecer preparado para intervenir en caso de necesidad en un lapso de tiempo de dos minutos», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n.º 9/2021. https://doi.org/10.55104/RJL_00281

¹²⁸ TJUE 9-9-03, asunto Jaeger, C-151/02, EU: C:2003:437, apartado 65; 5-10-04, Pfeiffer y otros, C-397/01 a C-403/01, EU: C:2004:584, apartado 93, o 1-12-05, asunto Dellas y otros, C-14/04, EU: C:2005:728, apartados 46 y 58.

¹²⁹ TS Social 17-2-22, Rec 123/20 n.º 159/2022.

bajo o de descanso, dejando al margen de los momentos en los que se prestan servicios, son los siguientes:

1. La incidencia objetiva y considerable de las limitaciones impuestas al trabajador en lo que atañe a la posibilidad de dedicarse a sus intereses personales y sociales¹³⁰ y administrar libremente su tiempo para sus propios intereses durante los períodos de no prestación efectiva de servicios profesionales¹³¹. En cambio si tales limitaciones no le impiden administrar su tiempo, solo constituye tiempo de trabajo el de prestación efectiva de servicios, siendo el resto tiempo de descanso¹³².

Las *limitaciones* que deben tenerse en cuenta son las que provienen de la ley, el convenio aplicable o son impuestas por el propio empresario, en virtud del contrato de trabajo suscrito. De manera, que no deben tenerse en cuenta dificultades organizativas que deriven de *elementos naturales o de la libre elección* del trabajador, por ejemplo, porque el trabajador tenga su domicilio muy alejado del lugar al que debe poder presentarse durante la guardia con carácter habitual. Además, muy recientemente respecto de un técnico televisivo que permanecía hospedado en instalaciones empresariales creadas específicamente cerca de centros de transmisión aislados, el Tribunal no consideraba relevante que el *lugar de trabajo* fuera *difícilmente accesible* o que hubiera muy pocas opciones de *actividades de ocio* en la zona en la que debía permanecer durante la guardia en régimen de disponibilidad no presencial¹³³.

En aquellos casos en que el lugar de trabajo engloba o se confunde con el domicilio del trabajador, el mero hecho de que, durante un período de guardia determinado, deba permanecer en su lugar de trabajo para poder estar a disposición del empresario en caso de necesidad no basta para calificar dicho período de «tiempo de trabajo». En efecto, la imposibilidad de abandonar su lugar de trabajo no implica necesariamente que deba permanecer alejado de su entorno familiar y social y, por lo tanto, no disminuye su capacidad para administrar libremente su tiempo mientras no se requieren sus servicios profesionales. En definitiva, si de la propia naturaleza del lugar de trabajo, el trabajador no puede, en la práctica, abandonar ese lugar acabada su jornada, solo es tiempo de trabajo aquel en que está sometido a limitaciones objetivas y considerables, como la de estar inmediatamente disponible para el empresario¹³⁴.

¹³⁰ Véase, en este sentido, TJUE 21-2-18, asunto Matzak, C-518/15, EU:C:2018:82, apartados 63 a 66.

¹³¹ TJUE 9-3-21, asunto D.J. C-344/19 ECLI:EU:C:2021:182, apartado 37.

¹³² TJUE 3-10-00, asunto SIMAP C-303/98, EU:C:2000:528, apartado 50; 10-9-15 Federación de Servicios Privados del sindicato CCOO C-266/14, EU:C:2015:578, apartado 37.

¹³³ TJUE 9-3-21, asunto D. J. C-344/19 ECLI: EU: C:2021:182, apartado 41.

¹³⁴ *Ibídem*, apartado 44.

2. Por otro lado, debe prestarse especial atención a los tres siguientes elementos: *la brevedad del plazo de incorporación* desde que es requerido por el empresario a reanudar sus actividades profesionales porque sea necesario realizar una intervención; *la frecuencia media* de las intervenciones que dicho trabajador ha de realizar efectivamente durante ese período de guardia a disposición, así como *la duración* de las mencionadas intervenciones. Los tres elementos son circunstancias que inciden muy notablemente en la capacidad del trabajador para administrar libremente su tiempo y en la planificación de sus ocupaciones personales y sociales. Si existe un plazo razonable para retomar la actividad no sería tiempo de trabajo, pero si ha de volver al trabajo en unos minutos (máxime si el trabajador precisa contar con algún tipo de preparación o contar con cierta equipación específica)¹³⁵ ese tiempo de guardia deberá considerarse, en su totalidad, «tiempo de trabajo», al disuadir al trabajador de planificar cualquier actividad de recreo, ni tan siquiera de corta duración¹³⁶. También lo será, si el trabajador ha de realizar frecuentemente prestaciones durante sus períodos de guardia y estas, por regla general, no son de corta duración¹³⁷. Este último elemento resultante relevante en casos de bomberos que debían personarse en siniestros, equipados y conduciendo un determinado vehículo, en un periodo de 20 minutos¹³⁸.

Finalmente, resulta destacable que la Gran Sala del Tribunal de Justicia ha señalado que, aunque tales períodos de guardia sean calificados como «períodos de descanso», los empresarios están obligados a cumplir las *obligaciones preventivas específicas* que les incumben con el fin de proteger la seguridad y la salud de sus trabajadores frente a los riesgos psicosociales. De ello se desprende que los empresarios no pueden introducir *períodos de guardia tan largos o frecuentes* que constituyan un riesgo para la seguridad o la salud de los trabajadores. En efecto, tales períodos suponen una *carga psicológica* recurrente para el trabajador que, aunque sea de baja intensidad, le dificulta la evasión completa, la desconexión del entorno laboral durante un número sufi-

¹³⁵ Claramente, aunque se precisa un análisis caso a caso, analizando todos los elementos concurrentes, en el caso de un bombero que durante las pausas debía estar localizado mediante un transmisor y en caso de necesidad de efectuar una salida, tenía que estar listo y equipado en 2 minutos para que le recogiese el vehículo de intervención. El Tribunal de Justicia entendió que durante esas pausas había tiempo de trabajo incluso cuando no se realizara intervención alguna. La brevedad del tiempo de respuesta y la imprevisibilidad de la llamada hace que se considere tiempo de trabajo en su totalidad (TJUE 9-9-21, asunto C-107/19 ECLI:EU:C:2021:722). En el mismo sentido, previamente, TJUE 21-2-18 asunto C-518/15 Matzak que establecía un tiempo de respuesta de 8 minutos también respecto de un bombero).

¹³⁶ TJUE 9-3-21, asunto D.J. C-344/19 ECLI:EU:C:2021:182, apartados 46-48.

¹³⁷ *Ibidem*, 53.

¹³⁸ TJUE 9-3-21, asunto RJ C-580/19 ECLI:EU:C:2021:183.

ciente de horas consecutivas que le permita neutralizar los efectos del trabajo sobre su seguridad y su salud, especialmente si se trata de trabajo nocturno. El Derecho de la UE no explicita cuales han de ser tales medidas preventivas, correspondiendo a los Estados miembros definir, en su ordenamiento jurídico nacional, las modalidades de aplicación de esta obligación¹³⁹. Con esta última precisión la Gran Sala parece asumir la necesidad de desconexión y que hay muchos grises entre el blanco y el negro que impone el Derecho de la UE y que estos crecen al incrementarse el uso de las TIC *que difuminan de manera más intensa los límites entre el tiempo de trabajo y los períodos de descanso*¹⁴⁰.

Siguiendo los criterios mencionados, en principio, el *tiempo de desplazamiento*, esto es, el que se tarda en llegar *al centro del trabajo* o lugar de prestación de servicios no es tiempo de trabajo. Sin embargo, sí se han considerado tiempo de trabajo los desplazamientos *al lugar de prestación de servicio* que puede ser la empresa de un cliente, en un caso en que los trabajadores quedaron sin de centro de trabajo fijo o habitual. En ese supuesto concreto se consideró que debía computarse como tiempo de trabajo el del desplazamiento diario entre su domicilio y los centros del primer y del último cliente que les asignaba su empresario. El TJUE consideró que durante esos períodos se cumplieran los *tres requisitos ya mencionados* y, en definitiva, el trabajador debía estar físicamente a disposición del empleador en cierto lugar para prestar servicios adecuadamente a cierto cliente¹⁴¹. En este caso, el TJUE, de nuevo, deja en manos del legislador nacional el tema de la retribución de esos períodos sobre los que no se pronuncia¹⁴². Esta doctrina comunitaria sobre el caso TYCO no ha sido siempre

¹³⁹ TJUE 9-3-21, asunto RJ C-580/19 ECLI: EU: C:2021:183, apartado 60, y TJUE 9-3-21, asunto D. J. C-344/19 ECLI: EU: C:2021:182, apartados 62 a 65.

¹⁴⁰ LOUSADA AROCHENA, J. F.: «Guardias localizadas: a veces tiempo de trabajo, a veces períodos de descanso.» *Revista de Jurisprudencia Laboral* n.º 1/2022. https://doi.org/10.55104/RJL_00301 Comentando una nueva sentencia sobre las guardias no localizadas y tiempo de trabajo de un bombero de retén en pluriactividad con autorización para trabajar por cuenta propia como taxista, pero debe, en caso de llamada de urgencia, incorporarse a su parque de bomberos de adscripción en un plazo máximo de diez minutos. Aunque se deja en manos del tribunal nacional la valoración final, se sopesa la inexistencia de obligación de participar en todas las intervenciones realizadas desde ese parque por lo que las limitaciones impuestas tal vez no afecten objetiva y muy significativamente su facultad para administrar libremente, en el referido período, el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales como bombero. TJUE 11-11-21, asunto MG C-214/20 ECLI: EU: C:2021:909.

¹⁴¹ TJUE 10-9-15, asunto TYCO C-266/14. Más ampliamente sobre esta sentencia CABEZA PEREIRO, J.: «Algunas reflexiones sobre el asunto TYCO sobre el concepto de tiempo de trabajo», *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 1/2016, p. 37, y LÓPEZ ÁLVAREZ, M. J.: «La ordenación comunitaria del tiempo de trabajo» /en/ MIRANDA BOTO, J. M.^a (Dir): *El Derecho del Trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones*. Cinca. Madrid, 2018, p. 369 s.

¹⁴² Sobre esta cuestión ver MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: «El desplazamiento de trabajadores sin centros de trabajo habituales: tiempo de trabajo, pero ¿al mismo precio?», *CEF. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n.º 394/2016.

asumida por la jurisprudencia nacional cuando se ha considerado que no se trataba de supuestos equiparables que hubieran permitido su extrapolación¹⁴³.

Sí se considera, con carácter general, como tiempo de trabajo el tiempo de *desplazamiento dentro de la jornada*, por ejemplo, para visitar clientes si los trabajadores están a disposición del empresario y es parte necesaria de los servicios a prestar¹⁴⁴. Por otro lado, el Tribunal EFTA, interpretando la Directiva, sí ha entendido recientemente que es tiempo de trabajo el necesario para desplazarse, *fuera del horario normal de trabajo*, a un sitio distinto de su centro de trabajo fijo o habitual para ejercer su actividad o sus funciones en ese otro sitio, a petición de su empleador. En esta sentencia se considera irrelevante, por un lado, que dicho desplazamiento se efectúe íntegramente dentro del Espacio Económico Europeo o con destino u origen en terceros países si el contrato de trabajo se establece y se rige por la legislación nacional de un Estado del EEE. Por otro lado, tampoco se considera necesario evaluar la intensidad del trabajo realizado durante el desplazamiento¹⁴⁵. Conforme este pronunciamiento podría entenderse como tiempo de trabajo, por ejemplo, las horas de vuelo de un trabajador de una compañía del sector de viajes que normalmente trabaja en su centro de trabajo y que ha sido enviado por su empresario a otro Estado en misión, por ejemplo, para realizar una prospección de un viaje de incentivos o a comprobar algún elemento concreto en destino.

Finalmente, se ha considerado que es tiempo de trabajo en el sentido de la Directiva: el período durante el cual un trabajador cursa una *formación profesional que le impone su empresario* y que se desarrolla fuera de su lugar habitual de trabajo, en los locales del proveedor de los servicios de formación, y durante el cual no ejerce sus funciones habituales (TJUE 28-10-21 asunto C-909/19).

c) MEDIDAS MÍNIMAS A RESPETAR

La Directiva 2003/88/CE tiene por objeto establecer disposiciones mínimas destinadas a *mejorar las condiciones de vida y de trabajo* de los trabaja-

¹⁴³ TS Social 4-12-18, Rec 188/17 y TS 1-12-15 Rec 284/14.

¹⁴⁴ Comisión Europea: «Comunicación interpretativa de la Directiva 2003/88/CE», *op. cit.*, p. 19.

¹⁴⁵ Tribunal EFTA 15-7-21, E-11/20, DOUE C 426/10 21-10-21 <https://eftacourt.int/download/11-20-judgment/?wpdmdl=7404> Este asunto islandés se refería al Sr. Sværriðsson inspector mecánico de aeronaves que trabaja en una sede fija con horario de 8 a 16 los días laborables, pero que entre sus funciones, debían realizar visitas de inspección al extranjero (fuera de Europa), por ejemplo, para matricular aeronaves por primera vez, o para realizar inspecciones de aeronavegabilidad de aeronaves. Este tipo de trabajadores exigían que se les reconociera el tiempo de viaje, en su totalidad, como tiempo de trabajo, esto es, desde la hora de salida de sus domicilios hasta que llegan a su destino final, el lugar de alojamiento en el extranjero.

dores mediante una armonización de las normas nacionales relativas, en concreto, a la duración del tiempo de trabajo. Esta armonización tiene como fin promover la mejora de la *seguridad y de la salud* de los trabajadores, permitiendo que estos disfruten de períodos mínimos de descanso –en particular, de períodos de descanso diario y semanal–, así como de períodos de pausa adecuados, y estableciendo una duración máxima media del tiempo de trabajo semanal¹⁴⁶. Estas normas mínimas, que precisan el derecho fundamental consagrado en el artículo 31.2 CDFUE, *son normas relevantes del Derecho social de la UE* y derechos de todos los trabajadores¹⁴⁷, cuyo cumplimiento no puede subordinarse a consideraciones de carácter puramente económico¹⁴⁸ y respecto de las que no cabe una interpretación restrictiva¹⁴⁹.

Debe tenerse en cuenta que no se trata de tiempos de trabajo o descanso absolutos, de manera que, aunque por su finalidad preventiva, parecería razonable que se aplicaran a cada trabajador por todo el trabajo que desempeña, nunca se ha aclarado como se han de aplicar en caso de pluriempleo. En realidad, son obligaciones empresariales respecto de cada trabajador, pero no se exige que haya una coordinación entre empleadores. Sin embargo, respecto de un empresario que, bajo diferentes contratos de trabajo tiene al mismo trabajador empleado, sí se debe respetar el período mínimo de descanso diario considerando todos los contratos en su conjunto y no cada uno de ellos por separado¹⁵⁰.

Estas condiciones mínimas, una vez incorporadas a las normas nacionales, se convierten en condiciones laborales, aunque también en obligaciones preventivas a cumplir y a controlar por el empresario debiéndose establecer, asimismo, medidas de garantía en caso de incumplimiento.

En el siguiente cuadro se reflejan de forma muy sucinta estas condiciones mínimas, aludiéndose al necesario período de referencia (PR) para su cómputo. En el cuadro también se recogen las posibles excepciones que se pueden establecer conforme a los distintos apartados del artículo 17 de la Directiva que, como ya se señaló, dedica su apartado 1 a la excepción de trabajadores autónomos. Además, se recogen las excepciones del ar-

¹⁴⁶ TJUE 14-5-19, asunto CCOO, C-55/18, EU: C:2019:402, apartados 36 y 37, donde se recuerda mucha jurisprudencia previa.

¹⁴⁷ *Ibidem*, apartado 24.

¹⁴⁸ Ver el preámbulo de la propia Directiva y la Sentencia 9-9-03, Jaeger C-151/02, EU: C:2003:437, apartados 66 y 67.

¹⁴⁹ TJUE 14-5-19, asunto CCOO, C-55/18, EU: C:2019:402, apartados 30 a 32.

¹⁵⁰ TJUE 17-03-21, asunto C-585/19. Ver un comentario en NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: «El descanso diario mínimo de 11 horas en cada periodo de 24 horas al que obliga el Derecho de la UE es por trabajador y no por contrato de trabajo cuando se celebran varios contratos con el mismo empresario: ¿conclusión extrapolable si los contratos se celebran con empresarios distintos o se trabaja simultáneamente como autónomo?» https://doi.org/10.55104/RJL_00232.

título 17.3, siempre asociadas con el necesario descanso compensatorio o protección adecuada, en ciertos sectores; las del artículo 17.4 sobre el trabajo a turnos o fraccionamiento de la jornada; y la del artículo 18, vía negociación colectiva, en este caso relativa a todos los sectores.

Condición	Mínimo obligatorio y período de referencia (PR)	Directiva 2003/88	Excepciones Artículo 17 (apartados)
Descanso entre jornadas	11 horas consecutivas / PR de 24 horas	Artículo 3	SÍ art.17.1, 3, 4 artículo 18
Descanso en la jornada superior a 6 horas	Duración y condiciones determinadas por negociación colectiva o normativa nacional	Artículo 4	SÍ artículo 17.1,3 artículo 18
Descanso semanal	35 horas/ PR de 14 días (*artículo 16) (*) o 24 horas/PR de 14 días si existe justificación por razones técnicas u organizativas)	Artículo 5	SÍ artículo 17.1, 3,4 art.18
Duración media máxima de la jornada semanal	48 horas (incluyendo horas extras) /PR 7 días. PR hasta 4 meses (*artículo 16.b) PR hasta 12 meses vía negociación colectiva (artículo 19)	Artículo 6	SÍ art.17.1.3 (*) PR
Vacaciones anuales pagadas	4 semanas/PR 1 año	Artículo 7	NO
Trabajo nocturno	8 horas/PR de 24 horas (* art.16) Evaluación gratuita de la salud y traslado	Artículo 8	SÍ artículo 17.1, 3,4 art.18

Como se ha mencionado, las disposiciones sobre el *tiempo de trabajo de menores* contempladas en la Directiva 94/33/CE, son mucho más tuitivas, las mismas pueden consultarse en el cuadro recogido como nota a pie de página ¹⁵¹. Aunque el objetivo prioritario de la Directiva era la prohibición del trabajo de los niños (14 años o menos), solo permitido en casos excepcionales ¹⁵², esta Directiva contenía muchas limitaciones al tiempo de trabajo que solo se flexibilizan respecto de los denominados adolescentes (15 a 17 años), siempre previendo un descanso compensatorio adecuado. Además, la formación y prácticas en empresas se consideran tiempo de trabajo.

A continuación, sin afán exhaustivo, se harán algunas matizaciones sobre los límites generales expuestos.

a') Descanso entre jornadas (Directiva 2003/88/CE artículo 3). El período de referencia de 24 horas no tiene por qué estar referido a un día natural ¹⁵³. En España ni siquiera se alude a ese período de referencia de 24 horas, aunque se impone un descanso entre jornadas, más amplio, de 12 horas ¹⁵⁴. Esta omisión puede impedir que ese descanso se produzca en caso de pluriempleo. Dicho riesgo se elimina en el caso de menores cuya norma específica

151

Condición	Mínimo obligatorio y período de referencia (PR)	Directiva 94/33/CE
Tiempo máximo de trabajo diario	7 horas (8 horas en el caso de adolescentes) (*) aunque se realice para diferentes empleadores	Artículo 8
Descanso entre jornadas	14 horas consecutivas (12 horas adolescentes) /PR de 24 horas	Artículo 10.1.a
Descanso en la jornada superior a 4 horas	30 minutos preferiblemente consecutivos	Artículo 12
Descanso semanal	2 días preferiblemente consecutivos (nunca menos de 36 horas) / PR de 7 días	Artículo 10
Trabajo nocturno	Prohibido (entre las 22/23 h y las 6/7 de la mañana). La posible flexibilización respecto de adolescentes (nunca en el período 12 a 4 de la madrugada)	Artículo 9

¹⁵² CASTRO ARGÜELLES, M. A. :«El trabajo de jóvenes y menores» /en /VVAA GARCÍA MURCIA, J. (Dir.): *La transposición del Derecho Social comunitario al ordenamiento español*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid, 2005, pp. 348 a 356.

¹⁵³ Comisión Europea: «Comunicación interpretativa de la Directiva 2003/88/CE...» *op. cit.*, p. 23. De manera que podría trabajar entre las 0.00 y las 13 horas y descansar entre las 13:00 y las 24:00 h.

¹⁵⁴ ET artículo 34.3.

prohíbe realizar más de 8 horas diarias de trabajo efectivo con independencia del número de empleadores ¹⁵⁵.

b') Descanso durante la jornada superior a 6 horas (Directiva 2003/88/CE, art. 4). La Directiva remite a la negociación colectiva: la fijación de sus modalidades, duración y requisitos y, solo en su defecto, a la ley. Justo en sentido contrario, el ET fija, con carácter general, una pausa mínima de 15 minutos mejorable por negociación colectiva que también puede determinar si se ha de considerar o no tiempo de trabajo.

c') Descanso semanal (Directiva 2003/88/CE art. 5). El descanso semanal es independiente del descanso entre jornadas que debe restarse del primero que, en principio, debe abarcar un período continuo de 35 horas, a disfrutar de forma regular. Como se refleja en el cuadro, la flexibilidad permite ubicar ese descanso en períodos de referencia de dos semanas lo que puede generar un período de descanso semanal doble al final de ese período. No existe jurisprudencia del Tribunal de Justicia que explique cuando es posible reducir el descanso semanal a 24 horas de forma justificada alegándose causas objetivas, técnicas o de organización del trabajo, tal y como se prevé en el inciso final del artículo 5 de la Directiva ¹⁵⁶.

d') Duración media máxima del tiempo de trabajo semanal (Directiva 2003/88/CE art. 6). Como se observa en el cuadro, esa duración media máxima de 48 horas de tiempo de trabajo (incluidas horas extras) está fijada inicialmente para un período de referencia de 7 días, aunque cabe su ampliación hasta un máximo de 4 meses del que se excluyen, en todo caso, las bajas de enfermedad o las vacaciones. A través de la negociación colectiva, se puede establecer que tal período de referencia alcance los 12 meses, conforme al artículo 19 de la Directiva, si concurren ciertas circunstancias especiales. Llama la atención que en la normativa española la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo sea de 40 horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual, lo que no parece muy conforme con los períodos de referencia ordinarios mencionados ¹⁵⁷. Además, como ya se señaló, España no transpuso, con carácter general, la posibilidad de exceptuar este límite por pacto individual a través del denominado 'opting out' previsto en el artículo 22 de la Directiva ¹⁵⁸.

¹⁵⁵ GARCIA NINET, I.: «Ordenación del tiempo de trabajo» /en/ VVAA *Comentarios a las Leyes Laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores*. EDERSA, 1994, p. 14.

¹⁵⁶ Comisión Europea: «Comunicación interpretativa de la Directiva 2003/88/CE...», *op. cit.*, pp. 25 ss.

¹⁵⁷ ET artículo 34.1. CASTRO ARGÜELLES, M. A.: «Ordenación del tiempo de trabajo (Directiva 2003/88/CE y otras complementarias», *op. cit.*, p. 364. A esta desviación se suma, tras la Ley 3/2012 (especialmente tras su modificación por el RDL 16/2013), la posibilidad, desvinculada de la negociación colectiva y descausalizada, de que el empresario proceda unilateralmente a la distribución irregular de hasta un 10% de la jornada anual *ex* ET artículo 34.2, con un controvertido sistema de compensación hasta en un plazo de 12 meses, ver LÓPEZ ÁLVAREZ, M. J.: «La ordenación comunitaria del tiempo...», *op. cit.*, p. 379.

¹⁵⁸ Ver *supra* apartado 3. A.a.b').

e') Vacaciones remuneradas (Directiva 2003/88/CE art. 7). Este Derecho social de la UE de especial importancia es, simultáneamente, un Derecho fundamental de la UE (art. 31.2) del que no caben excepciones y, ni siquiera, una interpretación restrictiva¹⁵⁹. Su concreción en la Directiva tiene efecto directo por su carácter preciso e incondicional, donde se prevé que los trabajadores tienen derecho durante al menos 4 semanas anuales: al descanso, al ocio y al esparcimiento.

Por su finalidad preventiva, el derecho de la UE pretende *preservar su disfrute* aunque concurren causas productivas u organizativas¹⁶⁰, reservándose la compensación económica cuando tal disfrute sea imposible; básicamente en caso de finalización de la relación laboral¹⁶¹. Respecto de su disfrute, transferencia, remuneración o compensación muchísima jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha ido aclarando infinidad de cuestiones que sin duda se tratarán exhaustivamente en el capítulo de vacaciones. Entre ellas se pueden seleccionar las siguientes¹⁶²:

– Se devengan desde el inicio del trabajo y no se pueden supeditar al cumplimiento de ciertos períodos de empleo previos¹⁶³.

– Se han de transferir a otro período en caso de coincidencia con la maternidad y su permiso asociado, también garantizado por el Derecho de la UE y que no se pueden solapar. Este derecho no se restringe a las 4 semanas garantizadas por la Directiva sino también a las vacaciones anuales más largas establecidas por la normativa nacional¹⁶⁴.

– También asiste al trabajador ese derecho de transferencia, si lo solicita, en caso de baja por enfermedad aunque no sea un permiso comunitario¹⁶⁵, al tener diferentes finalidades el descanso vacacional y la recuperación de una enfermedad¹⁶⁶. Aunque los Estados pueden establecer limitaciones temporales a esa transferencia que no es ilimitada.

¹⁵⁹ Ver, entre otras TJUE 16-3-06, asunto Robinson Steele C-131/04 ECLI: EU: C:2006:177.

¹⁶⁰ TJUE Auto 21-2-13, asunto Concepción Maestre García C-194/12.

¹⁶¹ Directiva 2003/88 artículo 7.2. Ver la imposibilidad de imponer condiciones adicionales o incluso una solicitud formal en TJUE asunto 12-6-14, asunto Gülay Bollacke C-118/13 ECLI: EU: C:2014:1755.

¹⁶² Ver también un análisis exhaustivo de esta jurisprudencia en Comisión Europea: «Comunicación interpretativa de la Directiva 2003/88/CE ...», *op. cit.*, p. 30, A 38. Ver también el interesante análisis de MARTINEZ MOYA, J.: *Las vacaciones. Ien/ VVAA* (CASAS BAAMONDE, M.^a E. y GIL ALBURQUERQUE, R. Dirs): *Derecho Social de la UE. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, 2.^a ed. Lefebvre, pp.985 a 1008.

¹⁶³ Sentencia TJUE 26-6-01 asunto Bectu C-173/99, apdo. 64.

¹⁶⁴ En este caso las vacaciones anuales se fijaban con carácter general, mediante un acuerdo colectivo, para el conjunto de la plantilla, sentencia 18-3-04, asunto Merino Gómez, C-342/01, Rec. p. I-2605.

¹⁶⁵ Sentencia TJUE 10-9-09, asunto Vicente Pereda, C-277/08, Rec. p. I-8405, apartado 22, y TJUE Auto 21-2-13, asunto Concepción Maestre García C-194/12.

¹⁶⁶ TJUE 21-6-12, asunto ANGED C-78/2011.

Las vacaciones son el único derecho temporal sobre el que se reconoce expresamente su retribución o compensación económica que, en todo caso, ha de ser la ordinaria, acudiendo, si fuera preciso, a un período de referencia representativo¹⁶⁷.

f') Trabajo nocturno (Directiva 2003/88/CE artículo 8, 9, 10). Con carácter general, la Directiva impone que el tiempo de trabajo normal de los trabajadores nocturnos no exceda de 8 horas como media por cada período de 24 horas. La Comisión ha precisado¹⁶⁸, por un lado, que este límite se aplica a todo el trabajo realizado por trabajadores nocturnos (también horas extras) aunque no se realice en período nocturno ya definido previamente (y que estaba referido, como mínimo, al período comprendido entre las 24 h y las 5 h de la mañana. Por otro lado, la Comisión considera que el período de referencia queda en manos del legislador nacional o los interlocutores sociales, sin haberse fijado un límite expreso.

Se fija además *un límite absoluto* (de 8 horas como máximo cada 24 h) respecto del trabajo nocturno que implique riesgos especiales o tensiones físicas o mentales específicas. Lo que parece dejar en manos de la norma de transposición la concreción de que trabajos concretos o actividades específicas nocturnas se verían afectadas por esos riesgos y/o tensiones. La norma nacional que identificara los supuestos concretos de ese tipo de trabajo nocturno concreto podría supeditar su desempeño, además, a ciertas garantías. Sobre la normativa española de transposición de asociación, la doctrina científica, por su parte, ha destacado respecto del período de referencia del trabajo nocturno que, con carácter general, en lugar de ser de 8 horas cada 24 se corresponde con 15 días¹⁶⁹.

La Directiva, además, señala que los trabajadores nocturnos tienen derecho a una *evaluación de salud gratuita* antes de su incorporación y en el caso de sufrir problemas de salud asociados a ese desempeño a ser trasladados, cuando sea posible, a trabajo diurno para el que sean aptos.

g') Trabajo a turnos (Directiva 2003/88/CE artículo 12 y 13). Respecto del trabajo a turnos no se fijan *limitaciones temporales específicas* aunque obviamente, se han de respetar las anteriormente mencionadas, sin olvidar que simultáneamente pueden ser considerados trabajadores nocturnos en algunos casos, como sucede con el personal sanitario o los bomberos. La Directiva, básicamente, exige que el empresario implante un sistema de prevención adaptado a la naturaleza del trabajo, equivalente a los trabajadores ordinarios y disponible en todo momento.

¹⁶⁷ TJUE 15-9-11 asunto Williams C-155/10.

¹⁶⁸ Comisión Europea: «Comunicación interpretativa de la Directiva 2003/88/CE ...», *op. cit.*, p. 38.

¹⁶⁹ CASTRO ARGÜELLES, M. A.: «Ordenación del tiempo de trabajo (Directiva 2003/88/CE y otras complementarias», *op. cit.*, p. 365.

Finalmente, si un empresario prevé organizar el *trabajo con arreglo a cierto ritmo* en muchos casos por su trabajo a turnos, debe tener en cuenta el principio de *adecuación del trabajo a la persona* para atenuar el trabajo monótono y acompasado, que, por ejemplo, se produce en cadenas de montaje. En estos casos se deben tener muy en cuenta las pausas y descansos.

B) Intervención tangencial: otras Directivas

Existen muchas otras directivas que inciden sobre el tiempo de trabajo de forma tangencial y entre las que se pueden aludir a las siguientes:

a) Las ya mencionadas directivas de protección de colectivos vulnerables que inciden sobre el tiempo de trabajo como la de protección de menores¹⁷⁰ y la directiva *de prevención de riesgos de mujer durante el embarazo, el parto y la lactancia* (Directiva 92/85/CEE). Esta última directiva entre otras cuestiones¹⁷¹ prevé la adaptación del tiempo de trabajo en caso de riesgo y disposiciones concretas para el supuesto de desarrollo de trabajo nocturno.

b) La directiva sobre desplazamiento de trabajadores por cuenta ajena en el marco de una prestación de servicios transnacional que obliga a aplicar, conforme a la normativa heterónoma y convenios sectoriales del Estado destino, las condiciones sobre tiempo de trabajo, siempre que fueran más favorables que las condiciones aplicables al contrato de trabajo del desplazado¹⁷².

c) Algunas *directivas de trabajo atípico*: así sucede con las resultantes de la negociación entre los interlocutores sociales sobre contratos *de duración de-*

¹⁷⁰ Ver *supra* punto 3.A).c).

¹⁷¹ Ver sobre esta Directiva BALLESTER PASTOR, M. A.: «La protección de la maternidad» /en/ VVAA (CASAS BAAMONDE, M.^a E. y GIL ALBURQUERQUE, R. Dirs): Derecho Social de la UE... *op. cit.* , pp. 316 y ss.

¹⁷² Directiva 96/71/CE desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional en el Espacio Económico Europeo modificada por la Directiva (UE) 957/2018 ya incorporada por Real Decreto-ley 7/2021, de 27-4-2021 (BOE 28-4-21), convalidado por Resol 13-5-21 (BOE 19-5-21). No parece que existan peculiaridades sobre tiempo de trabajo en el marco de la Directiva 2020/1057 relativo al desplazamiento específico de conductores por cuenta ajena dedicados al transporte por carretera de mercancías y pasajeros, como queda patente en su reciente transposición a través del Real Decreto-ley 3/2022. Una visión completa sobre el desplazamiento en España, recientemente CARRASCOSA BERMEJO, D. y CONTRERAS HERNÁNDEZ, O.: Posted workers to and from Spain. <https://zenodo.org/record/6543222#.Yn0WMC8INB0> . Ver más ampliamente sobre el proyecto en que se enmarca esa investigación: Posting Stat <https://hiva.kuleuven.be/en/news/newsitems/posting-stat-enhancing-collection-and-analysis-national-data-on-intra-eu-posting> y toda la bibliografía que allí se cita.

terminada o temporales¹⁷³ o la relativa a los contratos *a tiempo parcial*¹⁷⁴, que pretendían evitar la discriminación de estos colectivos respecto de los trabajadores fijos o con contratos a tiempo completo respectivamente. Ambas son objeto de un tratamiento ad-hoc en esta monografía. Respecto del trabajo a tiempo parcial se pueden mencionar las dos derivadas asociadas al Derecho de la UE.

Por un lado, en la promoción de los mecanismos de reducción o suspensión del tiempo de trabajo a través de los *ERTE* en época de pandemia, para preservar el empleo, destaca el papel financiador fundamental jugado por el Instrumento Europeo de *Apoyo Temporal para Mitigar los Riesgos de Desempleo en una Emergencia* (SURE)¹⁷⁵.

Por otro lado, también conviene tener en mente que el trabajo a tiempo parcial puede considerarse una *adaptación posible del puesto de trabajo* a favor de las personas con discapacidad conforme a la interpretación que el Tribunal de Justicia ha realizado de la Directiva 200/78/CE sobre no discriminación en el ámbito del empleo y la ocupación¹⁷⁶.

d) Las directivas sobre conciliación de la vida laboral y personal principalmente la Directiva (UE) 2019/1158¹⁷⁷, cuyo plazo de transposición termina el 2-8-2022. Esta directiva, que escapa ya del corsé de la prevención de riesgos laborales, apuesta por la corresponsabilidad para evitar la perpetuación de ciertos roles de cuidados y, en definitiva, facilitar la no discriminación y la igualdad efectiva entre hombres y mujeres en el mercado de trabajo. Además, ya no se alude solo a la crianza de los hijos sino también al cuidado de personas mayores y dependientes. Aunque algunos derechos ya están incorporados o incluso superados positivamente por la legislación española (como el permiso de paternidad no transferible)

¹⁷³ Directiva 1999/70/CE. Directiva que en España ha tenido un impacto especial sobre el empleo público temporal. Desde esta perspectiva PEREZ REY, J.: «La contratación de duración determinada»/en/ VVAA (CASAS BAAMONDE, M.^a E. y GIL ALBURQUERQUE, R. Dirs.): *Derecho Social de la UE. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, 2.^a ed. Lefebvre, pp. 685-733, y la bibliografía que menciona.

¹⁷⁴ Directiva 97/81/CE. Ver sobre la controvertida aplicación del principio *pro rata temporis* a las vacaciones LOUSADA AROCHENA, J. F.: «El trabajo a tiempo parcial»/en/ VVAA (CASAS BAAMONDE, M.^a E. y GIL ALBURQUERQUE, R. Dirs.): *Derecho Social de la UE*. op.cit., pp. 747 s. y la bibliografía que menciona..

¹⁷⁵ Reglamento (UE) 2020/672 del Consejo, de 19 de mayo de 2020. La UE en tiempo récord, facilitó préstamos en condiciones muy ventajosas para financiar regímenes de jornada laboral reducida y medidas similares, en particular, para los trabajadores por cuenta propia. A diferencia de lo que sucedió en la crisis financiera de 2008, no se apostó por la austeridad y se emitieron los primeros bonos sociales en la historia de la UE para financiar estos préstamos.

¹⁷⁶ TJUE 11-4-13 asunto Ring y otros C-335/11 ECLI: EU: C:2013:222. La reducción del tiempo de trabajo puede ser un ajuste razonable empresarial, definido en el artículo 2 de esa directiva. En efecto, un trabajador con discapacidad puede no poder trabajar 8 horas pero sí quizás 4 y así, mantener su empleo.

¹⁷⁷ Directiva que sustituye a la Directiva 2010/18 sobre permisos parentales.

en su marco se recoge el permiso parental, o el de cuidadores, así como diversas fórmulas de trabajo flexible ¹⁷⁸.

e) Las directivas *sobre condiciones laborales transparentes y previsibles* en la Unión Europea (Directiva (UE) 2019/1152) cuyo plazo de transposición termina también este año, concretamente el 1-8-2022 ¹⁷⁹. Esta Directiva define elementos importantes como: el propio calendario de trabajo ¹⁸⁰, las horas y días de referencia en los que puede tener lugar el trabajo en casos de contratos a llamada o demanda ¹⁸¹ (teóricamente prohibidos en nuestro ordenamiento), o el denominado patrón de trabajo ¹⁸². Asimismo, obliga a informar sobre condiciones vinculadas al tiempo de trabajo ¹⁸³ como son: la fecha de comienzo de la relación laboral, la de finalización (cuando se trate de un contrato temporal), la duración y las condiciones del período de prueba; los días de vacaciones remuneradas a las que tenga derecho; y los plazos de preaviso, incluidos los de terminación del contrato. La Directiva distingue la información a facilitar considerando si el patrón de trabajo es previsible ¹⁸⁴ o imprevisible ¹⁸⁵. En este último supuesto, impone ciertas cautelas, principalmente, preavisos razonables. Su falta de observancia avalarían que el trabajador afectado rechazase el trabajo sin sufrir perjuicio alguno ¹⁸⁶. Finalmente, la Directiva acelera los tiempos en los que esa información se ha de facilitar ¹⁸⁷.

¹⁷⁸ Ver sobre la misma CASAS BAAMONDE, M. E.: «Soberanía sobre el tiempo de trabajo e igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 3, 2019. Sobre su transposición DE LA CORTE RODRÍGUEZ, M.: «La Directiva relativa a la conciliación de la vida familiar y profesional y su repercusión en la legislación española», *Revista Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 146, 2020. LÓPEZ ÁLVAREZ, M. J.: «La adaptación de la Directiva de conciliación de la vida familiar y profesional al ordenamiento español» Femeris. 2022 (en prensa).

¹⁷⁹ Fecha en la que se derogará la Directiva 91/533/CEE que la precedió en la regulación de la información por el empleador a sus trabajadores. Ver sobre esta Directiva.

¹⁸⁰ Que lógicamente determina las horas y los días en los que empieza y termina la realización del trabajo.

¹⁸¹ Directiva (UE) 2019/1152, artículo 11.

¹⁸² La forma de organización del tiempo de trabajo y su distribución con arreglo a un determinado patrón determinado por el empleador. Que recuerda al ritmo de trabajo mencionado en el artículo 13 de la Directiva 2003/88/CE.

¹⁸³ Directiva (UE) 2019/1152, artículo 4.

¹⁸⁴ Obligando a informar sobre la duración de la jornada laboral ordinaria, diaria o semanal o acuerdos sobre cambio de turno.

¹⁸⁵ Directiva (UE) 2019/1152, artículo 4.2 m.

¹⁸⁶ Directiva (UE) 2019/1152, artículo 10.2.

¹⁸⁷ Ver en detalle sobre esta directiva MIRANDA BOTO, J. M.: «Algo de ruido. ¿cuántas nueces? la nueva Directiva (UE) 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea y su impacto en el derecho español». *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, Nº 149, 2019, pp. 71-100.

4. CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS

El Derecho de la UE y la labor interpretativa del Tribunal de Justicia han jugado un papel fundamental en la delimitación del tiempo de trabajo y su uso racional, protegiendo la salud de los trabajadores. El tiempo de trabajo se trata de un Derecho identificador de la política social comunitaria que, como la mayoría de las medidas laborales tuitivas, es cierto que puede restar competitividad a las empresas en un mercado globalizado, al poner límites importantes a la organización empresarial. Motivo por el que, por ejemplo, el mantenimiento de los derechos derivados de la Directiva de tiempo de trabajo es uno más de los componentes del denominado «level playing field» (LPF) que ha de mantener Reino Unido conforme al Acuerdo de Comercio y Cooperación, suscrito en 2021 tras el período transitorio que siguió a su retirada de la UE, el Brexit. En efecto, Reino Unido ha de mantener ese nivel de protección uniforme, en este caso a favor de los trabajadores, aunque también hay estándares en otros ámbitos como el medioambiental, para no distorsionar el mercado. Curiosamente, ni siquiera ya fuera de la UE, Reino Unido puede mejorar su competitividad eliminando los límites de la Directiva sobre tiempo de trabajo que nunca deseó. Debe respetar las reglas de juego el LPF acordado para conservar las ventajosas condiciones comerciales negociadas¹⁸⁸.

La Comisión sigue trabajando en este campo, precisamente en este año 2022 está previsto que presente *un nuevo informe sobre la aplicación de la Directiva* relativa a la ordenación del tiempo de trabajo cuya modificación, de momento, ha resultado imposible.

Como se ha mostrado en este capítulo, la intervención del legislador comunitario en este ámbito se ha realizado principalmente a través de Directivas. Las más importantes se mantienen en el marco de la protección de la seguridad y salud de los trabajadores; pero otras, también apuestan por mejorar la conciliación de la vida laboral y profesional o incluso por favorecer la información de los trabajadores respecto de sus condiciones temporales.

Actualmente impulsadas por el acelerador social que ha supuesto el Pilar Europeo de Derechos Sociales¹⁸⁹, se prevén *intervenciones inminentes* en campos rele-

¹⁸⁸ Ver sobre los Acuerdos de retirada y de comercio y cooperación y su incidencia en materia de movilidad y coordinación de Seguridad Social CARRASCOSA BERMEJO, D. «Key Ideas on Mobility and Social Security after Brexit». ERA Forum, 2021/22 (3). pp. 387-406. ISSN 1612-3093. <https://eprints.ucm.es/id/eprint/69528/>

¹⁸⁹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones sobre el Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales.

COM/2021/102 final. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM%3A2021%3A102%3AFIN&qid=1614928358298#footnote37>

vantes como el derecho a la *desconexión* de herramientas digitales¹⁹⁰, o la protección de los derechos laborales (incluido el tiempo de trabajo) de trabajadores vulnerables como son muchos de los que prestan servicios en *plataformas digitales*¹⁹¹.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO GARCÍA, R.: «La interpretación del Derecho de los Estados conforme al Derecho Comunitario: las exigencias y los límites de un nuevo criterio hermenéutico», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 8/2008.
- ALZAGA RUIZ, I.: «La eficacia de las directivas comunitarias en el ámbito laboral», Civitas, Madrid, 2009.
- BALLESTER PASTOR, M. A.: «La protección de la maternidad» /en/ VVAA (CASAS BAAMONDE, M.^a E. y GIL ALBURQUERQUE, R. Dirs.): *Derecho Social de la UE. Aplicación por el Tribunal de Justicia*. 2.^a ed. Lefebvre, pP. 309-327
- BASTERRA HERNÁNDEZ, M.: *Tiempo de trabajo y tiempo de descanso*. Tesis doctoral. Universidad de Valencia. 2016. https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/77388/1/tesis_miguel_basterra_hernandez.pdf
- *Tiempo de trabajo y tiempo de descanso*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2017, p. 298.
- CABEZA PEREIRO, J.: «Algunas reflexiones sobre el asunto TYCO sobre el concepto de tiempo de trabajo», *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 1/2016.
- «Las fuentes reguladoras de la jornada de trabajo» /en/ VVAA (APARICIO TOVAR, J. y LÓPEZ GANDIA, J. Coord.): Bomarzo, 2007, pP. 13-32.
- CABRITA, J. y WEBER, T.: Eurofound (2021): Working time in 2019–2020, Publications Office of the European Union, Luxembourg. https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef21038en.pdf
- CABRITA, J.; CERF, C. y FODEN, D.: Eurofound (2022), Overtime in Europe: Regulation and practice, Publications Office of the European Union, Luxembourg. https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef21025en.pdf
- CAIROS BARRETO, D. M.^a: «Condiciones de empleo y trabajo» /en/ VVAA *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*. Tirant Lo Blanch, 2012, Valencia, pp. 333-364.

¹⁹⁰ Como ya se señaló, existen recomendaciones para elaborar una Directiva sobre el derecho a la desconexión digital Resolución del Parlamento Europeo, de 21-1-2021, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0021_ES.pdf https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0021_ES.html - title1

¹⁹¹ Ver más sobre esta propuesta de directiva presentada el 9.12.2021. COM(2021) 762 final 2021/0414 (COD)file:///C:/Users/mdcarrasosa/Downloads/COM_2021_762_1_EN_ACT.pdf.

- CARRASCOSA BERMEJO, D.: «Desplazamiento en la UE y dumping social en el mercado único: estado de la cuestión y perspectivas», *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, n.º 142, pp. 37 a 70.
- «Derecho al Registro horario adecuado y teletrabajo» /en/ VVAA (ALZAGA RUIZ, I.; SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y HIERRO HIERRO, J. (DIR): *El trabajo a distancia: una perspectiva global*. Aranzadi, 2021, pp. 463-533.
- «Key Ideas on Mobility and Social Security after Brexit». ERA Forum, 2021/22 (3). pp. 387-406. ISSN 1612-3093. <https://eprints.ucm.es/id/eprint/69528/>
- CARRASCOSA BERMEJO, D. y CONTRERAS HERNÁNDEZ, O.: Posted workers to and from Spain. Posting Stat <https://hiva.kuleuven.be/en/news/newsitems/posting-stat-enhancing-collection-and-analysis-national-data-on-intra-eu-posting>.
- CASAS BAAMONDE, M.^a E.: «Soberanía sobre el tiempo de trabajo e igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 3, 2019.
- CASTRO ARGÜELLES, M. A.: «El trabajo de jóvenes y menores» /en/ VVAA GARCÍA MURCIA, J. (Dir.): *La transposición del Derecho Social comunitario al ordenamiento español*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid, 2005, pp. 348 a 356.
- «Ordenación del tiempo de trabajo (Directiva 2003/88/CE y otras complementarias» /en/ VVAA GARCÍA MURCIA, J. (Dir.): *La transposición del Derecho Social comunitario al ordenamiento español*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid 2005. p. 356 a 394.
- Comisión Europea: «Comunicación interpretativa de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo» 24-5-2017 2017/C 165/01 <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/03/informe-sobre-la-ordenacion-del-tiempo-de-trabajo-en-europa.pdf>
- DE LA CORTE RODRÍGUEZ, M.: «La Directiva relativa a la conciliación de la vida familiar y profesional y su repercusión en la legislación española», *Revista Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 146, 2020.
- ELLIS, E.: «Case C-84/94 United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v Council [1996] n 34/1997 Common Market Law Review. P. 1049.
- EUROFOUND AND EUROPEAN COMMISSION JOINT RESEARCH CENTRE (2021): What just happened? COVID-19 lockdowns and change in the labour market, Publications Office of the European Union, Luxembourg. https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef21040en.pdf
- GALLEGO MONTALBAN, J.: «¿Deben considerarse las guardias domiciliarias o de localización tiempo de trabajo?», *Revista de Derecho Social*, n.º 82/2018, pp. 133-141.
- GARCIA ROMERO, B.: «Tiempo de trabajo y tiempo de descanso: calificación de las pausas dentro de la jornada diaria en las que el trabajador debe permanecer preparado para intervenir en caso de necesidad en un lapso de tiempo de dos minu-

- tos», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n.º 9/2021, https://doi.org/10.55104/RJL_00281
- GARCIA NINET, I.: «Ordenación del tiempo de trabajo» /en/ VVAA *Comentarios a las Leyes Laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores*. EDERSA. 1994
- GIL PLANA, J.: «El tiempo de trabajo en el trabajo a distancia» /en/ VVAA PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y THIBAUT ARANDA, X. (Dirs.): *El trabajo a distancia*. Wolters Kluwer. 2021
- GOÑI CALVO, R.: «El tiempo de trabajo máximo en la UE y su flexibilización a través de la cláusula opt-out desde la perspectiva de los Derechos Fundamentales», Tesis doctoral presentada en julio 2020.
- IGLESIA AZA, L.: «Algunas consideraciones sobre el impacto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la configuración del Régimen Jurídico del personal sanitario en España» /en/ VVAA (MIRANDA BOTO, J. M.^a), *El Derecho del Trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones*. Cinca. Madrid, 2018.
- IGLESIA AZA, L.: «Algunas consideraciones sobre el impacto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la configuración del Régimen Jurídico del personal sanitario en España» /en/ VVAA (MIRANDA BOTO, J. M.^a) *El Derecho del Trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones*. Cinca. Madrid, 2018, pp. 481 ss.
- LÓPEZ ÁLVAREZ, M.^a J.: «La ordenación comunitaria del tiempo de trabajo. Puntos críticos» /en/ VVAA MIRANDA BOTO, J. M.: *El Derecho del Trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones*. Cinca. Madrid. 2018.
- LÓPEZ ÁLVAREZ, M. J.: «La ordenación comunitaria del tiempo de trabajo. Puntos críticos» /en/ VVAA Miranda Boto, J. M.^a *El Derecho del Trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones*. Cinca. Madrid. 2018, p. 363.
- *Jornada Laboral. Control horario, desconexión, flexibilidad y conciliación*. Lefebvre. Col. Claves Prácticas. Madrid. 2019.
- «La adaptación de la Directiva de conciliación de la vida familiar y profesional al ordenamiento español» Femeris. Universidad Carlos III. 2022 (en prensa).
- LOUSADA AROCHENA, J. F.: «El trabajo a tiempo parcial» /en/ VVAA (CASAS BAA-MONDE, M.^a E. y GIL ALBURQUERQUE, R. Dirs.): *Derecho Social de la UE. Aplicación por el Tribunal de Justicia*. 2.^a ed. Lefebvre, pp. 735-755.
- «Guardias localizadas: a veces tiempo de trabajo, a veces períodos de descanso», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n.º 1/2022. https://doi.org/10.55104/RJL_00301
- MALDONADO MONTOYA, J. P.: «Ordenación y desordenación del tiempo de trabajo en el trabajo a distancia» /en/ VVAA (ALZAGA RUIZ, I.; SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y HIERRO HIERRO, J. (DIR): *El trabajo a distancia: una perspectiva global*. Aranzadi. 2021, p. 425.

- MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: «El desplazamiento de trabajadores sin centros de trabajo habituales: tiempo de trabajo, pero ¿al mismo precio?» CEF. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n.º 394/2016.
- MARTÍN GODINO, R.: *Jornada de Trabajo*. Lefebvre. Col. Claves Prácticas. Madrid. 2020.
- *Jornada de Trabajo*. Lefebvre. Col. Claves Prácticas. Madrid. 2020, p. 125.
- MARTÍN RODRÍGUEZ, O.: «Las directrices de la Unión Europea sobre tiempo de trabajo, su interpretación por el Tribunal de Justicia y sus repercusiones en el sistema español», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 194/2017.
- MARTÍNEZ MOYA, J.: «El Derecho nacional "vence" competencialmente al Derecho de la Unión Europea: vacaciones retribuidas superiores a cuatro semanas y negativa a su aplazamiento, pese a concurrir baja médica», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n.º 1/2020. BOE. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2020-00000000768.
- «Complemento por horas extraordinarias en vacaciones: computan las horas que pudieron haberse trabajado durante su disfrute» *Revista de Jurisprudencia laboral*, n.º 2/2022. DOI: https://doi.org/10.55104/RJL_00312
- MIRANDA BOTO, J. M.: *Las competencias de la Comunidad Europea en materia Social*, p. Aranzadi. 2009, p. 448.
- «Algo de ruido. ¿cuántas nueces? la nueva Directiva (UE) 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea y su impacto en el derecho español». *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 149, 2019, pp. 71-100.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J. A.: «La propuesta de directiva sobre condiciones laborales transparentes y previsibles como desarrollo "normativo" del pilar europeo de los derechos sociales», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 211/2018.
- NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: «La eficacia de las directivas y la responsabilidad del Estado por su incumplimiento» /en/ VVAA (CASAS BAAMONDE, M.ª E. y GIL ALBURQUERQUE, R. Dirs): *Derecho Social de la UE. Aplicación por el Tribunal de Justicia*. 2.ª ed, Lefebvre, pp. 97-130.
- «La STJUE de 14 de mayo de 2019, CCOO/Deutsche Bank (C-55/18), relativa a la obligación de llevar un registro de la jornada diaria de trabajo y la aplicación horizontal de obligaciones instrumentales». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 64/2019, pp. 929-961
- «El descanso diario mínimo de 11 horas en cada periodo de 24 horas al que obliga el Derecho de la UE es por trabajador y no por contrato de trabajo cuando se celebran varios contratos con el mismo empresario: ¿conclusión extrapolable si los contratos se celebran con empresarios distintos o se trabaja simultáneamente como autónomo?» *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n.º 4/2021, https://doi.org/10.55104/RJL_00232

- Parlamento Europeo: Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de julio de 2017, sobre las condiciones laborales y el empleo precario (2016/2221(INI)) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52017IP0290>
- PEREZ REY, J.: «La contratación de duración determinada» /en/ VVAA (CASAS BAAMONDE, M.^a E. y GIL ALBURQUERQUE, R. Dirs.): *Derecho Social de la UE. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, 2.^a ed., Lefebvre, pp. 685-733, y la bibliografía que menciona.
- Redaccion Social: *Memento Tiempo de Trabajo*. Lefebvre. 2020.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E.: «La trascendencia de la disponibilidad horaria del trabajador en el contexto de las plataformas digitales», *Temas Laborales*, 146/2019.
- RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B. «La ordenación del tiempo de trabajo: el caso del SIMAP». *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, n.º 102/2013, pp 145-164.
- «La regulación de los tiempos de disponibilidad (presencia y localización) del trabajador en el derecho comunitario y en el derecho interno». *Justicia Laboral: Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 41, 2010, pp. 51-79.
- RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M.: «El efecto directo del derecho a vacaciones de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE», en *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 1/2019
- «La carta de derechos fundamentales de la UE, ámbito de aplicación y eficacia» /en/ VVAA (CASAS BAAMONDE, M.^a E. y GIL ALBURQUERQUE, R. Dirs.): *Derecho Social de la UE. Aplicación por el Tribunal de Justicia*. 2.^a ed. Lefebvre, pp. 53-75
- SALCEDO BELTRAN, M.^a C.: «La Europa social armonizada: ¿realidad o quimera?» /en/ VVAA (Dir MIRANDA BOTO, J. M.^a), pp. 135-164.
- SARMIENTO, D.: *El Derecho de la Unión Europea*. Marcial Pons. Madrid, 2016, p. 441.
- SEGOVIANO ASTABURUAGA, M.^a L.: «Capítulo 33. Jornadas, descanso, trabajo efectivo» /en/ VVAA CASAS BAAMONDE, M.^a E. y GIL ALBURQUERQUE, R.: *Derecho Social de la UE. Aplicación por el Tribunal de Justicia*. 2.^a ed. Lefebvre, pp. 955 s.
- VARGAS LLAVE, O., WEBER, T.: Eurofound (2020): Regulations to address work-life balance in digital flexible working arrangements, New forms of employment series. Publications Office of the European Union, Luxembourg. <https://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2020/regulations-to-address-work-life-balance-in-digital-flexible-working-arrangements>

CAPÍTULO IV

**LA ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO
DESDE LA PERSPECTIVA DE LA OIT ***

DJAMIL TONY KAHALE CARRILLO
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Politécnica de Cartagena (UPCT)

1. INTRODUCCIÓN

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) es la agencia de las Naciones Unidas para el mundo del trabajo. Establece las normas internacionales del trabajo, promueve los derechos en el trabajo, y favorece la creación de oportunidades de empleo decente, la mejora de la protección social y el fortalecimiento del diálogo sobre las cuestiones relacionadas con el trabajo ¹.

* Esta obra queda enmarcada como resultado de la estancia de investigación realizada por el autor en el Centro Internacional de Formación de la Organización Internacional del Trabajo (CIF-OIT) Turín, Italia (2021); asimismo, queda enmarcada en el Proyecto financiado por la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia a través de la convocatoria de Ayudas a proyectos para el desarrollo de investigación científica y técnica por grupos competitivos, incluida en el Programa Regional de Fomento de la Investigación Científica y Técnica (Plan de Actuación 2019) de la Fundación Séneca-Agencia de Ciencia y Tecnología de la Región de Murcia: 20976/PI/18: El impacto de la Industria 4.0 en el trabajo: Una visión interdisciplinar.

¹ Vid. SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Sobre la OIT y su acción normativa», *Aranzadi Social*, núm. 15, 2002; y, PALOMEQUE LÓPEZ, M.: «La contribución de la OIT a la construcción normativa del Derecho del Trabajo», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 147, 2020, pp. 27 y ss.

Antes de continuar con el estudio hay que remontar el origen de la OIT². Fue creada en 1919³, como parte del Tratado de Versalles que terminó con la Primera Guerra Mundial⁴, en el que refleja la convicción de que «la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social». La OIT ha realizado grandes aportes al mundo del trabajo desde su nacimiento. La primera Conferencia Internacional del Trabajo adoptó seis Convenios Internacionales del Trabajo, que se refieren a las horas de trabajo en la industria, desempleo, protección de la maternidad, trabajo nocturno de las mujeres⁵, edad mínima y trabajo nocturno de los menores en la industria⁶.

La Parte XIII del Tratado de Versalles, reconoce específicamente que la reglamentación de las horas de trabajo, incluido el establecimiento de una jornada y una semana de trabajo máximas⁷, constituye una de las medidas de mayor urgencia para mejorar las condiciones de trabajo prevalecientes en el momento. Bajo este contexto, la Conferencia Internacional del Trabajo preparó la primera norma internacional del trabajo adoptada en el mundo, el Convenio sobre las horas de trabajo (industria), 1919 (núm. 1)⁸. Las actividades de establecimiento de normas en el ámbito del tiempo de trabajo prosiguieron ulteriormente, con la adopción de instrumentos que abarcan ramas específicas de actividad económica o aspectos particulares del tema, como el descanso semanal y las vacaciones anuales pagadas⁹.

² Vid. Historia de la OIT, en <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang--es/index.htm#:~:text=La%20OIT%20fue%20creada%20en,una%20paz%20universal%20y%20permanente>.

³ La Constitución de la OIT, en aquel año, determina que «Considerando que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales; y considerando que es urgente mejorar dichas condiciones, por ejemplo, en lo concerniente a reglamentación de las horas de trabajo, fijación de la duración máxima de la jornada y de la semana de trabajo (...)».

⁴ El Tratado de Versalles es un documento extenso (440 artículos con numerosos anexos) y una estructura compleja. La Parte I contiene el Pacto de la Sociedad de Naciones (arts. 1 a 26 y Anexo). A continuación, siguen disposiciones con relación a las nuevas fronteras de Alemania, cláusulas militares, navales y aéreas, disposiciones sobre prisioneros de guerra, reparaciones y cláusulas financieras. También hay disposiciones sobre navegación aérea, puertos, vías marítimas y vías férreas. La Parte XII está dedicada al nuevo marco de las relaciones laborales con la creación de la Conferencia Internacional del Trabajo y la Oficina Internacional del Trabajo (arts. 387-389). Finalmente, concluye con provisiones sobre procedimientos y garantías. CASANOVAS y LA ROSA, O.: «En el centenario del Tratado de Versalles», *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 71, núm. 1, 2019, p. 18.

⁵ Vid. RAMOS QUINTANA, M.: «Las mujeres y el futuro del trabajo en el centenario de la OIT», *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. extra 1, 2019, pp. 111-138.

⁶ Celebrada en Washington en octubre de 1919. Vid. RUANO ALBERTOS, S., *El trabajo de los menores de edad a la luz de la Legislación Internacional y Comunitaria*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001.

⁷ Vid. ACKERMAN, M.: «La jornada de trabajo en las normas de la OIT», *Revista Latinoamericana de Derecho*, núm. 6, 2006.

⁸ El Convenio núm. 1, que entró en vigor el 13 de junio de 1921 y, hasta la fecha, ha sido ratificado por 47 Estados Miembros, se aplica a empresas industriales públicas o privadas.

⁹ Vid. GARCÍA NINET, J.: «La protección del tiempo de trabajo en la historia de la OIT», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 147, 2020, pp. 217-247.

En este sentido, los instrumentos más destacados sobre los que hacen referencia el tiempo de trabajo son nueve convenios¹⁰, un protocolo y seis recomendaciones¹¹:

- a) Convenio sobre las horas de trabajo (industria), 1919 (núm. 1).
- b) Convenio sobre el descanso semanal (industria), 1921 (núm. 14).
- c) Convenio sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas), 1930 (núm. 30).
- d) Convenio sobre las cuarenta horas, 1935 (núm. 47).
- e) Convenio (revisado) sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1948 (núm. 89).
- f) Protocolo de 1990 relativo al Convenio (revisado) sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1948.
- g) Convenio sobre el descanso semanal (comercio y oficinas), 1957 (núm. 106).
- h) Convenio sobre las vacaciones pagadas (revisado), 1970 (núm. 132).
- i) Convenio sobre el trabajo nocturno, 1990 (núm. 171).
- j) Convenio sobre el trabajo a tiempo parcial, 1994 (núm. 175).
- k) Recomendación sobre el trabajo nocturno de las mujeres (agricultura), 1921 (núm. 13).
- l) Recomendación sobre las vacaciones pagadas, 1954 (núm. 98).
- m) Recomendación sobre el descanso semanal (comercio y oficinas), 1957 (núm. 103).
- n) Recomendación sobre la reducción de la duración del trabajo, 1962 (núm. 116).
- o) Recomendación sobre el trabajo nocturno, 1990 (núm. 178).
- p) Recomendación sobre el trabajo a tiempo parcial, 1994 (núm. 182).

El tiempo de trabajo, el descanso y la organización de las horas de trabajo y los períodos de descanso, conocido como la ordenación del tiempo de trabajo, son aspectos fundamentales de las relaciones laborales¹². La cantidad de horas trabajadas, la duración y número de períodos de descanso y la forma en que se

¹⁰ Vid. SALIDO BANÚS, J. y BARCELÓ FERNÁNDEZ, J.: «El tiempo de trabajo: los compromisos asumidos por España por la ratificación de diferentes convenios de la OIT y su cumplimiento por la ley y los convenios colectivos estatutarios», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Derecho Social Internacional y Comunitario*, núm. 117, 2015, pp. 213-237.

¹¹ Existen otros convenios que también hacen alusión al tiempo del trabajo, tales como el Convenio sobre duración del trabajo y períodos de descanso (transportes por carretera), 1979 (núm. 153) y la Recomendación sobre duración del trabajo y períodos de descanso (transportes por carretera), 1979 (núm. 161).

¹² Para un estudio del binomio OIT y España con relación al tiempo de trabajo, Cfr. BASTERRA HERNÁNDEZ, M.: «El tiempo de trabajo en los instrumentos de la OIT: una perspectiva desde el ordenamiento español», *Documentación Laboral*, núm. 116, Vol. 1, 2019, pp. 71-83.

distribuyen durante el día, la semana y el mes tienen significativos efectos tanto para las personas trabajadoras como para las personas empresarias.

Precisamente, el objetivo de este estudio es examinar la ordenación del tiempo del trabajo a través desde la perspectiva de la OIT, para ello se tendrá como referencia, entre otros, el Informe para el debate de la Reunión tripartita de expertos sobre la ordenación del tiempo de trabajo: El tiempo de trabajo en el siglo XXI, de la OIT¹³. El estudio se emprende con el análisis de los convenios más destacables, conjuntamente con las recomendaciones de aquel órgano internacional, especialmente en los siguientes ámbitos: a) Horas de trabajo, b) Descanso semanal, c) Vacaciones anuales pagadas, d) Trabajo nocturno, e) Trabajo a tiempo parcial. Seguidamente, se hace un análisis de la ordenación del tiempo de trabajo; para sí adentrarse al término de la «soberanía del tiempo del trabajo» y, finalizar, con el tiempo de trabajo decente.

2. HORAS DE TRABAJO

Los Convenios que regulan las horas de trabajo son, por una parte, el Convenio sobre las horas de trabajo (industria), 1919 (núm. 1)¹⁴. Por otra, el Convenio sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas), 1930 (núm. 30)¹⁵. El Convenio núm. 1 no contiene una definición de «horas de trabajo»; sin embargo, el Convenio núm. 30 sí lo define como «el tiempo durante el cual el personal esté a disposición del empleador; estarán excluidos los descansos durante los cuales el personal no se halle a la disposición del empleador».

Ambos instrumentos limitan generalmente las horas de trabajo a 8 por día y 48 por semana. El número máximo de horas de trabajo semanales puede distribuirse de manera no uniforme, siempre y cuando el día de trabajo no exceda de 9 horas, con arreglo al Convenio núm. 1, o de 10 horas, en aplicación del Convenio núm. 30.

Aquellos convenios hacen posible promediar las horas de trabajo durante un período superior a una semana únicamente en circunstancias excepcionales, cuando se reconozca la imposibilidad de aplicar los límites normales de 8 horas diarias y 48 semanales. En la industria, este ordenamiento del tiempo de trabajo exige la concertación de un convenio colectivo al que impriman fuerza

¹³ Programa sobre las Condiciones de Trabajo y Empleo TMEWTA/2011, Ginebra de 17-21 de octubre de 2011.

¹⁴ Entrada en vigor el 13 de junio de 1921.

¹⁵ Entrada en vigor el 29 de agosto de 1933.

de disposición reguladora las autoridades nacionales. En el comercio y las oficinas, la correspondiente reglamentación deberá adoptarse tras consulta con las organizaciones de las empresas y personas trabajadoras interesadas. En cualquier caso, el promedio de horas de trabajo no podrá sobrepasar las 48 horas por semana. Asimismo, no contienen disposiciones explícitas sobre los períodos de trabajo «por llamada» o «en período de disponibilidad laboral inmediata a petición».

El estudio de la OIT denominado «Garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro», que deviene de la Conferencia Internacional del Trabajo, 107.^a reunión, 2018, indica que los convenios analizados establecen un doble límite, diario y semanal, y que este límite es, por tanto, acumulativo; y no alternativo¹⁶.

Hay que llamar la atención que el Convenio núm. 1 contiene una definición de empresas industriales y el Convenio núm. 30 señala que su contenido se aplica a establecimientos públicos o privados. Por lo que aquel organismo internacional, pasado 11 años desde la publicación del Convenio núm. 1, toma en cuenta al sector público, con ciertas salvedades; por ejemplo, entre otros, excluye a las personas trabajadoras agrícolas y domésticas. Para una mejor comprensión en la siguiente tabla se pueden divisar las diferencias a las que se ha hecho alusión; especialmente las señaladas en el artículo 1 de ambos instrumentos.

Convenio núm. 1	Convenio núm. 30
<p style="text-align: center;">Artículo 1</p> <p>1. A los efectos del presente Convenio, se consideran empresas industriales, principalmente:</p> <p>(a) las minas, canteras e industrias extractivas de cualquier clase;</p> <p>(b) las industrias en las cuales se manufacturen, modifiquen, limpien, reparen, adornen, terminen o preparen productos para la venta, o en las cuales las materias sufran una transformación,</p>	<p style="text-align: center;">Artículo 1</p> <p>1. El presente Convenio se aplica al personal de los establecimientos públicos o privados siguientes:</p> <p>(a) establecimientos comerciales, oficinas de correos, telégrafos y teléfonos, servicios comerciales de todos los demás establecimientos;</p> <p>(b) establecimientos y administraciones cuyo personal efectúe esencialmente trabajos de oficina.</p>

¹⁶ Oficina Internacional del Trabajo: *Garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro*, Conferencia Internacional del Trabajo, 107.^a reunión, OIT, Ginebra, 2018, p. 67.

Convenio núm. 1	Convenio núm. 30
<p>comprendidas la construcción de buques, las industrias de demolición y la producción, transformación y transmisión de electricidad o de cualquier clase de fuerza motriz;</p> <p>(c) la construcción, reconstrucción, conservación, reparación, modificación o demolición de edificios y construcciones de todas clases, los ferrocarriles, tranvías, puertos, muelles, canales, instalaciones para la navegación interior, caminos, túneles, puentes, viaductos, cloacas colectoras, cloacas ordinarias, pozos, instalaciones telegráficas o telefónicas, instalaciones eléctricas, fábricas de gas, distribución de agua u otros trabajos de construcción, así como las obras de preparación y cimentación que preceden a los trabajos antes mencionados;</p> <p>(d) el transporte de personas o mercancías por carretera, ferrocarril o vía de agua, marítima o interior, comprendida la manipulación de mercancías en los muelles, embarcaderos y almacenes, con excepción del transporte a mano.</p>	<p>(c) establecimientos que revistan un carácter a la vez comercial e industrial, excepto cuando sean considerados como establecimientos industriales. La autoridad competente determinará, en cada país, la línea de demarcación entre los establecimientos comerciales y aquellos en que se desempeñen esencialmente trabajos de oficina, por una parte, y los establecimientos industriales y agrícolas, por otra.</p> <p>2. El Convenio no se aplica al personal de los establecimientos siguientes:</p> <p>(a) establecimientos dedicados al tratamiento u hospitalización de enfermos, lisiados, indigentes o alienados;</p> <p>(b) hoteles, restaurantes, pensiones, círculos, cafés y otros establecimientos análogos;</p> <p>(c) teatros y otros lugares públicos de diversión. Sin embargo, el Convenio se aplicará al personal de las dependencias de los establecimientos enumerados en los apartados a), b) y c) de este párrafo cuando esas dependencias, si fueran autónomas, estuvieran comprendidas entre los establecimientos a los que se aplica el Convenio.</p> <p>3. La autoridad competente de cada país podrá exceptuar de la aplicación del Convenio a:</p> <p>(a) los establecimientos en que estén empleados solamente miembros de la familia del empleador;</p>

Convenio núm. 1	Convenio núm. 30
	(b) las oficinas públicas en las que el personal empleado actúe como órgano del poder público; (c) las personas que desempeñen un cargo de dirección o de confianza; (d) los viajantes y representantes, siempre que realicen su trabajo fuera del establecimiento.

3. DESCANSO SEMANAL

Los Convenios núms. 1 y 30 no establecen de manera explícita un período mínimo de descanso diario. Empero, al limitar el número de horas de trabajo diarias ambos Convenios reconocen implícitamente un período mínimo de descanso diario. Por tanto, para determinar el «descanso semanal» se debe estudiar los convenios de ámbitos de aplicación de los convenios anteriormente comentados; específicamente, el Convenio sobre el descanso semanal (industria), 1921 (núm. 14)¹⁷ y el Convenio sobre el descanso semanal (comercio y oficinas), 1957 (núm. 106)¹⁸. Estos Convenios especifican que las personas trabajadoras deberán tener derecho a un período de descanso semanal ininterrumpido de 24 horas como mínimo en el curso de cada período de 7 días. Empero, la Recomendación sobre el descanso semanal (comercio y oficinas), 1957 (núm. 103) propone que se extienda el descanso semanal a 36 horas, de ser posible, de manera ininterrumpida.

El Convenio núm. 14 contiene un cierto grado de flexibilidad al autorizar la aplicación de excepciones totales o parciales al descanso semanal normal. Sin embargo, el Convenio núm. 106 señala ciertas excepciones, pero en condiciones mucho más estrictas. El Convenio autoriza excepciones, tales como en caso de accidente, fuerza mayor o trabajos urgentes en los locales y los equipos. De igual manera, ante una presión anormal de trabajo y para impedir la pérdida de materias perecedoras. Además, deja claro que siempre que se apliquen exenciones temporales se concederá un descanso compensatorio, como mínimo, de 24 horas.

¹⁷ Entrada en vigor el 19 de junio de 1923.

¹⁸ Entrada en vigor el 4 de marzo de 1959.

Por consiguiente, se destaca -como principio general- en el descanso semanal las siguientes cuestiones:

- a) Duración: al menos 24 horas.
- b) Periodicidad: cada período 7 días.
- c) Continuidad: horas consecutivas.

Con relación al cálculo del descanso semanal, aquellos convenios no lo especifican. Por ello, hay que acudir a la Recomendación núm. 103 que señala que el descanso semanal debe calcularse, siempre que sea posible, de manera que comprenda el período que transcurre de medianoche a medianoche, sin incluir otros períodos de descanso que le precedan o le sigan inmediatamente.

4. VACACIONES ANUALES PAGADAS

El Convenio sobre las vacaciones pagadas (revisado), 1970 (núm. 132)¹⁹, revisa el Convenio sobre las vacaciones pagadas, 1936 (núm. 52) y el Convenio sobre las vacaciones pagadas (agricultura), 1952 (núm. 101)²⁰. El primero, se aplica a las personas trabajadoras de la industria, del comercio y de las oficinas, y fija en 6 días laborables la duración mínima de las vacaciones anuales después de un año de servicios continuos. El segundo, señala que sea la legislación nacional la que determine la duración de las vacaciones pagadas.

El Convenio núm. 32 establece el derecho de toda persona trabajadora a disfrutar, por año de servicio, de vacaciones anuales pagadas por una duración de al menos 3 semanas de trabajo. Instrumento que se aplica a todas las personas trabajadoras, con excepción a las personas trabajadoras del mar. Bajo este contexto, se resalta que la Recomendación núm. 98 excluye a las personas trabajadoras del mar, agrícolas y a las empleadas en las empresas y establecimientos en los que solo estén trabajando los miembros de la familia de las personas empleadoras.

Con el fin de garantizar que las personas trabajadoras gocen de un descanso adecuado, prohíbe los acuerdos que aquellas personas renuncien a su derecho a las vacaciones anuales pagadas a cambio de una compensación, ya sea en efectivo financiera o de cualquier otro modo. Por consiguiente, aquellos

¹⁹ Entrada en vigor el 30 de junio de 1973.

²⁰ Vid. CAMPS RUIZ, L.: «Los convenios de la OIT sobre vacaciones y sobre descanso semanal», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Derecho Social Internacional y Comunitario*, núm. 112, 214, pp. 17-34.

acuerdos se declararán nulos y sin efecto, salvo que se prohíban de conformidad con la legislación nacional.

El instrumento autoriza el fraccionamiento de las vacaciones anuales pagadas, pero una de aquellas deberá consistir, como mínimo, en dos semanas laborables ininterrumpidas. La parte ininterrumpida se concederá y disfrutará en el plazo máximo de un año, a partir del final del año en que se haya originado aquel derecho; y el resto de las vacaciones, a más tardar dentro de los 18 meses, contados a partir de dicha fecha. Finalmente, la persona trabajadora tendrá derecho, al terminarse la relación de trabajo, a vacaciones pagadas de manera proporcional a la duración del servicio, a una indemnización compensatoria o a un crédito de vacaciones equivalente.

5. TRABAJO NOCTURNO

El instrumento fundamental de este epígrafe es el Convenio sobre el trabajo nocturno, 1990 (núm. 171)²¹, que regula el trabajo nocturno de todas las personas trabajadoras, con independencia del sexo, en todas las industrias y profesiones. Aquel Convenio y la Recomendación núm. 178 definen, por una parte, el «trabajo nocturno» como todo trabajo que se realice en un periodo mínimo de 7 horas consecutivas, que comprenda el intervalo entre medianoche y las 5 de la mañana²².

Por otra, definen «trabajador nocturno» como aquella persona trabajadora asalariada cuyo trabajo requiere la realización de horas de trabajo nocturno en un número sustancial, superior a un límite determinado. Ambos instrumentos señalan que todo lo indicado debe ser fijado por la autoridad competente previa consulta con las organizaciones más representativas de las personas empleadoras o de personas trabajadoras, o por medio de convenios colectivos.

Hay que destacar que la duración mínima del período nocturno establecido en el Convenio núm. 171 es inferior a la señalada en convenios anteriores de la OIT, en los que se especifica, por ejemplo, 11 horas consecutivas (Convenios núms. 4, 41 y 89). Por ello, el Convenio establece que se prestará servicios sociales apropiados para las personas trabajadoras nocturnas y, cuando se precise, para aquellas personas trabajadoras que realicen un trabajo nocturno.

²¹ Entrada en vigor el 4 de enero de 1995.

²² Vid. PEREA MONTES, T.: «Trabajo nocturno en los convenios de la OIT», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Derecho Social Internacional y Comunitario*, núm. 112, 2014, pp. 273-287.

6. TRABAJO A TIEMPO PARCIAL

La definición del «trabajador a tiempo parcial» se localiza en el Convenio sobre el trabajo a tiempo parcial, 1994 (núm. 175)²³, como aquella persona empleada cuya actividad laboral tiene una duración normal inferior a la de las personas trabajadoras a tiempo completo en situación comparable.

El Convenio establece que se deben adoptar medidas para garantizar que las personas trabajadoras a tiempo parcial gocen de condiciones equivalentes a las de las personas trabajadoras a tiempo completo, especialmente en la protección de la maternidad, terminación de la relación de trabajo, vacaciones anuales pagadas y días feriados pagados, y licencia de enfermedad.

Bajo este contexto, la Recomendación núm. 182 establece que en los supuestos en que sea apropiado, se deberían adoptar medidas adecuadas para superar los problemas específicos con que tropiezan las personas trabajadoras a tiempo parcial para acceder a la formación y a la movilidad profesionales, y tener perspectivas de carrera.

7. ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO

En los epígrafes anteriores se han analizado los convenios internacionales más relevantes al objeto de estudio. Ahora se pasará a estudiar la óptica de aquel organismo internacional en cuando a la ordenación del tiempo de trabajo. La OIT, según el informe «El tiempo de trabajo en el siglo XXI», juega un papel importante en el campo del tiempo de trabajo, al contener los siguientes principios²⁴:

- a) La necesidad de fijar límites diarios, semanales y anuales con relación a las horas normales de trabajo.
- b) El mantenimiento de la naturaleza excepcional de las horas extraordinarias, la limitación del número de horas adicionales y la adopción de medidas compensatorias.
- c) El principio de un descanso semanal e ininterrumpido que permita a las personas trabajadoras participar cabalmente en la vida familiar y social.

²³ Entrada en vigor el 28 de febrero de 1998.

²⁴ Oficina Internacional del Trabajo: *El tiempo de trabajo en el siglo XXI: Informe para el debate de la Reunión tripartita de expertos sobre la ordenación del tiempo de trabajo*, 17-21 de octubre de 2011, OIT, Ginebra, 2011, pp. 13 y 14.

d) El derecho a gozar de vacaciones anuales pagadas, que asegure a las personas trabajadoras y a sus familias un período suficiente de descanso, de ser posible ininterrumpido, que pueda tomarse en el momento deseado; en el que aquellas no puedan renunciar a cambio de compensación financiera.

e) El reconocimiento de la naturaleza atípica del trabajo nocturno y de los efectos adversos que puede acarrear para la salud de las personas trabajadoras y hacen necesaria una protección especial.

f) El fomento de un trabajo a tiempo parcial productivo y libremente elegido, en condiciones equivalentes a las del trabajo a tiempo completo, incluida la protección de la maternidad, que garantice la igualdad de oportunidades y de trato de las personas trabajadoras interesadas.

g) La consideración de las necesidades de la empresa, especialmente introduciendo formas más flexibles de organización del tiempo de trabajo.

h) El reconocimiento de la importancia de la negociación colectiva y de la necesidad de proceder a consultas integrales y genuinas con los representantes de las organizaciones de empresarios y de personas trabajadoras sobre la reglamentación del tiempo de trabajo

i) La necesidad de contar con un auténtico sistema de inspección u otras medidas de aplicación obligatoria para evitar y sancionar toda práctica abusiva.

Por ello, la OIT insta a que los países reflexionen sobre aquellos nueve principios y presenta una serie de recomendaciones para que los gobiernos adopten las medidas necesarias para preservar el buen ordenamiento del tiempo del trabajo. Bajo, este contexto el informe «Garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro» presenta las recomendaciones para los siguientes rubros²⁵:

a) Límites diarios y semanales a las horas normales de trabajo: Recuerda que el establecimiento de límites diarios y semanales a las horas normales de trabajo responde a la necesidad de preservar, teniendo en cuenta las necesidades de producción, la salud y el bienestar de las personas trabajadoras y el equilibrio entre la vida laboral y la vida privada, por lo que insta a todos los gobiernos a adoptar las medidas necesarias para que en la legislación se garanticen límites semanales y diarios a las horas normales de trabajo y que estos se respeten en la práctica.

²⁵ Oficina Internacional del Trabajo: *Garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro*, Conferencia Internacional del Trabajo, 107.ª reunión, OIT, Ginebra, 2018, pp. 357 y ss.

b) Horas extraordinarias: Considera que los gobiernos deben adoptar las medidas necesarias para garantizar que el recurso a las horas extraordinarias se limita a circunstancias claras y bien justificadas, que el número de horas extraordinarias permitidas, tanto diarias como semanales, se mantengan a niveles razonables y que todas las horas extraordinarias realizadas se remuneren con un aumento de la tasa salarial al menos equivalente al nivel establecido en los Convenios núms. 1 y 30.

c) Promediar las horas de trabajo durante períodos de referencia de más de una semana: Reivindica la importancia de fijar límites razonables y prever salvaguardias al establecer estas modalidades flexibles a fin de garantizar que se tengan en cuenta la protección de la salud y el bienestar de las personas trabajadoras y la conciliación de su vida laboral y su vida privada y familiar.

d) Excepciones al principio de descanso semanal: Considera que se tenga en cuenta la situación social como económica cuando se establezcan los regímenes de descanso semanal, por lo que se insta a realizar consultas con los interlocutores sociales antes de instaurarlos. Asimismo, recomienda compensar debidamente con tiempo libre de una duración equivalente al descanso semanal ordinario el trabajo realizado durante el período de descanso semanal y de otorgar esta compensación dentro de un plazo apropiado a fin de proteger la salud y la seguridad de las personas trabajadoras y su participación en la vida familiar.

e) Limitaciones al aplazamiento y la repartición de las vacaciones anuales: Aboga por limitar el aplazamiento de las vacaciones anuales a una pequeña parte de estas y de garantizar que dicho aplazamiento no supere un período razonable de tiempo a fin de permitir que las personas trabajadoras se recuperen del cansancio físico y mental y participen en la vida familiar.

f) Medidas de protección para las personas trabajadoras de turno nocturno: El trabajo nocturno puede afectar a la seguridad y la salud de las personas trabajadoras y a la conciliación entre vida privada y laboral, por lo que resulta de vital importancia adoptar las medidas adecuadas para proteger a las personas trabajadoras de turno nocturno de los riesgos que entraña el trabajo.

g) Igualdad de trato de las personas trabajadoras a tiempo parcial: Aboga por adoptar textos legislativos y políticas nacionales, o de reforzar los existentes, a fin de garantizar trabajos a tiempo parcial de buena calidad, así como la igualdad de trato en materia de protección del empleo (terminación de la relación de trabajo y protección de la maternidad), la no discriminación, la seguridad y salud en el trabajo y el derecho de sindicación y de negociación colectiva a esas personas trabajadoras.

h) Nuevas modalidades de trabajo e impacto de las tecnologías modernas: Recomienda que estas modalidades se regulen mediante legislación nacional, teniendo en cuenta la necesidad de preservar la salud física y mental y el equilibrio entre la vida laboral y la vida privada de las personas trabajadoras, así como las necesidades de flexibilidad de las empresas.

i) La función del diálogo social y de la negociación colectiva en la regulación del tiempo de trabajo: La negociación colectiva y el diálogo social juegan un papel de gran importancia, para que su función se pueda llevar a cabo a todos los niveles, para que los convenios colectivos sean vinculantes para sus signatarios y a las personas trabajadoras a los que aquellos representan. Bajo esta perspectiva, aboga por desarrollar un sistema establecido por acuerdo entre las partes a fin de garantizar que la negociación colectiva y el diálogo social continúe desempeñando una función activa en la aplicación de los convenios de la OIT en materia de tiempo de trabajo.

j) Aplicación de las normas sobre el tiempo de trabajo: Recomienda que se utilicen las nuevas tecnologías para calcular las horas de trabajo. Asimismo, aboga por garantizar que existen mecanismos efectivos para velar por el cumplimiento de las disposiciones en materia de tiempo de trabajo, en particular mediante la inspección del trabajo y la aplicación de sanciones disuasorias por incumplimiento. Resulta de gran relevancia que las personas trabajadoras cumplan las normas en materia de tiempo de trabajo, por lo que resulta necesario sensibilizar acerca del impacto negativo sobre la seguridad y la salud y el equilibrio entre la vida privada y la vida laboral de la realización constante de horas extraordinarias y de no tomar los períodos de descanso necesarios.

k) Nuevas normas sobre tiempo de trabajo: Insta a que tengan los elementos fundamentales que deben ser tenidos en cuenta en el caso en que se prevean nuevas normas sobre tiempo de trabajo, tales como, protección de la salud y la seguridad de las personas trabajadoras y preservación de un equilibrio razonable entre vida privada y familiar y vida laboral. Asimismo, recomienda, por una parte, a que los gobiernos tengan en cuenta la promoción de la igualdad de género y la necesidad de llevar a cabo consultas exhaustivas a las organizaciones de personas trabajadoras y de personas empleadoras sobre las cuestiones relativas al tiempo de trabajo y permitir que las personas trabajadoras puedan influir en la determinación de sus horas de trabajo, teniendo en cuenta las necesidades de las empresas sostenibles. Por otra, aboga por la posibilidad de introducir esquemas de ordenación del tiempo de trabajo flexibles que respondan a las necesidades de las personas empleadoras y de las personas trabajadoras, en particular, en el impacto de las nuevas tecnologías sobre la organización del tiempo de trabajo.

En el mismo sentido, la OIT reivindica en términos similares las recomendaciones del informe «Horas de trabajo ¿De lo fijo a lo flexible?»²⁶:

a) Establecer una protección efectiva de las personas trabajadoras, de manera que las horas de trabajo no perjudiquen su salud y seguridad.

b) Permitir un equilibrio adecuado entre el trabajo y la vida familiar.

c) Garantizar que el nuevo instrumento no tenga como consecuencia la reducción del nivel de protección que se concede actualmente en virtud de los convenios existentes.

d) Establecer una ordenación del tiempo de trabajo más flexible que las contempladas en los convenios de la OIT, a través de la ampliación de la duración permitida de la jornada diaria de trabajo dentro de límites fijados con suficientes períodos de descanso, como parte del objetivo de asegurar condiciones de trabajo decentes.

e) Subsana el grave inconveniente de que en los Convenios núms. 1 y 30 no se prescribe un límite específico al número total de horas extraordinarias que pueden realizarse durante un período determinado, en el supuesto de las excepciones temporales o permanentes previstas en los Convenios.

f) Adoptar la reglamentación de las horas de trabajo y la de las horas de descanso, estableciendo un límite máximo del número total de horas de trabajo (incluidas las horas extraordinarias) para un período determinado, en el que se especifique la duración mínima del período de descanso diario.

g) Aumentar la flexibilidad en el promedio de la duración del trabajo sobre períodos razonables superiores a una semana, autorizando el trabajo durante jornadas más largas. Que puede combinarse con reducciones en el promedio de la duración del tiempo de trabajo semanal, de 48 horas como máximo (incluidas las horas extraordinarias), junto con el objetivo permanente de la semana de 40 horas.

h) Confeccionar una definición clara del concepto de duración del trabajo dotada de la flexibilidad suficiente para permitir que los gobiernos puedan adaptar las formas modernas de distribución de la duración del trabajo a las condiciones imperantes en cada país. En el que se tenga en cuenta, el tiempo parcial, de la semana de trabajo concentrada, el tiempo de trabajo escalonado, la duración variable de la jornada de trabajo, las horas de trabajo computadas anualmente, los horarios flexibles, el trabajo sobre llamada, y otros tipos de ordenación destinados a garantizar la flexibilidad de la duración del trabajo.

²⁶ Oficina Internacional del Trabajo: *Horas de trabajo ¿De lo fijo a lo flexible?*, Conferencia Internacional del Trabajo, 93.ª reunión, OIT, Ginebra, 2005, pp. 119-120.

i) Asegurar la celebración de consultas entre las personas empleadoras y las personas trabajadoras y sus organizaciones con relación con la duración del tiempo de trabajo. Asimismo, permitir que las personas trabajadoras individualmente puedan tener cierta posibilidad de elección respecto a sus horas de trabajo, así como proporcionar flexibilidad para las personas empleadoras.

j) Establecer que los principios fundamentales de la duración del trabajo sean regulados en la legislación nacional, o bien, por los convenios colectivos, los laudos arbitrales, u otros medios compatibles con la legislación y la práctica nacional.

8. LA SOBERANÍA DEL TIEMPO DEL TRABAJO

Como se ha podido deducir de la lectura del estudio, además de ser una realidad, la aparición de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) ha revolucionado las relaciones laborales, y, por ende, al tiempo del trabajo. Por ejemplo, a consecuencia de la pandemia del COVID, el teletrabajo ha obtenido más protagonismo en el que se dificulta distinguir el tiempo que la persona teletrabajadora dedica a la vida personal y al trabajo cuando se está trabajando en el hogar o en el sitio que haya dispuesto²⁷. En el que se puede plantear si la persona teletrabajadora ejerce el derecho a la desconexión digital²⁸.

²⁷ Huelga recordar que el Convenio 177 de la OIT (1996), sobre el trabajo a domicilio, define trabajo a domicilio como el trabajo que una persona realiza en su domicilio o en otros locales que escoja, distintos de los locales de trabajo del empleador, a cambio de una remuneración y con el fin de elaborar un producto o prestar un servicio conforme a las especificaciones del empleador, independientemente de quién proporcione el equipo, los materiales u otros elementos utilizados para ello, a menos que esa persona tenga el grado de autonomía y de independencia económica necesario para ser considerada como trabajador independiente en virtud de la legislación nacional o de decisiones judiciales. La norma establece, como excepción, que una persona que tenga la condición de asalariado no se considerará trabajador a domicilio por el simple hecho de realizar ocasionalmente su trabajo como asalariado en su domicilio, en vez de realizarlo en su lugar de trabajo habitual.

Asimismo, dicho instrumento promueve la igualdad de trato entre los trabajadores a domicilio y los otros trabajadores asalariados, al señalar que se debe tener en cuenta las características particulares del trabajo a domicilio y, cuando proceda, las condiciones aplicables a un tipo de trabajo idéntico o similar efectuado en una empresa. En este sentido, fomenta los siguientes criterios: a) El derecho de los trabajadores a domicilio a constituir o afiliarse a las organizaciones que escojan y a participar en sus actividades; b) La protección de la discriminación en el empleo y en la ocupación; c) La protección en materia de seguridad y salud en el trabajo; d) La remuneración; e) La protección por regímenes legales de Seguridad Social; f) El acceso a la formación; g) La edad mínima de admisión al empleo o al trabajo; h) La protección de la maternidad.

²⁸ El legislador español regula la desconexión digital en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (BOE núm. 294, de 6 de diciembre de 2018), específicamente, en el artículo 88, al señalar que los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital con el propósito de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o en lo dispuesto en los convenios colectivos, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones,

Son novedades que lamentablemente no se puede controlar con el mecanismo habitual, como puedes ser la inspección de trabajo. Empero, no hay que olvidar que las TIC, a consecuencia de la implantación de la cuarta revolución industrial²⁹, permiten regularizar el tiempo de trabajo. Por lo que es de vital importancia tener la libertad para poder controlar el tiempo, de la forma más conveniente, que no afecte al desarrollo de la actividad de la empresa, en el que hay respetar algunos límites.

La OIT indica que los «trabajadores necesitan mayor soberanía sobre su tiempo. La capacidad de tener más opciones y de ejercer un mayor control sobre sus horas de trabajo mejorará su salud y su bienestar, así como el desempeño personal y empresarial⁵¹. Los gobiernos, los empleadores y los trabajadores deben invertir esfuerzos en elaborar acuerdos sobre la ordenación del tiempo de trabajo que permitan a los trabajadores elegir los horarios de trabajo, sujetos a las necesidades que tenga la empresa de una mayor flexibilidad. El diálogo social es una herramienta importante para forjar acuerdos innovadores sobre la ordenación del tiempo de trabajo adaptados a los trabajadores y a los empleadores. Así, los trabajadores, tanto hombres como mujeres, podrían organizar sus horarios con arreglo a sus responsabilidades domésticas»³⁰.

El término de soberanía del trabajo, como se puede observar, es novedoso. Para las relaciones laborales dicho término «envuelve elementos éticos y valores elevados que dan al ser humano un poder (en la práctica inexistente) de determinar su tiempo y responder a sus necesidades de forma independiente»³¹.

así como de su intimidad personal y familiar. Hay que destacar que se trata de una norma que tiene un antecedente reciente en el derecho comparado, concretamente, en el derecho francés. Específicamente, en la Ley 2016-1088 (Loi Travail), du 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, que ha modificado el artículo L.2242-8 del Código de Trabajo francés. Vid. PIERRE-HENRI, C.: «El derecho a la desconexión en Francia: ¿más de lo que parece?», *Temas Laborales*, núm. 137, 2017, pp. 163-181.

²⁹ El informe Industria conectada 4.0: La transformación digital de la industria española, del Ministerio de Industria, Energía y Turismo establece que la Industria 4.0 constituye «una oportunidad clave para la mejora de la competitividad de la industria española en un mercado cada vez más global. De hecho, otras economías de nuestro entorno también han emprendido iniciativas para aprovecharla y, si no actuamos con celeridad, España corre el riesgo de quedar rezagada en esta nueva revolución industrial». Ministerio de Industria, Energía y Turismo: *Industria conectada 4.0: La transformación digital de la industria española*. Ministerio de Industria, Energía y Turismo, Madrid, 2015, p. 7. Bajo este contexto, aquel documento apuesta por una profunda transformación de la industria, en el que el motor digital es la pieza clave de esta metamorfosis. La transformación digital de la industria española comienza con la aplicación de un conjunto de tecnologías en toda su cadena de valor, que generarán beneficios de nivel de proceso, producto y modelo de negocio. Todo ello permitirá que las empresas nacionales obtengan nuevas ventajas competitivas.

³⁰ Organización Internacional del Trabajo: *Comisión Mundial sobre el futuro del trabajo, Trabajar para un futuro más prometedor*, OIT, Ginebra, 2019, p. 42.

³¹ VEGA RUIZ, M.: «la soberanía del tiempo de trabajo: un nuevo enfoque para un concepto tradicional», *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 3, 2020, p. 8.

Por ello, se afirma que aquel término «implica un nuevo cambio en las propias definiciones laborales que pasaron de considerar el término jornada laboral como «objeto central de regulación» (cómo tiempo de trabajo dedicado a la ejecución del contrato), para utilizar el concepto tiempo de forma más global y adaptarse a la idea de un tiempo de trabajo que incluya los descansos, licencias y vacaciones de forma más global y comprensiva»³².

El aludido informe «El tiempo del trabajo en el siglo XXI», bajo este contexto, señala que el «el punto de partida del examen de la política del tiempo de trabajo en el siglo XXI consiste esencialmente en el supuesto de que la política internacional en materia de tiempo de trabajo debe tender a lograr un equilibrio, que resulte apropiado y goce de aceptación general, entre las necesidades de los trabajadores (incluidas las medidas de protección necesarias en cuanto su salud, seguridad, y vida personal y familiar) y los requerimientos de las empresas, sin dejar por ello de tener en cuenta las necesidades de la comunidad. En este sentido, es obvio que existen varias normas mínimas en materia de tiempo de trabajo que constituyen derechos humanos, y que no deberían estar sujetas a consideraciones económicas, como las que resultan esenciales para proteger la salud de los trabajadores»³³.

Por consiguiente, aquel organismo internacional aboga por ampliar la soberanía sobre el tiempo, dado que las personas trabajadoras requieren una mayor autonomía sobre su tiempo de trabajo; lo anterior no significa que tengan que dejar de satisfacer las necesidades de la empresa. Se debe aprovechar la tecnología para ampliar, por ejemplo, las oportunidades y conciliar la vida laboral con la vida personal; para así ayudar a alcanzar dicha autonomía.

Para ello, se requiere «perseverar en los esfuerzos encaminados a aplicar límites máximos al tiempo de trabajo además de medidas para mejorar la productividad, así como un mínimo de horas de trabajo garantizadas que genere opciones reales de flexibilidad y control sobre los horarios de trabajo»³⁴. Por tanto, «una mayor soberanía sobre el tiempo mediante una ordenación del tiempo de trabajo que facilite a los trabajadores más opciones sobre sus horarios y su tiempo de trabajo para que puedan conciliar la vida profesional con la vida familiar, sujetos a las necesidades de la empresa de una mayor flexibilidad, y que garanticen horas mínimas»³⁵.

³² Ídem.

³³ Oficina Internacional del Trabajo: *El tiempo de trabajo en el siglo XXI: Informe para el debate de la Reunión tripartita de expertos sobre la ordenación del tiempo de trabajo*, 17-21 de octubre de 2011, OIT, Ginebra, 2011, p. 69.

³⁴ Organización Internacional del Trabajo: *Comisión Mundial sobre el futuro del trabajo, Trabajar para un futuro más prometedor*, OIT, Ginebra, 2019, p. 13.

³⁵ *Ibidem*, p. 55.

En definitiva, el término de soberanía del trabajo se debe entender como «un nuevo concepto cultural y jurídico que refleje una nueva sociedad donde el tiempo debe establecerse sobre parámetros diferentes de los considerados en la sociedad post industrial. Nuevos valores y nuevas necesidades sociales y productivas deben orientar la existencia de nuevas políticas y legislación más acorde con las nuevas formas organizativas sociales y laborales»³⁶.

9. TIEMPO DE TRABAJO DECENTE

La OIT a la vez que ha proporcionada la definición de la «soberanía del trabajo», ha definido el «trabajo decente» que incluye la promoción de oportunidades para que tanto las mujeres como los hombres puedan tener un trabajo decente y productivo, en condiciones de libertad, igualdad, seguridad y dignidad humana para reducir las diferencias que existen entre las aspiraciones de trabajo de las personas y sus condiciones actuales de trabajo³⁷. En este sentido, aquel organismo ha asociado la necesidad del tiempo del trabajo al trabajo decente, al establecer la necesidad de «adoptar y ampliar medidas de protección social –seguridad social y protección de los trabajadores– que sean sostenibles y estén adaptadas a las circunstancias nacionales, con inclusión de: medidas en materia de salarios y ganancias y de horas y otras condiciones de trabajo, destinadas a garantizar a todos una justa distribución de los frutos del progreso»³⁸.

Bajo este contexto, aquel organismo, bajo el Programa sobre las Condiciones de Trabajo y Empleo (TRAVAIL) ha identificado cinco dimensiones del trabajo decente con relación al tiempo de trabajo³⁹:

a) Promover la salud y la seguridad: Es decir, tiempo de trabajo saludable. Las regulares horas de trabajo afectan la salud y la seguridad de las personas trabajadoras; y, por ende, disminuyen la productividad de las empresas. Las personas trabajadoras, en su gran mayoría, no prefieren las largas jornadas y los trabajos nocturnos. No solo afecta las propias personas trabajadoras, sino

³⁶ VEGA RUIZ, M.: «la soberanía del tiempo de trabajo: un nuevo enfoque para un concepto tradicional», *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 3, 2020, p. 22.

³⁷ Oficina Internacional del Trabajo: *Trabajo decente, Informe del Director General a la Conferencia Internacional del Trabajo*, 87.ª reunión, Ginebra, 1999.

³⁸ Oficina Internacional del Trabajo: *Declaración de la OIT sobre la Justicia Social para una globalización equitativa*, 90.ª reunión, OIT, Ginebra, 2008.

³⁹ Oficina Internacional del Trabajo: *Tiempo de trabajo decente. El equilibrio entre las necesidades del trabajador con las exigencias de los negocios*, Programa sobre las Condiciones de Trabajo y Empleo (TRAVAIL), OIT, Ginebra, 2007.

también a sus familiares. Además de representar un alto coste para las empresas, a consecuencia de los accidentes que se pueden producir en el lugar de trabajo. Todo ello se debe a que largas jornadas pueden producir efectos adversos a la salud y a la seguridad en el trabajo.

b) Tiempo de trabajo conveniente para la familia: Un tiempo de trabajo conveniente para la familia beneficia a las personas trabajadoras y a la sociedad en su conjunto. Por lo que hay que proveer a las personas trabajadoras con el tiempo y la flexibilidad que requieren para las responsabilidades familiares. El número de horas de trabajo es uno de los factores que determinan si el trabajo de una persona es compatible con las obligaciones familiares y con su vida privada.

c) Igualdad de género mediante el tiempo de trabajo: Las políticas del tiempo del trabajo deben permitir a la mujer trabajadora estar en igualdad con el hombre trabajador, y permitir, a su vez, combinar el trabajo remunerado con las responsabilidades familiares y la formación permanente. Por lo que se persigue utilizar el tiempo de trabajo para promover la igualdad de género. Mecanismo necesario para cerrar la brecha de género.

d) Tiempo de trabajo productivo: Se ha demostrado que la reducción de las horas de trabajo incrementa la productividad. Con este cambio, las personas trabajadoras pueden mejorar su salud mental y física.

e) Elección e influencia del trabajador en su tiempo de trabajo: Las personas trabajadoras se decantan por la flexibilidad para manejar sus horas de trabajo y la consideran importante para mejorar entre el trabajo y su vida privada.

Las cinco dimensiones anteriores han obligado que la OIT publique una Guía para establecer una ordenación del tiempo de trabajo equilibrada (OTT), para beneficiar tanto a las personas trabajadoras como a las empresas. A estas últimas, por ejemplo, en el aumento de la productividad, reducción de los índices de ausentismo y rotación del personal, mejora de las actividades y la motivación de las personas trabajadoras; y, empresas más sostenibles⁴⁰.

El diseño de la Guía ofrece sugerencias prácticas para poder estructurar las diferentes modalidades de la ordenación del tiempo del trabajo según los principios del tiempo del trabajo decente⁴¹:

a) «Las horas extraordinarias son una ampliación del tiempo de trabajo más allá de las horas normales y afectan a todos los tipos de ordenación del

⁴⁰ Oficina Internacional del Trabajo: *Guía para establecer una ordenación del tiempo de trabajo equilibrada*, OIT, Ginebra, 2019, p. 2.

⁴¹ *Ibíd.*, pp. 35-35.

tiempo de trabajo. El hecho de que el trabajo se considere o no como horas extraordinarias varía en función del entorno institucional, y sus implicaciones deben ser cuidadosamente comprendidas por la empresa antes de ponerlo en práctica. Las horas extraordinarias debería ser un recurso excepcional para una empresa; no debería ser rutinario, sino que debería utilizarse con moderación.

b) El trabajo por turnos puede adoptar muchas formas, pero se divide en dos categorías principales: sistemas de turnos fijos y sistemas de turnos rotativos. Los sistemas de turnos suelen estar regulados por convenios colectivos que deben influir en el diseño de los sistemas de turnos. Es importante que la empresa comprenda el marco legal y reglamentario sobre el tiempo de trabajo antes de su aplicación, y que observe lo que se debe y no se debe hacer en la práctica (...).

c) Los trabajadores a tiempo parcial deben recibir el mismo trato que los trabajadores a tiempo completo en situación comparable, en particular en lo que respecta a: el derecho a organizarse, a negociar colectivamente y a actuar como representante de los trabajadores; la seguridad y la salud en el trabajo; la discriminación en el empleo y la ocupación; las tasas de salario básico por hora; los regímenes de seguridad social; y la protección de la maternidad, la terminación de la relación de trabajo, las vacaciones anuales pagadas y los días feriados pagados, y la licencia de enfermedad. Existen cuatro ámbitos de política clave que las empresas deben incorporar para promover el trabajo a tiempo parcial de calidad, a saber: fomentar la igualdad de trato (...), modernizar la protección social, conceder el derecho a solicitar horarios a tiempo parcial y eliminar los obstáculos a las transiciones entre el empleo a tiempo parcial y el empleo a tiempo completo.

d) Las horas escalonadas permiten que los grupos de trabajadores comiencen y terminen el trabajo en diferentes momentos. Esto puede tener un impacto positivo en los desplazamientos de los trabajadores y en su capacidad para atender sus responsabilidades familiares. Cuando están bien estructuradas, las horas escalonadas permiten a las empresas ampliar las horas de funcionamiento sin coste adicional de mano de obra (dentro de ciertos límites).

e) Las semanas de trabajo comprimidas implican la programación del mismo número de horas de trabajo durante menos días de trabajo que el número normal de días de trabajo en una semana, lo que resulta en menos días de trabajo pero más largos. Esto requiere que se preste especial atención a la fatiga y al estado de alerta. Para una implementación satisfactoria de las semanas de trabajo comprimidas, los empleadores deben asegurarse de que los trabajadores hayan aceptado las condiciones de su implementación: específicamente, el número de días de trabajo y la distribución de las horas de trabajo a lo largo de la semana de trabajo.

f) Los sistemas de promediación de horas, incluidas las horas anualizadas, contemplan la posibilidad de variar las horas de trabajo diarias y semanales durante períodos superiores a una semana. Las variaciones en las horas semanales deben respetar los límites mínimos y máximos establecidos para las horas diarias y semanales. La introducción de los sistemas de promediación de horas requiere que las condiciones para variar las horas de trabajo (por ejemplo, la compensación, la distribución del tiempo de trabajo y el plazo de preaviso necesario antes de las modificaciones) se negocien con los representantes de los trabajadores.

g) Los sistemas de promediación de horas son uno de los acuerdos de tiempo de trabajo más complejos y un diseño e implementación adecuados son indispensables para su éxito. Los sistemas de tiempo flexible permiten que los trabajadores, basándose en sus necesidades personales, puedan elegir la hora de inicio y término de su trabajo. Las cuentas de ahorro del tiempo trabajado («banco de horas») se basan en el concepto de horario flexible y lo amplían para permitir una flexibilidad aún mayor de las horas trabajadas mediante «créditos» y «débitos» de tiempo de trabajo. Los sistemas de tiempo flexible y de cuentas de ahorro solo pueden introducirse en la medida en que se permita que las horas de trabajo diarias o semanales varíen con el tiempo.

h) El trabajo compartido (no debe confundirse con el empleo compartido) es una reducción del tiempo de trabajo con el fin de repartir la misma cantidad de trabajo entre un mayor número de trabajadores para evitar los despidos o para crear nuevos puestos de trabajo. Las medidas de trabajo compartido para afrontar una «crisis» (también llamado «jornada reducida») es una estrategia para evitar los despidos durante las recesiones económicas. La ejecución satisfactoria de esta ordenación del tiempo de trabajo requiere cambios en el entorno de trabajo, incluidas modificaciones en la organización del trabajo y medidas de formación adecuadas».

En definitiva, como se ha podido deducir, el tiempo de trabajo decente ayuda, por una parte, a las personas trabajadoras a lograr un mejor equilibrio entre el trabajo y su vida privada. Por otra, contribuye a aumentar la competitividad de la empresa. Para ello, se requiere un comportamiento proactivo, por lo que las personas trabajadoras y las personas empleadoras deben conseguir una combinación adecuada de políticas y prácticas, siempre con la colaboración de un marco nacional⁴². Finalmente, la Guía indica la forma de cómo diseñar y poner en práctica una ordenación del tiempo de trabajo de manera co-

⁴² *Ibíd.*, p. 51.

■ LA REORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO

laborativa, como se puede visionar en la siguiente imagen (Gráfico 5 de la Guía).

Gráfico 5. El "proceso" para poner en prácticas las nuevas modalidades de OTT



Fuente: Oficina Internacional del Trabajo, Guía para establecer una ordenación del tiempo de trabajo equilibrada, OIT, Ginebra, 2019, pág. 37.

Por último, conviene reflejar, como complemento de lo anterior, la manera que las empresas pueden contribuir al avance de las cinco dimensiones analizadas⁴³. Con relación a la reducción de las habituales largas horas de trabajo, aquel organismo internacional aboga que son importantes las políticas gubernamentales apropiadas para proteger a las personas trabajadoras de horas de trabajo excesivamente largas; y, que, a su vez, las protegen de «horas sociales» de trabajo como el trabajo nocturno. La aplicación de lo anterior sería una condición necesaria para alcanzar el objetivo del tiempo de trabajo decente.

⁴³ Oficina Internacional del Trabajo: *Tiempo de trabajo decente. El equilibrio entre las necesidades del trabajador con las exigencias de los negocios*, Programa sobre las Condiciones de Trabajo y Empleo (TRAVAIL), OIT, Ginebra, 2007, pp. 19-22.

En cuanto a la igualdad de trato para las personas trabajadoras a tiempo parcial, aquel organismo defiende que el camino hacia la igualdad para aquellas personas implica un proceso de normalización del trabajo a tiempo parcial, que incluye garantizarles similares derechos y beneficios que a las personas trabajadoras a tiempo completo en posiciones comparables. Derechos como, por ejemplo, entre otros, beneficios no salariales.

Además, resalta que la igualdad de trato para aquellas personas puede reducir las desigualdades relacionadas al trabajo a tiempo parcial como las diferencias de los salarios por hora, los beneficios no-salariales, y el acceso a las oportunidades de formación y progreso profesional. Sin olvidar, que este tipo de contratación de personas trabajadoras ofrece, a su vez, ventajas económicas y organizacionales a las empresas, dado que contribuye a la adaptación de aquellas a las grandes cargas de trabajo o contribuyen a llenar posiciones con cargas insuficiente de trabajo para una persona trabajadora a tiempo completo; en el que también se benefician para las personas trabajadoras.

Por último, con relación a la aplicación de los acuerdos de tiempo flexible de trabajo, reivindica que una sugerencia final de cómo poner en acción el tiempo de trabajo decente es la adopción de las posibilidades de adaptar los horarios de trabajo a las necesidades individuales de las personas trabajadoras, incluyendo sus responsabilidades familiares, mientras que cumplen con las exigencias de las personas empresarias.

10. BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, M.: «La jornada de trabajo en las normas de la OIT», *Revista Latinoamericana de Derecho*, núm. 6, 2006.
- BASTERRA HERNÁNDEZ, M.: «El tiempo de trabajo en los instrumentos de la OIT: una perspectiva desde el ordenamiento español», *Documentación Laboral*, núm. 116, Vol. 1, 2019.
- CAMPS RUIZ, L.: «La protección de los salarios en la historia de la OIT», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 147, 2020.
- «Los convenios de la OIT sobre vacaciones y sobre descanso semanal», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Derecho Social Internacional y Comunitario*, núm. 112, 214.
- CASANOVAS Y LA ROSA, O.: «En el centenario del Tratado de Versalles», *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 71, núm. 1, 2019.
- GARCÍA NINET, J.: «La protección del tiempo de trabajo en la historia de la OIT», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 147, 2020.

- Oficina Internacional del Trabajo: Declaración de la OIT sobre la Justicia Social para una globalización equitativa, 90.^a reunión, OIT, Ginebra, 2008.
- El tiempo de trabajo en el siglo XXI: Informe para el debate de la Reunión tripartita de expertos sobre la ordenación del tiempo de trabajo, 17-21 de octubre de 2011, OIT, Ginebra, 2011.
 - Garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro, Conferencia Internacional del Trabajo, 107.^a reunión, OIT, Ginebra, 2018.
 - Guía para establecer una ordenación del tiempo de trabajo equilibrada, OIT, Ginebra, 2019.
 - Horas de trabajo ¿De lo fijo a lo flexible?, Conferencia Internacional del Trabajo, 93.^a reunión, OIT, Ginebra, 2005.
 - Tiempo de trabajo decente. El equilibrio entre las necesidades del trabajador con las exigencias de los negocios, Programa sobre las Condiciones de Trabajo y Empleo (TRAVAIL), OIT, Ginebra, 2007.
 - Trabajo decente, Informe del Director General a la Conferencia Internacional del Trabajo, 87.^a reunión, Ginebra, 1999.
 - Comisión Mundial sobre el futuro del trabajo, Trabajar para un futuro más prometedor, OIT, Ginebra, 2019.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M.: «La contribución de la OIT a la construcción normativa del Derecho del Trabajo», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 147, 2020.
- PEREA MONTES, T.: «Trabajo nocturno en los convenios de la OIT», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Derecho Social Internacional y Comunitario*, núm. 112, 2014.
- Ministerio de Industria, Energía y Turismo: Industria conectada 4.0: La transformación digital de la industria española, Ministerio de Industria, Energía y Turismo, Madrid, 2015.
- PIERRE-HENRI, C.: «El derecho a la desconexión en Francia: ¿más de lo que parece?», *Temas Laborales*, núm. 137, 2017.
- RAMOS QUINTANA, M.: «Las mujeres y el futuro del trabajo en el centenario de la OIT», *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. Extra 1, 2019.
- RUANO ALBERTOS, S.: *El trabajo de los menores de edad a la luz de la Legislación Internacional y Comunitaria*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001.
- SALIDO BANÚS, J. y BARCELÓ FERNÁNDEZ, J.: «El tiempo de trabajo: los compromisos asumidos por España por la ratificación de diferentes convenios de la OIT y su cumplimiento por la ley y los convenios colectivos estatutarios», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Derecho Social Internacional y Comunitario*, núm. 117, 2015.
- SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Sobre la OIT y su acción normativa», *Aranzadi Social*, núm. 15, 2002.

- VALDEOLIVAS GARCÍA, Y. y TUDELA CAMBRONERO, G.: «La protección de la seguridad y salud laboral en la historia de la OIT», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 147, 2020.
- VEGA RUIZ, M.: «la soberanía del tiempo de trabajo: un nuevo enfoque para un concepto tradicional», *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 3, 2020.

TERCERA PARTE

JORNADAS Y DESCANSOS

CAPÍTULO V

TIEMPO DE TRABAJO: ELEMENTOS TEÓRICOS Y PRÁCTICOS PARA SU DELIMITACIÓN JURÍDICA*

CAROLINA SAN MARTÍN MAZZUCONI
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos

1. CENTRALIDAD DEL TIEMPO DE TRABAJO

La actividad laboral, como cualquier otra, se desenvuelve en el tiempo¹; sin embargo, no existe una definición legal de lo que deba entenderse por tiempo de trabajo. Doctrinalmente se ha dicho que se trata del «encuadramiento temporal de la deuda de actividad a cargo del trabajador»², lo que hace referencia a diversas circunstancias de la prestación de trabajo: su duración, su distribución y el momento concreto en que tiene lugar.

* Publicación realizada en el marco del Proyecto «Nuevas dimensiones del tiempo de trabajo» (referencia PID2019-105914GB-I00). Convocatoria 2019 para «Proyectos de I+D+i» en Programas Estatales de Generación de Conocimiento y Fortalecimiento Científico y Tecnológico del Sistema I+D+i y de I+D+i Orientada a los Retos de la Sociedad. Ministerio de Ciencia e Innovación.

¹ MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2021, p. 362.

² PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., MONREAL BRINGSVAERD, E. J.: «La regulación de la jornada de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores», *Revista del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 58, 2005, p. 57.

La delimitación y limitación del tiempo de trabajo ha venido formando parte esencial de la regulación de las relaciones laborales, pues condiciona el resto de los tiempos de la persona³. Las diversas instituciones que lo integran se sitúan en el núcleo de las condiciones de trabajo y constituyen una clave para dar respuesta a las transformaciones del entorno productivo, económico y social. Así, el tiempo de trabajo presenta un doble frente: por un lado, es una herramienta de gestión del trabajo a la que se ha venido dotando de flexibilidad (horas extraordinarias, distribución irregular de la jornada, acumulación del descanso semanal, etc.), y por otro, ha de limitarse para garantizar el descanso de las personas trabajadoras en el marco de su seguridad y salud laborales, así como para el ejercicio de derechos específicos en tiempo de no trabajo⁴.

En esta última línea, a raíz de una discusión de perfil internacional, el art. 88 de la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales reguló el derecho a la desconexión digital de las personas trabajadoras, remarcando la frontera entre tiempo de trabajo y tiempo familiar y personal. El abrupto e intensísimo impulso al teletrabajo que trajo consigo la crisis del COVID-19, puso sobre la mesa la necesidad de una reflexión mucho más seria sobre la diferencia entre flexibilidad de horarios y permanente disponibilidad digital⁵.

2. TIEMPO DE TRABAJO VERSUS TIEMPO DE DESCANSO

A) Marco regulador

La centralidad del tiempo de trabajo como resorte adaptativo en un entorno laboral cambiante, choca con un marco regulador rígido y poco permeable.

³ Por ello, como señala LOUSADA AROCHENA, J. F.: «No nos debe extrañar que las primeras normas laborales se refiriesen al tiempo de trabajo para limitarlo en su duración y para garantizar los descansos. Ni que el Convenio número 1 de la OIT se dedicara precisamente a la regulación de las horas de trabajo en la industria» («Guardias localizadas: a veces tiempo de trabajo, a veces períodos de descanso», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 1, 2022, p. 10).

⁴ No en vano, junto al aspecto clásico de la regulación del tiempo de trabajo como vía para garantizar la seguridad y salud laborales, cabría citar otras finalidades que actualmente se le asignan, «como mecanismo que permita garantizar el libre desarrollo de la persona trabajadora –conciliación de la vida laboral con la vida personal y familiar, conciliación del trabajo con la formación, desarrollo del ocio–; como instrumento para garantizar la capacidad competitiva de las empresas en un mercado internacionalizado y adecuado a las transformaciones técnicas de la producción; y como mecanismo de reparto del empleo» (MORENO VIDA, M. N.: «Las facultades de control fuera de la jornada de trabajo: desconexión digital y control del trabajador», *Temas Laborales*, núm. 150, 2019, p. 163).

⁵ Ya advertían AGUILERA IZQUIERDO, R. y CRISTÓBAL RONCERO, R.: «que en el caso de los trabajadores a distancia es más difícil establecer una diferencia clara entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso» («Nuevas tecnologías y tiempo de trabajo: el derecho a la desconexión tecnológica», VV. AA.: *El futuro del trabajo que queremos*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2017, p. 334).

En efecto, el tiempo de trabajo y el de descanso han constituido, tradicionalmente, los dos polos de una concepción binaria, sin categorías intermedias. Así se ha venido aceptando en Europa de modo pacífico por nuestros operadores jurídicos, siguiendo la estela marcada por la Directiva 2003/88/CE, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, según la cual el tiempo de trabajo es definido como «todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales» (art. 2.1), de modo que el tiempo de descanso se define por oposición, como «todo período que no sea tiempo de trabajo» (art. 2.2). En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha precisado que los conceptos de tiempo de trabajo y de período de descanso se excluyen mutuamente⁶, y que es tiempo de trabajo cualquiera que se destine a estar a disposición del empresario, sin tener en cuenta la intensidad de la actividad desempeñada durante el mismo⁷.

En razón de la mencionada intensidad, el Tribunal europeo ha admitido que determinados tiempos de trabajo pueden ser remunerados de forma distinta, pero ello siempre sobre la base de la concepción dicotómica de la Directiva, que continuaría marcando la naturaleza jurídica de los tiempos (trabajo versus descanso), sin perjuicio de matices meramente retributivos⁸.

Estos criterios han de enmarcar la configuración del tiempo de trabajo en nuestro ordenamiento jurídico nacional. Así nos lo recuerda el Tribunal Supremo⁹, señalando además que el concepto de «jornada de trabajo» utilizado en el artículo 34.1 ET equivale al tiempo de servicios efectivamente prestados por la persona trabajadora como pago de su deuda de actividad. «La jornada efectiva de trabajo es el tiempo que, en cómputo diario, semanal o anual, dedica el trabajador a su cometido laboral propio y, en términos del artículo 34.5 ET, es el tiempo en que el trabajador “se encuentra en su puesto de trabajo”»¹⁰.

En definitiva, la óptica dicotómica marcada por el Tribunal europeo ha venido exigiendo una labor de ubicación de cada situación particular a un lado o a otro del binomio, sin que quepa considerar como categorías intermedias ciertos tiempos que, de otro modo, podrían presentar algunas dudas, como el de espera, el dedicado a tareas preparatorias o a funciones de apertura y cierre¹¹. La inexis-

⁶ STJUE 3 octubre 2000 (C-303/98), *SIMAP*; STJUE 10 septiembre 2015 (C-266/14), *Tyco*.

⁷ STJUE 1 diciembre 2005 (C-14/04), *Dellas*; STJUE 21 febrero 2018 (C- 518/15), *Matzak*.

⁸ STJUE 21 febrero 2018 (C- 518/15), *Matzak*.

⁹ STS 19 noviembre 2019 (rec. 1249/2017).

¹⁰ STS 20 junio 2017 (rec. 170/2016); STS 19 marzo 2019 (rec. 30/2018).

¹¹ STS 19 noviembre 2019 (rec. 1249/2017).

tencia de un perfil claro para lo que se considere tiempo efectivo de trabajo determina que los pronunciamientos judiciales adquieran especial protagonismo en esta materia ¹².

B) Criterios judiciales

Para ilustrar las consecuencias prácticas del esquema binario fijado en el Derecho Social Europeo y asumido por nuestros tribunales, cabe citar algunos ejemplos. En este sentido, se han venido considerando como tiempo de trabajo aquellos en los que la persona trabajadora participa voluntariamente en actividades programadas fuera de la jornada laboral (eventos comerciales, comidas de trabajo, partidos de fútbol) ¹³, los desplazamientos a convenciones y reuniones nacionales de ventas realizadas en domingo, así como las reuniones de equipo y/o actividades formativas que deban realizarse en dicho día ¹⁴, la formación profesional obligatoria cursada a iniciativa del empresario ¹⁵, el tiempo de solapamiento entre turnos ¹⁶, los desplazamientos para recoger los uniformes de trabajo o las armas que la empresa pone a disposición de las personas trabajadoras en lugar diferente del centro de trabajo ¹⁷, el tiempo de aseo necesario como consecuencia de trabajar con productos cancerígenos ¹⁸, el dedicado a los reconocimientos médicos en el marco del artículo 22 LPRL ¹⁹, el que discurre desde el domicilio de cada persona trabajadora hasta el lugar de prestación de servicios cuando no hay centro de trabajo específico o el centro de trabajo es itinerante ²⁰, así como el desplazamiento de la persona trabajadora a los establecimientos de los clientes de la empresa dentro de su jornada de trabajo ²¹. En el caso de una empresa que prescinde de su centro de trabajo físico, es tiempo de trabajo el del desplazamiento realizado por las personas trabajadoras de asistencia técnica y mantenimiento desde su domicilio hasta el de la

¹² RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «Cómputo como tiempo efectivo de actividad: interrupciones en el desarrollo del teletrabajo no imputables al asalariado y breves paradas para atender necesidades fisiológicas», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 6, 2021, p. 1.

¹³ STS 19 marzo 2019 (rec. 30/2018).

¹⁴ STS 11 octubre 2017 (rec. 255/2016).

¹⁵ STJUE 28 octubre 2021 (C-909/19), *Unitatea Administrativ Teritorială*.

¹⁶ STS 20 junio 2017 (rec. 170/2016); STSJ Andalucía (Sevilla) 20 diciembre 2018 (rec. 981/2018).

¹⁷ STS 24 septiembre 2009 (rec. 2033/2008); STS 18 septiembre 2000 (rec. 1696/1999); STS 24 septiembre 2009 (rec. 2033/2008).

¹⁸ STSJ Madrid 14 octubre 2008 (rec. 3920/2008).

¹⁹ SAN 2 marzo 2020 (proc. 279/2019); STSJ Galicia 17 octubre 2019 (rec. 3241/2019).

²⁰ STJUE 10 septiembre de 2015 (C-266/14), *Tycó*; STS 6 junio 2021 (rec. 27/2020).

²¹ STSJ Murcia 12 marzo 2001 (rec. 1131/2000); STS 7 julio 2020 (rec. 208/2018).

primera empresa-cliente del día, así como el dedicado a retornar desde la última²². Igualmente, en el supuesto de un conductor de VTC de una empresa que presta servicios para la plataforma UBER, ha de computarse en su jornada el tiempo en el que está conectado a la aplicación²³.

Por el contrario, no es tiempo de trabajo el dedicado a la formación no obligatoria ofrecida por la empresa, de forma generalizada y sin vinculación directa a concretos puestos de trabajo²⁴. Los lapsos en los que se toma café o se fuma no son tiempo de trabajo si no queda acreditada la existencia de una condición más beneficiosa que así lo reconozca²⁵.

Tampoco es tiempo de trabajo el que la persona trabajadora destina a llegar al centro de trabajo²⁶, ni el que transcurre desde que ingresa en el recinto de la empresa hasta que accede al lugar en el que ficha la entrada y se incorpora efectivamente a su puesto de trabajo²⁷, ni el que discurre desde que ficha el control de acceso al recinto hasta que se incorpora a su puesto de trabajo y que dedica a vestirse y colocarse los equipos de protección individual (ropa de protección y calzado de seguridad) que se ponen a su disposición en el centro de trabajo, así como a intercambiar información entre turnos²⁸, ni el tiempo de aseo y cambio de ropa (salvo para quienes están expuestos a agentes biológicos o cancerígenos²⁹), ni el empleado en recoger y dejar el vehículo de la empresa en el garaje en que se encuentra³⁰.

Como indica el Tribunal Supremo, la idea es que «el artículo 34.5 ET pretende impedir que se tenga como tiempo de trabajo todo aquel conducente a tomarlo o dejarlo materialmente: desplazamientos, actos preparatorios, cambio de indumentaria, actos de control mediante firma o fichaje, traslado dentro de la empresa desde el garaje donde están los vehículos a la sede de la unidad y regreso, o similares»³¹. No obstante, ya hemos visto que esta regla general admite excepciones.

²² STJUE 10 septiembre 2015 (C-266/14), *Tyco*; STS 9 junio 2021 (rec. 27/2020), STS 7 julio 2020 (rec. 208/2018).

²³ SJS Madrid, núm. 42, 11 diciembre 2020 (autos 1079/2019).

²⁴ STS 20 de febrero 2019 (rec. 210/2017); STS 6 marzo 2019 (rec. 23/2018).

²⁵ SAN 10 diciembre 2019 (proc. 232/2019).

²⁶ STSJ Castilla y León (Burgos) 6 octubre 2005 (rec. 667/2005); STSJ Aragón 5 diciembre 2019 (rec. 609/2019). Las SSTs 1 diciembre 2015 (rec. 284/2014) y 4 diciembre 2018 (rec. 188/2017) rechazan computar como tiempo de trabajo, en el marco de la ayuda a domicilio, el que transcurre desde el domicilio del trabajador hasta el del primer cliente y desde este el último a su domicilio.

²⁷ STS 26 enero 2021 (rec. 3294/2018).

²⁸ STSJ Canarias (Las Palmas) 26 junio 2020 (rec. 1286/2019); STSJ Canarias (Las Palmas) 7 julio 2020 (rec. 37/2020); STS 19 noviembre 2019 (rec. 1249/2017).

²⁹ STSJ Asturias 31 octubre 2014 (rec. 1838/2014).

³⁰ STS 12 diciembre 1994 (rec. 1320/1994).

³¹ STS 19 noviembre 2019 (rec. 1249/2017).

El Tribunal Supremo sintetiza algunos de estos criterios del siguiente modo³²:

- No es la intensidad de la actividad o el carácter directamente productivo de la misma lo que determina la naturaleza del tiempo en cuestión.
- Cuando la persona no es libre para elegir su ubicación o actividad, sino que está a disposición de la empresa surge una importante presunción de que estamos ante tiempo de trabajo.
- La presencia en dependencias empresariales constituye factor que juega a favor del carácter laboral del tiempo durante el que se dilata.
- El desplazamiento realizado bajo la dependencia del empleador puede ser ya tiempo de trabajo.
- Es posible establecer una remuneración diversa de la ordinaria para aquel tiempo de trabajo que, pese tal consideración, no posee carácter directamente productivo.

Queda claro que las soluciones son casuísticas, pues las circunstancias particulares de cada situación resultan determinantes a la hora de identificar si hay verdadera disponibilidad, lo que exige que la persona trabajadora no pueda dedicar el tiempo a sus intereses personales y sociales. Dado que esto último es difícil de afirmar de modo categórico³³, se hace patente la inseguridad jurídica.

C) En particular sobre los tiempos de disponibilidad o de guardia

Los tiempos de disponibilidad y guardias son aquellos lapsos en los que la persona trabajadora no se encuentra realizando una prestación de trabajo efectivo pero se obliga legal, convencional o contractualmente a ello cuando sea requerido por el empresario³⁴.

Como se advirtió más arriba, la visión dicotómica del tiempo de trabajo que nos marca el Derecho Social Europeo impide considerar categorías intermedias entre lo que se considere tiempo de trabajo y tiempo de descanso, obligando a «determinar si toda unidad cronológica pertenece a una u otra modalidad»³⁵, con independencia de que puedan establecerse diferencias retri-

³² STS 19 noviembre 2019 (rec. 1249/2017).

³³ STSJ Cataluña 17 octubre 2018 (rec. 3681/2018).

³⁴ MONTOYA MEDINA, D.: «Guardias no presenciales: ¿tiempo de trabajo o periodo de descanso?», *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, núm. 1, 2021, p. 168.

³⁵ STS 19 marzo de 2019 (rec. 1249/2017).

butivas en función de la intensidad de la prestación de servicios³⁶. Esto es especialmente complejo cuando nos enfrentamos a los tiempos de mera disponibilidad³⁷, en los que, por tanto, no se están prestando servicios efectivos. Al respecto cabe mantener que constituyen tiempo de trabajo las guardias en régimen de presencia física en el centro de trabajo³⁸, mientras que las guardias no presenciales exigen analizar las circunstancias del caso³⁹.

Según sintetiza la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de septiembre 2018 (rec. 225/2018), «cuando el tiempo de disponibilidad se dedica a una actividad relacionada con el trabajo su naturaleza es laboral, con independencia del lugar en que se preste, que puede ser fuera del centro de trabajo, no pudiendo los conceptos de tiempo de trabajo y descanso definidos por la Directiva 2003/88/CE, y anteriormente por su precedente la Directiva 93/104/CE, ser reinterpretados o modificados en su esencia por los diferentes Estados miembros perjudicando los intereses de los trabajadores, por mucho que la definición de aquellos termina haciendo una referencia a las “legislaciones y/o prácticas nacionales”».

Ante el incuestionable casuismo que impregna las situaciones de disponibilidad no presencial, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de noviembre de 2021 (C-214/20), *MG*, pone el acento en si conllevan para la persona trabajadora limitaciones con impacto muy significativo en la administración del tiempo⁴⁰. Para ello, ha de considerarse si se dispone de un plazo razonable en orden a retomar el trabajo una vez que el empresario requiere su intervención, lo que ha de modularse también según que esa intervención deba hacerse con un equipamiento específico o un vehículo determinado. También es importante atender a la frecuencia media y duración de las intervenciones de la persona trabajadora durante sus guardias, pues podrían suponer una carga psicológica recurrente. De todas formas, el que las intervenciones sean ocasionales e imprevisibles no excluye que estemos ante tiempo de trabajo si el plazo para retomar las actividades –dos minutos en el caso concreto– restringe la gestión libre de este período de descanso⁴¹.

³⁶ STJUE 21 febrero 2018 (C-518/15), *Matzak*. En este sentido, por ejemplo, el ATJUE 11 enero 2007 (C-437/05), *Vorel*, advierte que, aunque la Directiva 93/104 exige que los tiempos de presencia del personal sanitario computen como trabajo, no se opone a la retribución diferenciada según haya habido o no efectiva actividad productiva durante esas guardias.

³⁷ STJUE 21 febrero 2018 (C- 518/15), *Matzak*.

³⁸ STJUE 9 septiembre 2003 (C-151/02), *Jaeger*; ATJUE 4 marzo 2011 (C-258/10), *Grigore*; STSJ Cataluña 2 octubre (rec. 4415/2006).

³⁹ STJUE 9 septiembre 2003 (C-151/02), *Jaeger*.

⁴⁰ Véase CHARRO BAENA, P.: «Sobre la consideración de las guardias en régimen de disponibilidad no presencial como tiempo de trabajo», www.arinsa.es, 15 de noviembre de 2021.

⁴¹ Así lo afirma la STJUE 9 septiembre 2021 (C-107/19), *XR*, en un caso en que el plazo para retomar actividades era de dos minutos.

La citada Sentencia descarta que el hecho de que el empresario haya puesto a disposición de las personas trabajadoras un alojamiento situado en el lugar de trabajo o en sus inmediaciones sea un factor decisivo para calificar los períodos de guardia, siempre que no estén obligadas a permanecer ahí durante los mismos. Tampoco pueden considerarse como limitaciones significativas las dificultades organizativas que sean consecuencia de elementos naturales o de la libre elección de las personas trabajadoras, como la elección de su lugar de residencia o para el ejercicio de otra actividad profesional, o la falta de oferta de ocio en la zona de la que no ha de alejarse durante el período de disponibilidad no presencial, o que, por la propia naturaleza del lugar de trabajo, la persona trabajadora no pueda abandonarlo al finalizar su jornada⁴². Sin embargo, el mismo Tribunal mantiene un criterio más matizado en la Sentencia de 9 de marzo 2021 (C-344/19), *Radiotelevizija Slovenija*, en la que analiza una guardia no presencial durante la cual la persona trabajadora solo debe estar localizable por teléfono y con posibilidad de presentarse en el centro de trabajo en el plazo de una hora, sin que deba residir ni permanecer en el alojamiento puesto a su disposición por el empresario en el lugar de trabajo. Mantiene que la guardia constituye tiempo de trabajo porque la distancia entre el centro y el domicilio de la persona trabajadora y las dificultades periódicas para acceder a dicho centro le obligan a residir en las inmediaciones de este último. Tiene en cuenta, igualmente, la frecuencia media de intervención durante las guardias.

Veamos algunos ejemplos en los que se ha considerado que estamos ante tiempo de trabajo:

Es el caso de la tarea del agente forestal responsabilizado de vigilar una parcela, en la medida en que exige su presencia física⁴³. También constituyen

⁴² Es el caso conocido en la STSJ Islas Baleares 24 mayo 2019 (rec. 9/2019), referida al tiempo de permanencia que dedica un vigilante de Áreas Marinas para el Institut Balear de la Natura, teniendo su centro de trabajo en el Parque Nacional de la Isla de Cabrera: «Una vez finalizada la jornada diaria de trabajo, la permanencia en la isla no viene impuesta por la empresa sino por las características del trabajo desarrollado, tratándose de una isla cuyo alejamiento de la residencia del trabajador obliga a realizar los descansos en la propia isla. En tales circunstancias resulta imposible para el trabajador descansar en su propio domicilio, pues apenas dispondría de tiempo para descansar si al finalizar su jornada tuviera que llegar a su residencia para al día siguiente volver a la isla a la hora del inicio de su jornada. Pero, el descanso no tiene porqué realizarse en el propio domicilio para que pueda considerarse como tal. En todo caso, finalizada la jornada de trabajo no existe obligación de permanecer en un determinado lugar en el ejercicio de las tareas de vigilancia, sin perjuicio de la obligación a estar disponible para prestar servicios si ello fuera necesario, lo cual (...) parece que no ocurre nunca o casi nunca. Fuera de su jornada laboral el demandante puede llevar a cabo todo aquello que puede hacerse durante el tiempo de descanso con las limitaciones derivadas del hecho de encontrarse en una isla (...). Todo trabajador desplazado disfruta de su descanso fuera de su domicilio, pero ello no significa que no se trate de tiempo de descanso si durante el mismo el trabajador dispone de un lugar adecuado para descansar y además puede disponer de su tiempo sin otra limitación que la de estar localizado y disponible para prestar servicios en caso de ser requerido para ello.»

⁴³ ATJUE 4 marzo de 2011 (C-258/10), *Grigore*.

tiempo de trabajo las guardias localizadas que una persona trabajadora pasa en su domicilio con la obligación de responder a las convocatorias de su empresario en un plazo de ocho minutos⁴⁴, o las guardias en régimen de disponibilidad no presencial durante las cuales un trabajador (bombero) debe poder presentarse en el término municipal de la ciudad en la que está destinado en un plazo de veinte minutos, con su uniforme de intervención y el vehículo de servicio puesto a su disposición por su empresario, haciendo uso de las excepciones a las normas de tráfico de aplicación general y de los derechos de preferencia vinculados a ese vehículo⁴⁵. Del mismo modo, computan como tiempo de trabajo las pausas concedidas a una persona trabajadora durante su jornada diaria durante las cuales debe estar en condiciones de salir para efectuar una intervención en un lapso de dos minutos en caso de necesidad⁴⁶ o con inmediatez⁴⁷.

Respecto de las guardias domiciliarias, la doctrina judicial advierte, prudentemente, que no cabe considerarlas automáticamente tiempo de trabajo, sino que hay que estar a las circunstancias del supuesto. Por ejemplo, sí computarían dentro de la jornada aquellas en las que la ubicación de la persona trabajadora es un espacio fijado por el empresario –que puede ser el domicilio habitual de aquélla– y con obligación de estar en disposición de prestar servicio en un plazo tan breve que imposibilita la realización de la práctica totalidad de actividades propias del tiempo de ocio o de libre disposición⁴⁸.

Han de computarse como tiempo de trabajo las guardias presenciales médicas⁴⁹. La presencia física del personal sanitario en el hospital equivale a tiempo de trabajo, aunque sea posible descansar mientras no se solicitan sus servicios durante los periodos de inactividad existentes en la atención continuada⁵⁰. Las guardias de presencia física en el centro de trabajo de los empleados de ambulancias tienen la condición de tiempo de trabajo⁵¹.

Por el contrario, no sería tiempo de trabajo aquel en el que la persona trabajadora está obligada a permanecer disponible y localizable pero sin que se le

⁴⁴ STJUE 21 febrero 2018 (C-518/15), *Matzak*.

⁴⁵ STJUE 9 marzo 2021 (C-580/19), *Stadt Offenbach am Main*.

⁴⁶ STJUE 9 septiembre 2021 (C-107/19), *XR*. Pronunciamiento comentado por GARCÍA ROMERO, B.: «Tiempo de trabajo y tiempo de descanso: calificación de las pausas dentro de la jornada diaria en las que el trabajador debe permanecer preparado para intervenir en caso de necesidad en un lapso de tiempo de dos minutos», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 9, 2021.

⁴⁷ STSJ Castilla y León (Valladolid) 7 septiembre 2020 (rec. 188/2020); STSJ Castilla y León (Valladolid) 17 septiembre 2020 (rec. 324/2020).

⁴⁸ STSJ Cataluña 17 octubre 2018 (rec. 3681/2018).

⁴⁹ STJUE 3 octubre 2000 (C-303/98), *SIMAP*; STS 27 noviembre 2006 (rec. 3134/2005).

⁵⁰ STJUE 9 septiembre 2003 (C-151/02), *Jaeger*.

⁵¹ STS 17 febrero 2022 (rec. 123/2020).

exija la presencia en un lugar determinado, ni en las proximidades del mismo, sin que se fije un plazo mínimo para el inicio de la intervención que le sea requerida⁵², y habiéndose acreditado que la mayoría de las incidencias se resuelven en remoto, de modo que solo excepcionalmente procede el desplazamiento a los locales de la empresa o de los clientes⁵³. Del mismo modo, no se considera tiempo de trabajo el de disponibilidad cuando, sin exigencia de estar localizado en un lugar determinado, se fija un margen de respuesta de treinta minutos, aunque deba acudir con la equipación, teniendo en cuenta que «se trata de un colectivo que presta servicios en el medio rural y lo habitual será que residan en localidades cercanas al punto de encuentro y que su vida social se desarrolle normalmente en la zona, y también que los desplazamientos se realicen con más rapidez que en ciudades o grandes aglomeraciones», y considerando también que la disponibilidad se exige en días alternos⁵⁴. Las guardias localizadas a través del teléfono, sin un tiempo máximo para acudir a resolver las incidencias, se excluyen de la consideración de tiempo de trabajo efectivo⁵⁵, al igual que ocurre con el tiempo de espera con dispositivo de localización que emplea el personal de ambulancias pues no se le exige permanecer en un lugar determinado y, aunque debe responder con un margen de quince minutos, no consta la frecuencia media de las intervenciones⁵⁶. Tampoco es tiempo de trabajo aquel en el que, aún estando de guardia, se le permite prestar servicios por cuenta propia o ajena⁵⁷. Igualmente, se rechaza que computen dentro de la jornada las horas de presencia en el centro de trabajo en las que la persona trabajadora pernocta, si no se acredita que durante dicho período existe disponibilidad⁵⁸. Las guardias médicas no presenciales no se incluyen en el tiempo de trabajo⁵⁹.

⁵² STSJ Castilla-La Mancha 2 octubre 2019 (rec. 1069/2018).

⁵³ SAN 20 septiembre de 2018 (proc. 125/2018); STS 18 junio 2020 (rec. 242/2018).

⁵⁴ STS 2 diciembre 2020 (rec. 28/2019); STSJ Madrid 25 julio 2018 (rec. 326/2018). También la STSJ Castilla y León (Valladolid) 16 abril 2021 (rec. 1904/2020) rechaza la consideración como tiempo de trabajo de una guardia no presencial en la que no se fija localización específica y con un margen de respuesta de treinta minutos. En parecidos términos se pronuncian la STSJ Navarra 4 febrero 2021 (rec. 20/2021) y STSJ Navarra 4 febrero 2021 (rec. 17/2021), para el caso en que hay obligación de atender las llamadas en menos de diez minutos y llegar al almacén en los treinta minutos siguientes. La STSJ Castilla y León (Valladolid) 25 enero 2021 (rec. 1131/2020) tiene en cuenta, además, que no se deriva sanción por el incumplimiento del margen de respuesta de treinta minutos.

⁵⁵ STSJ Madrid 12 abril 2021 (rec. 661/2020); SAN 20 septiembre 2018 (proc. 125/2018). STS 6 abril 2022 (rec. 85/2020).

⁵⁶ STSJ Aragón 19 abril 2021 (rec. 421/2019); STSJ Aragón 16 abril 2021 (rec. 422/2019); STSJ Aragón 30 abril 2021 (rec. 240/2020). Véase también la STSJ Extremadura 9 julio 2020 (rec. 1/2020).

⁵⁷ STJUE 11 noviembre 2021 (C-214/2020), *Dublin City Council*. Pronunciamiento comentado por LOUSADA AROCHENA, J. F.: «Guardias localizadas: a veces tiempo de trabajo, a veces períodos de descanso», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 1, 2022.

⁵⁸ STSJ Cataluña 29 septiembre 2020 (rec. 1721/2020); STSJ Cataluña 3 febrero 2021 (rec. 4501/2020).

⁵⁹ STJUE 3 octubre 2000 (C-303/98), *SIMAP*.

Por último, el Tribunal Supremo admite con naturalidad que durante una guardia localizada las personas trabajadoras tengan prohibido el consumo moderado de alcohol o cannabis, sin que ello suponga que este tiempo deba computarse como de trabajo por razón de dicha limitación⁶⁰.

En definitiva, las soluciones son casuísticas pues las circunstancias particulares de cada situación resultan determinantes a la hora de identificar si hay verdadera disponibilidad, lo que exige que la persona trabajadora no pueda dedicar el tiempo a sus intereses personales y sociales. Dado que esto último es difícil de afirmar de modo categórico⁶¹, se hace patente la inseguridad jurídica.

D) **Disfunciones del esquema binario**

La multiplicidad de variables ya desvela que las cosas no son tan sencillas como para encontrar natural acomodo en un esquema puramente binario. Por otra parte, al definirse el descanso como todo lo que no es trabajo, resulta una categoría tan amplia y heterogénea que corre el riesgo de desnaturalizarse y perder unidad conceptual. Esta visión choca, además, con nociones de nuestro ordenamiento jurídico nacional, en el que no cabe equiparar unas vacaciones con un festivo, ni con una suspensión del contrato por enfermedad, o por nacimiento, ni con una licencia o permiso. Aunque todas estas figuras tienen en común que son tiempos en los que no se trabaja, la finalidad de cada una es distinta, como lo es, también, su naturaleza jurídica.

Las disfunciones son obvias, y han venido ocasionando algunos problemas de desnaturalización, como es el caso del permiso por lactancia, que ve alterada su finalidad intrínseca cuando se admite su disfrute acumulado.

No es de extrañar, por tanto, que en los últimos años se haya puesto en cuestión la configuración jurídica de ciertas instituciones relacionadas con el tiempo de trabajo. Ello ha ocurrido con los permisos retribuidos y los términos de su disfrute, dando lugar a una importante sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la posibilidad de solapamiento de permisos con descansos semanales o anuales⁶². La propia finalidad de las vacaciones ha sido objeto de múltiples incursiones del Tri-

⁶⁰ STS 10 marzo 2021 (rec. 102/2019).

⁶¹ STSJ Cataluña 17 octubre 2018 (rec. 3681/2018).

⁶² STJUE 4 junio de 2020 (C-588/18), *Fetico*.

bunal europeo, con cierto grado de contradicción entre algunos de sus pronunciamientos.

A esto se suman recientes modificaciones normativas, que jalonan el debate sobre la dicotomía entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso⁶³. La regulación de la jornada de trabajo se ha ido haciendo más compleja, para dar respuesta a las transformaciones del entorno productivo, económico y social. En este sentido, el Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo, introdujo un nuevo apartado en el artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores, para obligar a las empresas a registrar el horario de trabajo (superando así la obligación emanada de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de mayo 2019, C-55/18, *CCOO*, que sólo aludía a la necesidad de implantar un sistema de control de la jornada). Esta obligación ha dado aires renovados a la clásica pregunta sobre lo que se entiende por tiempo de trabajo, y se proyecta de modo directo en el alcance del derecho a la desconexión digital. Por su parte, el Real Decreto-ley 6/2019 de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, modificó el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores, en orden a impulsar fórmulas de adaptación del tiempo de trabajo para atender necesidades de conciliación de la vida familiar y laboral. El nuevo precepto está dando lugar a interpretaciones dispares por parte de Juzgados de lo Social, que, salvo que se alegue vulneración de derechos fundamentales, no son recurribles en suplicación. Esto plantea un panorama de alta litigiosidad impregnado de inseguridad jurídica, en el que el tiempo de trabajo vuelve a ser protagonista, pues mal puede conciliarse si no se tiene claro su alcance. Además, debe atenderse a la nueva Directiva 2019/1158/UE, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, que España ha de transponer a más tardar el 1 de agosto de 2022. La norma comunitaria contempla, entre otras medidas, fórmulas de trabajo flexible para las personas trabajadoras que sean progenitoras o cuidadoras, en orden a hacer compatibles las responsabilidades familiares y las profesionales.

En definitiva, estamos en un momento de convulsión jurídica en torno al tiempo de trabajo y sus límites.

⁶³ Al respecto véase SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: «La conciliación de la vida laboral y extralaboral en la IV Revolución Industrial», VV. AA.: *El impacto de la industria 4.0 en el trabajo: una visión interdisciplinar* (Kahale Carrillo, D. T., Dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

3. TRABAJO A DISTANCIA Y DESCONEXIÓN DIGITAL

El trabajo a distancia tiene implicaciones en materia de tiempo de trabajo pues muchas veces se anuda a fórmulas horarias más flexibles. Esto lo convierte en una herramienta útil para la conciliación de la vida familiar, personal y laboral, aunque no ha de confundirse flexibilidad con falta de límites⁶⁴.

En efecto, el trabajo a distancia no cuenta con un régimen excepcional en materia de tiempo de trabajo. Sus particularidades tienen que ver con el lugar y la modalidad de prestación de servicios, no con los límites de jornada ni con la naturaleza jurídica de los períodos durante misma. En definitiva, «el tiempo de conexión del trabajador para realizar actividades laborales, también cuando se realiza a distancia y por medios electrónicos, tiene la consideración de tiempo de trabajo, con las consecuencias legales que de ello se derivan»⁶⁵.

Por ello, en el trabajo a distancia opera, sin diferencias legales reseñables, lo previsto en el artículo 34.9 ET sobre el registro horario, debiendo reflejarse el tiempo que la persona trabajadora dedica a la actividad laboral⁶⁶. Ello sin perjuicio de la flexibilidad horaria, pues, de conformidad «con los términos establecidos en el acuerdo de trabajo a distancia y la negociación colectiva, respetando los tiempos de disponibilidad obligatoria y la normativa sobre tiempo de trabajo y descanso, la persona que desarrolla trabajo a distancia podrá flexibilizar el horario de prestación de servicios establecido»⁶⁷.

Quede claro, pues, que la flexibilidad horaria que pudiera esperarse, en su caso, de un trabajo prestado a distancia o incluso mediante herramientas tecnológicas, en absoluto franquea la puerta al incumplimiento de los clásicos límites de jornada y de las modernas exigencias de su registro. Así se anticipaba ya por la doctrina judicial⁶⁸, cuando, ante un caso de trabajo a domicilio en el que no se había fijado jornada ni horario alguno alegando que los empleados gozaban de plena libertad organizativa, el tribunal concluía que el tiempo de

⁶⁴ CASAS BAAMONDE, M. E.: «El Derecho del Trabajo, la digitalización del trabajo y el trabajo a distancia», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 11, 2020: «El trabajo a distancia no es ya una nueva forma de trabajo especial, sino que, a estas alturas, abre el camino a otras muchas formas de trabajar, híbridas, en las que la flexibilidad de las condiciones de la prestación que afectan al lugar de su prestación (espacios flexibles, compartidos, reservados) se han trasladado también desde el lugar al tiempo de trabajo, incluso, en sus formas extremas, a su desaparición bajo formas de cumplimiento de objetivos o tareas con autogestión plena por la persona trabajadora del tiempo de trabajo, dando lugar a problemas sobre su delimitación y el respeto de sus límites».

⁶⁵ STSJ Madrid 4 noviembre 2020 (rec. 430/2020).

⁶⁶ Artículo 14 Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia.

⁶⁷ Artículo 13 Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia.

⁶⁸ STSJ Castilla y León 3 febrero 2016 (rec. 2229/2015). Comentada por TODOLÍ, A.: «¿Es legal pactar un teletrabajo sin horario predeterminado?», www.adriantodoli.com, 17 de junio de 2021.

trabajo en el domicilio debía seguir las reglas del tiempo de trabajo en los locales de la empresa y, por ello, era necesario que, aunque las personas trabajadoras dispusieran de su horario con flexibilidad, el empresario contabilizara las horas de trabajo para garantizar el cumplimiento de los límites de jornada y totalizar las horas extraordinarias realizadas.

En definitiva, concluimos que han de aplicarse a esta modalidad de prestación de servicios las mismas previsiones judiciales ya expuestas respecto de lo que se considere tiempo de trabajo y lo que no, incluyendo los criterios vertidos en relación con los tiempos de disponibilidad o guardias. Únicamente cabría sumar en este epígrafe aquellas previsiones que presentan alguna especificidad en el trabajo a distancia. En este sentido, puede reseñarse el criterio según el cual, en caso de teletrabajo, ha de computarse como tiempo de trabajo efectivo el que transcurre durante cortes de suministro de luz o conexión de internet, ajenos a las personas trabajadoras, que impiden materialmente su prestación de servicios. Ello es así por coherencia «con el deber del empresario de proporcionar los medios para que la actividad laboral pueda llevarse a cabo»⁶⁹.

Por otro lado, se ha afirmado que no cabe imponer a las personas trabajadoras la obligación de conectarse remotamente con finalidad laboral desde fuera del centro de trabajo en sus tiempos de descanso. La empresa puede ordenar la realización de actividades laborales fuera del horario ordinario, que computan como tiempo de trabajo (y si se realizan más allá de la jornada ordinaria, deberán atenerse al régimen jurídico de las horas extraordinarias)⁷⁰.

Como es lógico, el tiempo de prestación de servicios a distancia que se añade sobre la jornada presencial (por ejemplo, atendiendo llamadas laborales u otro tipo de trabajo en remoto por correo electrónico u otros sistemas de mensajería o mediante aparatos portátiles conectados a la red) debe ser considerado tiempo de trabajo y adicionarse al tiempo presencial para calcular la jornada realizada⁷¹. Ahora bien, aunque el Tribunal Supremo ha validado la posibilidad de acordar sistemas autodeclarativos de registro horario⁷² y no hay nada que impida su aplicación al trabajo a distancia, lo cierto es que en estos casos existen mayores dificultades de control de su veracidad por parte de la

⁶⁹ SAN 10 mayo 2021 (proc. 105/2021). Comentada por RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «Cómputo como tiempo efectivo de actividad: interrupciones en el desarrollo del teletrabajo no imputables al asalariado y breves paradas para atender necesidades fisiológicas», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 6, 2021.

⁷⁰ STSJ Madrid 4 noviembre 2020 (rec. 430/2020); STSJ Madrid 7 noviembre 2020 (rec. 313/2020).

⁷¹ STSJ Madrid 8 julio 2020 (rec. 19/2020).

⁷² Téngase en cuenta que el Tribunal Supremo ha validado la posibilidad de acordar sistemas autodeclarativos de registro horario (STS 5 abril 2022, rec. 7/2020), lo que cabría aplicar igualmente en caso de trabajo prestado a distancia.

empresa. Esto trae como consecuencia que los tribunales hayan considerado razonable que no se pida a la empresa que acredite la falsedad de un registro de horas extraordinarias sino que sea el trabajador quien deba demostrar la realidad de los tiempos adicionales que él mismo ha registrado⁷³, y que se declare la procedencia del despido disciplinario de una teletrabajadora por registrar como trabajados constantes períodos de inactividad en el ordenador⁷⁴.

Conviene tener presente que quienes presten servicios total o parcialmente a distancia ostentan idéntico derecho a la desconexión digital que los presenciales, de modo que se les aplica lo dispuesto a este respecto en el artículo 88 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales. Según establece el artículo 18 de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, el deber empresarial de garantizar la desconexión digital de estas personas trabajadoras conlleva una limitación del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los períodos de descanso, así como el respeto a la duración máxima de la jornada. Corresponde a la negociación colectiva establecer, en su caso, los medios y medidas adecuadas para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la desconexión en el trabajo a distancia y la organización de la jornada de forma que sea compatible con la garantía de tiempos de descanso⁷⁵.

Recuérdese que, por expresa consideración del artículo 88 de la Ley Orgánica 3/2018, el derecho a la desconexión digital ha de atender a la naturaleza y objeto de la relación laboral. Esta mención refuerza la idea de que no estamos ante un derecho absoluto puesto que su ejercicio puede condicionarse⁷⁶. Evidentemente, los límites y restricciones no podrán ser de tal entidad que conviertan al derecho en impracticable. Deberán aplicarse pautas de razonabilidad y proporcionalidad, adaptando los contornos y alcance del derecho a la desconexión a las concretas circunstancias de una legítima prestación de servicios. En definitiva, han de aplicarse los mismos criterios que ya rigen sobre el tiempo de trabajo, garantizando los descansos de las personas trabajadoras.

⁷³ STSJ Galicia 8 marzo 2022 (rec. 2417/2021).

⁷⁴ STSJ Madrid 24 enero 2022 (rec. 872/2021).

⁷⁵ Como indica CASAS BAAMONDE, M. E., resulta llamativo que el artículo 18 de la norma especial del trabajo a distancia se limite a reiterar las previsiones de la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales sobre la responsabilidad de las políticas empresariales en relación con el trabajo a distancia, sin añadir nada particular. «Hay solo una habilitación específica a la negociación colectiva para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la desconexión en el trabajo a distancia, la organización adecuada de la jornada, y los tiempos de descanso» («El Derecho del Trabajo, la digitalización del trabajo y el trabajo a distancia», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 11, 2020).

⁷⁶ De «modular» el ejercicio del derecho hablan GARCÍA MURCIA, J., RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: «La protección de datos personales en el ámbito de trabajo: una aproximación desde el nuevo marco normativo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 216, 2019, BIB 2019/1432, p. 35.

Por ello, es perfectamente posible que determinadas situaciones puedan devolver a la persona trabajadora a su tiempo de trabajo, con las consecuencias jurídicas inherentes, y así debería contemplarse en la correspondiente política empresarial. Es el caso de necesidades urgentes y extraordinarias⁷⁷, o incluso de un régimen de guardias, con las puntualizaciones que sobre estas últimas ha vertido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y que se han desgranado en páginas precedentes.

Ahora bien, sentada la teoría, reconozcamos que la práctica es mucho más compleja, pues la obligación del registro de jornada impuesta por el Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo, ha ocasionado una revolución conceptual en materia de tiempo de trabajo, que se proyecta también en la identificación de los contornos de la desconexión digital⁷⁸. Ya sabíamos que la concepción binaria de la Directiva 2003/88/CE resultaba a todas luces insuficiente e insatisfactoria para contener nuestra realidad productiva, pero la ausencia de controles internos y externos permitía revestir de flexibilidad las imprecisiones. Así, por ejemplo, no sólo podíamos pasar sin tener del todo claro si ciertos desplazamientos a cargo de la empresa computaban o no como tiempo de trabajo más allá del caso *Tyco*⁷⁹, sino que admitíamos con naturalidad el criterio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea conforme al cual podría ser tiempo de descanso aquel en el que la persona trabajadora está obligada a permanecer en contacto, computándose como tiempo de trabajo exclusivamente cuando comienza a «proporcionar servicios después de una llamada»⁸⁰. Hoy más que nunca esa afirmación ha de venir precedida de una reflexión sobre las circunstancias específicas de cada caso, pues estar en contacto puede suponer estar conectado, y la disponibilidad tecnológica se situará a un lado u otro de los límites de la jornada según los perfiles del supuesto concreto⁸¹.

⁷⁷ Aunque la SAN 22 marzo 2022 (proc. 33/2022) tacha de nula, por ilegal, la cláusula de la política empresarial que establece una excepción al derecho a la desconexión digital en casos de «urgencia justificada en situaciones que puedan suponer un perjuicio empresarial o del negocio cuya urgencia temporal requiera una respuesta o atención inmediata por el trabajador».

⁷⁸ Como afirma PÉREZ CAMPOS, A. I., la regulación legal del derecho a la desconexión es propicia solo «como garantía adicional a los márgenes de distinción entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso» («La desconexión digital en España: ¿un nuevo derecho laboral?», *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, LII, 2019, p. 9).

⁷⁹ STJUE de 10 de septiembre de 2015, Asunto C-266/14, *Tyco*.

⁸⁰ STJUE de 3 de octubre de 2000, Asunto C-303/98, *SIMAP*.

⁸¹ Aluden a la «disponibilidad tecnológica» MORENO GONZÁLEZ-ALLER, I.: «El derecho de los trabajadores a la desconexión tecnológica», *www.elderecho.com*, 17 de agosto de 2018; PURCALLA BONILLA, J. J.: «Control tecnológico de la prestación laboral y derecho a la desconexión de los empleados:

Un primer contacto con políticas empresariales de desconexión digital permite observar que, en general, las alusiones al trabajo a distancia son meramente genéricas, a pesar de que el artículo 88 de la Ley Orgánica 3/2018 indica expresamente que debe preservarse su derecho a la desconexión, lo que hace pensar que deberían contemplarse previsiones específicas para estos casos. Así, cabe citar acuerdos que simplemente aluden a la garantía de su derecho a la desconexión digital, sin añadir ninguna precisión adicional⁸².

Resulta de interés destacar en estas políticas la inclusión de excepciones al derecho a la desconexión para quienes perciben un complemento de disponibilidad⁸³, lo que afecta tanto a quienes prestan servicios presenciales como remotos. Seguramente se alude a las personas trabajadoras sometidas a un régimen de guardias, que, obviamente, tendrán sus especialidades en materia de desconexión. Así se plasma expresamente en algún caso, indicando que el derecho a la desconexión se adaptará a la naturaleza y características de cada puesto y funciones, y en especial a las guardias⁸⁴. Pero esto no debería interpretarse como que las personas trabajadoras con régimen de guardias no tienen derecho a descansar y, por consiguiente, a desconectar, bien que con unas peculiaridades que, más tarde o más temprano, deberían integrarse en esta política.

Finalmente, en algunos casos se incluyen previsiones en relación con la prestación de servicios en distintos husos horarios, para advertir que se deberá tratar de mantener las comunicaciones en los horarios de solape entre las distintas personas o, incluso, en el momento más próximo posible a dicho solape⁸⁵. Esta última posibilidad se configura realmente como una excepción más a la desconexión por motivos justificados⁸⁶.

notas a propósito de la Ley 3/2018 de 5 de diciembre», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 218, 2019, BIB 2019/2891, p. 19.

⁸² Acuerdo colectivo BBVA sobre Registro de Jornada y Desconexión Digital, de 25 de septiembre de 2019, suscrito por la empresa y la representación de las secciones sindicales presentes en los Comités de Empresa y Delegados de Personal (CCOO, ACB, CGT, UGT, SEC, CIG, ELA, LAB, SCAT); Política Interna Reguladora del Derecho a la Desconexión Digital de las Personas Trabajadoras de Telefónica, de 17 de julio de 2019, suscrita por la empresa con los Secretarios Generales de las Federaciones de Comunicaciones de UGT y de CCOO.

⁸³ Política Interna Reguladora del Derecho a la Desconexión Digital de las Personas Trabajadoras de Telefónica, de 17 de julio de 2019, suscrita por la empresa con los Secretarios Generales de las Federaciones de Comunicaciones de UGT y de CCOO.

⁸⁴ Acuerdo colectivo BBVA sobre Registro de Jornada y Desconexión Digital, de 25 de septiembre de 2019, suscrito por la empresa y la representación de las secciones sindicales presentes en los Comités de Empresa y Delegados de Personal (CCOO, ACB, CGT, UGT, SEC, CIG, ELA, LAB, SCAT).

⁸⁵ Protocolo del derecho a la desconexión digital del Grupo Repsol, de 28 de noviembre de 2019 (en adelante Acuerdo Repsol), suscrito por la empresa y los sindicatos que forman la mesa del Acuerdo Marco: CCOO, UGT y STR.

⁸⁶ SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: «Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 148, 2021.

4. EL TIEMPO DE TRABAJO COMO RESORTE ANTE LA CRISIS SANITARIA

Con la irrupción de la pandemia originada por el COVID-19, las medidas laborales y sociales han constituido uno de los pilares básicos de la actuación del Gobierno para contener o paliar los efectos de la crisis sanitaria y la inevitable crisis económica que aquella trajo consigo⁸⁷. Y, dado el protagonismo del tiempo de trabajo en orden a adaptar la prestación de servicios a un entorno productivo cambiante, no es de extrañar que la adopción de una regulación laboral de urgencia afectara, entre otros aspectos, al tiempo de trabajo.

En este sentido, el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes y extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, contemplaba, además de la flexibilización y agilización de los expedientes de regulación temporal de empleo, medidas para «favorecer la conciliación laboral, mediante el derecho de los trabajadores por cuenta ajena que acrediten deberes de cuidado a personas dependientes por las circunstancias excepcionales relacionadas con la prevención de la extensión del COVID-19 a acceder a la adaptación o reducción de su jornada, con la consiguiente disminución proporcional del salario.» Se pretendía ofrecer una alternativa para evitar sanciones o pérdida del empleo a quienes no cumplieran con su jornada laboral debido a la necesidad de ausentarse para cuidar a personas a su cargo.

Poco después, el tiempo de trabajo volvió a ocupar un espacio protagónico en virtud del Real Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo, por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19 –que, tramitada como proyecto de ley, daría lugar a la Ley 4/2021, de 12 de abril, de idéntica rúbrica–. Con este «permiso» tan heterodoxo se buscaba limitar al máximo los desplazamientos para contener el avance del virus.

Respecto de la recuperación de las horas abonadas durante el permiso, el Tribunal Supremo ha indicado que, sin entrar a valorar si la empresa puede actuar unilateralmente descontando las horas no recuperadas, lo que no resulta

⁸⁷ CRUZ VILLALÓN, J.: «Técnicas normativas y aplicativas en las medidas laborales ante el COVID-19 en España», *Revista Ius et Veritas*, núm. 61, 2020, p. 231: «En definitiva, la actuación en el campo de lo laboral y de la Seguridad Social ha constituido uno de los pilares básicos de la actuación del Gobierno para contrarrestar los efectos de la paralización económica, a su vez impuesta como necesaria a resultas de la obligada limitación de la movilidad de los ciudadanos en el marco del estado de alarma. Dicho de otro modo, las medidas laborales y sociales no han constituido un mero elemento de acompañamiento a la actuación para hacer frente a la crisis sanitaria, sino que han conformado un referente básico dentro del conjunto de las medidas adoptadas en este complejo escenario.»

admisible, por discriminatorio, es que exista un tratamiento diferente para fijos y temporales, aplicando el descuento solo a estos últimos⁸⁸.

En materia de tiempo de trabajo y COVID-19, el Tribunal Supremo tuvo ocasión de pronunciarse para resolver sobre si, a consecuencia de la situación sanitaria y en virtud del artículo 7 del RD 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo, se debía reconocer al personal sanitario y de centros de salud y hospitalarios el derecho a dedicar diez minutos para el aseo antes de la comida si la jornada es partida, y en todo caso diez minutos antes de finalizar su jornada laboral. El Tribunal identificó la exposición al COVID-19 como un riesgo biológico incluido en la norma, pero concluyó, sin embargo, que el derecho al disfrute de veinte minutos para el aseo no resulta de aplicación automática, sino que ha de modularse en función de las efectivas condiciones en las que los trabajadores desarrollan su actividad laboral. Así, en este caso en el que los trabajadores deben aplicar medidas higiénicas a lo largo de toda su jornada tantas veces como sea necesario, el reconocimiento de estos veinte minutos solo habría supuesto una reducción de la jornada diaria, sin aportar mayor seguridad y eficacia en la salvaguarda de la salud de los trabajadores, siendo esta última la única finalidad de la norma analizada⁸⁹.

5. IDEAS CONCLUSIVAS

Nos encontramos ante un debate de inmensa trascendencia práctica, que hunde sus raíces en un problema de naturaleza jurídica. Los Tribunales avanzan soluciones que, en su mayoría, son necesariamente casuísticas, y que tienen como marco una regulación ineficiente en la medida en que ha resultado superada por la realidad, máxime cuando la presencia del trabajador en un espacio físico ya no siempre es necesaria, lo que posibilita realizar el trabajo en cualquier momento y en cualquier lugar.

En esta reflexión conviene tener presente la alerta lanzada por la OIT: hay que ampliar la soberanía sobre el tiempo de trabajo. *«Las tecnologías de la información y de la comunicación que permiten que se trabaje en cualquier lugar, en cualquier momento, difuminan la línea entre las horas de trabajo y la vida personal, y pueden contribuir a ampliar las horas de trabajo. En la era digital, los gobiernos y las organizaciones de empleadores y de trabajadores tendrán que encontrar nuevos medios para aplicar de forma eficaz a nivel*

⁸⁸ STS 18 febrero 2022 (rec. 275/2021).

⁸⁹ STS 19 enero 2022 (rec. 64/2021).

nacional determinados límites máximos de las horas de trabajo, por ejemplo, estableciendo el derecho a la desconexión digital.»⁹⁰

Sin duda, la deriva tecnológica y sus consecuencias sobre las relaciones de trabajo puede analizarse desde un prisma apocalíptico, negativo y crítico, o bien desde una visión positiva. Siendo esto cierto, también lo es que la posición positiva pasa en buena medida por cierta dosis de realismo, de asumir que estamos ante procesos imparables que no tienen vuelta atrás, y en los que el reto es saber adaptarse no sólo para sobrellevar sus efectos sino para sacarles el mayor partido posible en términos de empleo y condiciones laborales.

Hay que aceptar que el desarrollo tecnológico ha cambiado radicalmente la concepción de la prestación laboral⁹¹. El empleo y el trabajo son conceptos ahora más volátiles y requieren competencias distintas, así como una mayor flexibilidad. Es preciso ofrecer un marco jurídico adecuado para que los avances digitales no se constituyan ni se conciban como una afrenta a los derechos laborales. Desde luego, son necesarios los límites para evitar abusos amparados en las posibilidades técnicas⁹², pero esos límites no han de ser de tal calado que, en realidad, supongan impedir el avance mismo.

En definitiva, han de redefinirse y reajustarse las conquistas sociales en función de unas coordenadas bastante más dinámicas y complejas que las que tradicionalmente han acompañado al ordenamiento laboral. La doctrina laboralista ya señala, desde hace tiempo, la coexistencia de tendencias contradictorias en el Derecho del Trabajo⁹³. Y en este escenario deben tomar la iniciativa,

⁹⁰ Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo: *Trabajar para un futuro más prometedor*, OIT, 2019, p. 41.

⁹¹ SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: «Generalización tecnológica: efectos sobre las condiciones de trabajo y empleo», en AA. VV. *Conferencia Nacional Tripartita: El futuro del trabajo que queremos*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2017.

⁹² Por ejemplo, desde luego parece excesiva la situación que describe el *MIT Technology Review* de 21 de febrero de 2017 («Las oficinas 2.0 espían a los trabajadores para aumentar su rendimiento»), según el cual en Estados Unidos «varias compañías han instalado sensores para medir cuánto, cuándo y con quién hablan sus empleados y qué programas usan». Estos sensores, instalados en sistemas de iluminación, en paredes y debajo de mesas, «miden el movimiento, el sonido y la ubicación, entre otras cosas, lo que permite que la empresa sepa lo que realmente hace su plantilla». Al parecer, «los dispositivos incluso son capaces de medir lo que se conoce como latencia. Se trata del tiempo pasa un individuo sin intercambiar una palabra con nadie y cuando sí se pronuncia esa palabra, dónde y a quién se dirige. Eso podría indicar, por ejemplo, que los empleados generan sus mejores ideas en una zona común concreta, o que pasan demasiado tiempo charlando en la cocina.»

⁹³ CARUSO, B., DEL PUNTA, R. y TREU, T.: «Manifiesto por un Derecho del Trabajo Sostenible», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 8, 2020. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., VALDÉS DAL-RÉ, F. y CASAS BAAMONDE, M. E., analizan este «Manifiesto» y afirman, citando a Gorz, que «el trabajo ya no es medible con criterios y estándares determinados. Sin sustituir la tutela tradicional del tiempo de trabajo, ello requiere regulaciones más sofisticadas y complejas en las que la autonomía individual encontrará mayor espacio para proteger intereses concretos, no colectivos o en serie, sino pertenecientes al ámbito personal». Sugieren que «no se trata tanto de contraponer normas reguladoras y normas procedimentales en materia de tiempo de trabajo, o en general de la relación de trabajo, sino de combinarlas de modo que la norma mínima

sobre todo, la acción sindical y la negociación colectiva⁹⁴, y en cualquier caso también las empresas como protagonistas en la oferta de un trabajo que responda a un modelo tan digno como eficiente.

La responsabilidad social empresarial es, igualmente, una herramienta a considerar, sobre todo en materia de desconexión digital como vía para la conciliación de la vida laboral y personal, en la inteligencia de que si se exige desconexión laboral fuera de la jornada es posible que la contrapartida sea la desconexión personal durante la misma⁹⁵: nuevamente, la virtud estará en el equilibrio, en el uso razonable y moderado de todo aquello que nos ayuda a comunicarnos más eficazmente en todos los ámbitos, también en el laboral⁹⁶.

Limitarse a parcelar la jornada en compartimentos estancos de trabajo y descanso forma parte de una visión binaria de la prestación de servicios, que, se quiera o no –o mejor dicho, lo quiera la Directiva 2003/88/CE o no–, ha resultado claramente superada por las tecnologías y por la flexibilidad asociada a los nuevos estilos de vida⁹⁷. Pretender encorsetar la realidad para que siga ajustándose a una norma de hace casi dos décadas no solo es ineficiente; es, valga la paradoja, muy poco realista y del todo inútil.

Sería importante, pues, cambiar la óptica desde la que se afronta la materia, abandonando la estricta dicotomía entre trabajo y descanso, para evolucionar hacia la confrontación entre tiempo de trabajo y tiempo de no trabajo, lo que no sólo revisite verdadera precisión jurídica sino que permitiría englobar tanto las situaciones presentes como las que se puedan plantear en el futuro y que aún no somos capaces siquiera de imaginar.

inderogable deje espacios, sea a la autonomía colectiva, sea al acuerdo bilateral, para adaptarse a las nuevas formas de organización del trabajo, que no han eliminado totalmente, ni quizá mayoritariamente, las formas clásicas de trabajo fordista, incluidas las jornadas de trabajo tradicionales» («Una propuesta sobre un Derecho del Trabajo renovado», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 8, 2020).

⁹⁴ En este sentido, son bienvenidas las reflexiones sobre la necesaria reconversión de la acción sindical en orden a gestionar el cambio de la organización del trabajo; impulsar la adquisición de mayores competencias; controlar el uso de datos para evaluar el comportamiento y el rendimiento; analizar los efectos sobre la jornada laboral y el lugar del trabajo, teniendo en cuenta sus consecuencias sobre la vida privada (Comisiones Obreras: *Industria 4.0. Una apuesta colectiva*, 2016).

⁹⁵ LANTARÓN BARQUIN, D.: «La seducción de los horizontes: reflexiones sobre el derecho a la desconexión digital del trabajador», *Noticias Cielo*, núm. 5, 2019, p. 1: «Conexión laboral al margen del tiempo de trabajo y, su reverso, “conexión personal” dentro del tiempo de trabajo son fenómenos que, aunque no siempre digitales, han acompañado a las relaciones de trabajo sino ab origine sí claramente tiempo ha. La ordenación del tiempo de trabajo siempre se ha interesado por establecer fronteras sólidas si bien razonablemente permeables entre ambos espacios vitales del ser humano.»

⁹⁶ Como advierte USHAKOVA, T.: «no debe obviarse la realidad que dicta un nuevo modelo de bienestar. El avance tecnológico impone un nuevo paradigma, que no supone una separación espacial y temporal entre el trabajo y la vida privada» («De la conciliación a la desconexión tecnológica. Apuntes para el debate», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 192, 2016, BIB 2016/85593, pp. 16 y 17).

⁹⁷ En este sentido, TASCÓN LÓPEZ, R.: «El derecho de desconexión del trabajador (potencialidades en el ordenamiento español) (1)», *La Ley* 3170/2018, p. 7.

6. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA IZQUIERDO, R. y CRISTÓBAL RONCERO, R.: «Nuevas tecnologías y tiempo de trabajo: el derecho a la desconexión tecnológica», VV. AA.: *El futuro del trabajo que queremos*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2017.
- CARUSO, B. DEL PUNTA, R. y TREU, T.: «Manifiesto por un Derecho del Trabajo Sostenible», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 8, 2020.
- CASAS BAAMONDE, M. E.: «El Derecho del Trabajo, la digitalización del trabajo y el trabajo a distancia», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 11, 2020.
- CHARRO BAENA, P.: «Sobre la consideración de las guardias en régimen de disponibilidad no presencial como tiempo de trabajo», www.arinsa.es, 15 de noviembre de 2021.
- Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo: *Trabajar para un futuro más prometedor*, OIT, 2019.
- Comisiones Obreras: *Industria 4.0. Una apuesta colectiva*, 2016.
- CRUZ VILLALÓN, J.: «Técnicas normativas y aplicativas en las medidas laborales ante el COVID-19 en España», *Revista Ius et Veritas*, núm. 61, 2020.
- GARCÍA MURCIA, J., RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: «La protección de datos personales en el ámbito de trabajo: una aproximación desde el nuevo marco normativo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 216, 2019.
- GARCÍA ROMERO, B.: «Tiempo de trabajo y tiempo de descanso: calificación de las pausas dentro de la jornada diaria en las que el trabajador debe permanecer preparado para intervenir en caso de necesidad en un lapso de tiempo de dos minutos», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 9, 2021.
- LANTARÓN BARQUIN, D.: «La seducción de los horizontes: reflexiones sobre el derecho a la desconexión digital del trabajador», *Noticias Cielo*, núm. 5, 2019.
- LOUSADA AROCHENA, J. F.: «Guardias localizadas: a veces tiempo de trabajo, a veces períodos de descanso», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 1, 2022.
- MONTOYA MEDINA, D.: «Guardias no presenciales: ¿tiempo de trabajo o periodo de descanso?», *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, núm. 1, 2021.
- MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2021.
- MORENO GONZÁLEZ-ALLER, I.: «El derecho de los trabajadores a la desconexión tecnológica», www.elderecho.com, 17 de agosto de 2018.
- MORENO VIDA, M. N.: «Las facultades de control fuera de la jornada de trabajo: desconexión digital y control del trabajador», *Temas Laborales*, núm. 150, 2019.
- PÉREZ CAMPOS, A. I.: «La desconexión digital en España: ¿un nuevo derecho laboral?», *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, LII, 2019.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., MONREAL BRINGSVAERD, E. J.: «La regulación de la jornada de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores», *Revista del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 58, 2005.

- PURCALLA BONILLA, J. J.: «Control tecnológico de la prestación laboral y derecho a la desconexión de los empleados: notas a propósito de la Ley 3/2018 de 5 de diciembre», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 218, 2019.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «Cómputo como tiempo efectivo de actividad: interrupciones en el desarrollo del teletrabajo no imputables al asalariado y breves paradas para atender necesidades fisiológicas», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 6, 2021.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., VALDÉS DAL-RÉ, F. Y CASAS BAAMONDE, M. E.: «Una propuesta sobre un Derecho del Trabajo renovado», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 8, 2020.
- SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: «Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 148, 2021.
- «Generalización tecnológica: efectos sobre las condiciones de trabajo y empleo», en AA. VV. *Conferencia Nacional Tripartita: El futuro del trabajo que queremos*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2017.
- «La conciliación de la vida laboral y extralaboral en la IV Revolución Industrial», VV. AA.: *El impacto de la industria 4.0 en el trabajo: una visión interdisciplinar* (Kahale Carrillo, D. T., Dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2020.
- TASCÓN LÓPEZ, R.: «El derecho de desconexión del trabajador (potencialidades en el ordenamiento español) (1)», *La Ley* 3170, 2018.
- TODOLÍ SIGNES, A.: «¿Es legal pactar un teletrabajo sin horario predeterminado?», www.adriantodoli.com, 17 de junio de 2021.
- USHAKOVA, T.: «no debe obviarse la realidad que dicta un nuevo modelo de bienestar. El avance tecnológico impone un nuevo paradigma, que no supone una separación espacial y temporal entre el trabajo y la vida privada» («De la conciliación a la desconexión tecnológica. Apuntes para el debate», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 192, 2016.

CAPÍTULO VI

LA ORGANIZACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO: DE LA JORNADA ORDINARIA A LOS MECANISMOS DE DISTRIBUCIÓN IRREGULAR *

LOURDES MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

El tiempo durante el que debe prestar sus servicios el trabajador deviene en una de las condiciones esenciales de la relación laboral y se convierte en la mayoría de las ocasiones, en uno de los elementos más importantes de aquella. De hecho, fue precisamente la necesidad de eliminar los abusos propios de épocas pasadas, donde dominaban las jornadas interminables de trabajo y la casi inexistencia de tiempos de descanso, lo que movió al legislador laboral a acometer la regulación integral del tiempo de trabajo.

Las primeras normas sociales establecían limitaciones al tiempo de trabajo, actuando sobre distintos aspectos de la jornada: fijación de jornada máxima de

* Publicación realizada en el marco del Proyecto «Nuevas dimensiones del tiempo de trabajo» (referencia PID2019-105914GB-I00). Convocatoria 2019 para «Proyectos de I+D+i» en Programas Estatales de Generación de Conocimiento y Fortalecimiento Científico y Tecnológico del Sistema de I+D+i y de I+D+i Orientada a los Retos de la Sociedad. Ministerio de Ciencia e Innovación.

mujeres y niños en fábricas, oficinas y minas; prohibición del trabajo femenino nocturno¹; establecimiento, con carácter general, de una jornada de 8 horas diarias y 48 semanales para todos los trabajadores en todas las actividades productivas².

En la actualidad, y una vez superada la necesidad de establecer limitaciones y prohibiciones con carácter general, las normas se han ido adaptando a las nuevas realidades en el trabajo, provocadas tanto por los cambios producidos en los modelos productivos, por la situación económica o por dar respuesta a las necesidades sociales vinculadas, por ejemplo, a la conciliación de la vida familiar y laboral. De hecho, como se ha afirmado, «el tiempo de trabajo presenta un doble frente: por un lado, es una herramienta de gestión del trabajo a la que se ha venido dotando de flexibilidad (horas extraordinarias, distribución irregular de la jornada, acumulación del descanso semanal, etc.), y por otro, ha de limitarse para garantizar el descanso de los trabajadores en el marco de su seguridad y salud laborales, así como para el ejercicio de derechos específicos en tiempo de no trabajo»³.

En particular, los cambios normativos más recientes ratifican la acomodación de los tiempos de trabajo a las necesidades de conciliación de la vida familiar y laboral. Pero, además, los nuevos desafíos que plantea la sociedad digital exigen nuevas actuaciones legislativas. Por ejemplo, el trabajo a distancia, o el derecho de los trabajadores a la desconexión digital, que introduce limitaciones adicionales que afectan a los períodos de descanso legalmente reconocidos, y que quieren garantizar el derecho a desconectar de los medios digitales que se utilizan para prestar los servicios, de forma que haya un espacio libre de cualquier injerencia empresarial y de permanecer conectado para atender las obligaciones vinculadas al trabajo que pudieran plantearse en cualquier momento.

Por otro lado, no puede obviarse que las limitaciones al tiempo de trabajo y el respeto de períodos mínimos de descanso se plantean como una medida de garantía de la seguridad y salud de los trabajadores. En efecto, las normas comunitarias vinculan la regulación del tiempo de trabajo con la garantía de la seguridad y salud en el trabajo. Esa conexión se pone claramente de manifies-

¹ Leyes de 3 de marzo de 1900 y de 11 de julio de 1912.

² Real Decreto de 3 de abril de 1919. Con amplitud sobre la evolución de las normas laborales en relación con el establecimiento de las limitaciones de jornada: ALONSO OLEA, M.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, 7.ª ed., Civitas, Madrid, 2013. ALONSO OLEA, M., CASAS BAHAMONDE, MARÍA E.: *Derecho del Trabajo*, 26.ª ed., Civitas, Madrid, 2009. GARCÍA NINET, J. I.: «Jornada» en *El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a las leyes laborales* (Dir. E. Borrajo), tomo VII, Edersa, Madrid, 1982.

³ SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: «La conciliación de la vida laboral y extralaboral en la IV revolución industrial», en *El impacto de la industria 4.0 en el trabajo: una visión interdisciplinaria* (Dir. D. T. Kahale Carrillo), Aranzadi, 2020.

to en la Directiva 2003\88\CE, de 4 noviembre, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. La Directiva indica que su objeto es establecer «las disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo» (art. 1).

Partiendo del carácter de regulación mínima, el artículo 15 Directiva permite que los Estados miembros establezcan «disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables a la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores» así como «convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales que sean más favorables a la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores». En definitiva, y en relación con la regulación del tiempo que trabajo, que pasa por la determinación de su concepto, como en numerosas ocasiones ha indicado el TJUE, las legislaciones nacionales no pueden mantener o adoptar una definición del concepto de tiempo de trabajo menos restrictiva que la que contiene el artículo 2 Directiva: «todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales» (por todas, STJUE 21 febrero 2018, C-518/15, Matzak).

El ET regula los aspectos vinculados al tiempo de trabajo en los arts. 34 y siguientes. En ellos se establece el régimen jurídico de la jornada máxima de trabajo que, en línea con las previsiones comunitarias pretende garantizar los derechos de descanso de los trabajadores y su seguridad y salud en el trabajo. La regulación legal incluye un máximo legal de promedio semanal, al que se añaden límites adicionales diarios vinculados a las horas de trabajo efectivo, a los períodos mínimos de descanso –diario, semanal, anual–, sin perjuicio de las ampliaciones de jornada en las condiciones previstas legalmente.

Además, debe tenerse en cuenta que «la duración de la jornada de trabajo será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo» (art. 34.1 ET), por lo que habrá de estarse en primer término a lo que establezca el convenio o el contrato de trabajo, aunque con sujeción, en cualquier caso, a los límites fijados en las normas legales y reglamentarias de aplicación.

Junto con las previsiones sobre jornada en el ET y en convenio colectivo, coexiste la regulación del tiempo de trabajo en otras normas. Así, la LPRL que incluye entre los principios de la acción preventiva del artículo 15 «adaptar el trabajo a la persona, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo, así como a la elección de los equipos y los métodos de trabajo y de producción, con miras, en particular, a atenuar el trabajo monótono y repetitivo y a reducir los efectos del mismo en la salud». Adaptaciones, en suma, tendentes a evitar la fatiga y el trabajo monótono y

repetitivo, así como a garantizar, aun de forma indirecta, unos períodos de descanso que eliminen o reduzcan el riesgo de sufrir lesiones en el trabajo⁴. También deben tenerse en cuenta el RD 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo y las normas reguladoras de las relaciones laborales de carácter especial.

Por otro lado, y sin perjuicio de las limitaciones aplicables al tiempo de trabajo, la legislación laboral ha experimentado una evolución importante con el objeto de dar respuesta a dos necesidades concretas: la garantía de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral con mecanismos de adaptación de la jornada de trabajo que operan en diferentes ámbitos, y la atención a las necesidades del empresario en relación con la organización del tiempo de trabajo en el ámbito de su empresa, permitiéndole distribuir la jornada de forma irregular y disponer de una bolsa de horas para adecuar la jornada a las necesidades productivas u organizativas de su empresa.

Se trata, como se verá a lo largo de este estudio, de cuestiones que no están exentas de problemas de diversa índole, uno de los más importantes, sin duda, el que afecta al vínculo entre el derecho del empresario a un uso flexible del tiempo de trabajo y el derecho de los trabajadores a tener control sobre sus tiempos, de forma que puedan conocer con la antelación suficiente a qué puede dedicar su tiempo⁵.

2. LA JORNADA DE TRABAJO: JORNADA ORDINARIA Y JORNADA MÁXIMA

A) La jornada y sus límites en la normativa comunitaria

La mejora de las condiciones de vida y trabajo de los trabajadores asalariados ha estado presente en las distintas normas europeas. El artículo 151 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) fija como objetivo «la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada (...)». En el marco de las acciones orientadas a la mejora de condiciones de vida y trabajo, adquieren especial relevancia las orientadas a garantizar que los trabajadores

⁴ Véase en este sentido la Nota Técnica de Prevención (NTC) núm. 916, 2011: «El descanso en el trabajo (I): pausas».

⁵ Sobre esta cuestión véanse las reflexiones de CASAS BAAMONDE, M. E.: «Soberanía sobre el tiempo de trabajo e igualdad de trato y de oportunidades de mujeres y hombres», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 3, 2019.

asalariados no trabajen más de un determinado número de horas a la semana, al mes o al año, así como a asegurar su derecho a unos períodos mínimos de descanso. En este ámbito, en la línea ya prevista por el TFUE, aunque con una mayor concreción, el artículo 31 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea al referirse a las «condiciones de trabajo justas y equitativas», reconoce el derecho de todo trabajador a «la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas».

La Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre, norma básica en relación con la ordenación del tiempo de trabajo, enmarca los distintos aspectos del tiempo de trabajo entre las medidas orientadas a la salvaguarda de la seguridad y salud de los trabajadores⁶.

Sin entrar en el análisis detallado del contenido de la Directiva, que es objeto de un estudio detallado en otro capítulo de esta obra, conviene hacer, no obstante, un repaso somero de sus disposiciones más importante, en cuanto que constituyen el derecho mínimo al que deben ajustarse las normas nacionales⁷.

En primer lugar, el artículo 2 de la Directiva define el tiempo de trabajo, como «todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales» y el tiempo de descanso como «todo período que no sea tiempo de trabajo».

De gran interés resultan las conclusiones del Abogado General de 11 de noviembre de 2020 (asunto C585/19) en el marco de la cuestión prejudicial formulada por el Tribunal de Distrito de Bucarest, Rumanía. Considera el Abogado General que los conceptos de tiempo de trabajo y de período de descanso «constituyen conceptos del Derecho de la Unión que es preciso definir según características objetivas, refiriéndose al sistema y a la finalidad de dicha Directiva, que es establecer unas disposiciones mínimas destinadas a mejorar las condiciones

⁶ Un análisis sobre el contenido de la Directiva en relación con la ordenación del tiempo de trabajo en: CASTRO ARGÜELLES, M. A.: «Ordenación del tiempo de trabajo (Directiva 2003/88/CE y otras complementarias)», en *La transposición del derecho social comunitario al ordenamiento español: un balance en el XX aniversario de la incorporación de España a la Comunidad Europea* (coord. Joaquín García Murcia), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2005.

⁷ En este sentido, mantiene la STJUE 4 diciembre 2018, asunto C-378/17, que el principio de primacía del Derecho de la Unión no impone la obligación de garantizar la plena eficacia de las normas de la Unión únicamente a los órganos judiciales, sino también a todos los demás órganos e instituciones del Estado miembro. Y exige que los órganos jurisdiccionales nacionales encargados de aplicar sus disposiciones tengan, en el ámbito de sus respectivas competencias, la obligación de garantizar su plena eficacia. Si es necesario, dejando sin aplicar cualquier disposición nacional contraria, sin instar su eliminación previa por vía legislativa o mediante cualquier otro procedimiento constitucional y sin esperar a que se lleve a cabo esa eliminación.

de vida y de trabajo de los trabajadores». En consecuencia, se trata de conceptos que «no deben interpretarse en función de las disposiciones de las diferentes normativas de los Estados miembros [...]. Solo una interpretación autónoma semejante puede garantizar la plena eficacia de la Directiva, así como una aplicación uniforme de los mencionados conceptos en la totalidad de los Estados miembros». De esta forma, los Estados no pueden ni determinar unilateralmente el alcance de ambos conceptos, ni condicionar el derecho de los trabajadores a que los períodos de trabajo y los de descanso sean tomados debidamente en cuenta. Interpretaciones diferentes pondrían en peligro el objetivo de las directivas de «armonizar la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores mediante disposiciones mínimas». El TJUE mediante una dilatada jurisprudencia ha delimitado qué se considera tiempo de trabajo y qué tiempo de descanso ⁸.

El artículo 3 Directiva al regular el descanso diario, prevé que los Estados deben adoptar las medidas necesarias para garantizar un período mínimo de descanso diario de 11 horas consecutivas en el curso de cada período de 24 horas. Y el artículo 5 reconoce el derecho a un período de descanso ininterrumpido de 24 horas por cada período de siete días. A los períodos de descanso diario y semanal se añaden las vacaciones anuales contempladas en el artículo 7, que garantiza el derecho de los trabajadores a un período de al menos cuatro semanas de descanso anual retribuido. Para el TJUE, el conjunto de permisos previstos en la Directiva busca garantizar la mejor protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores, reconociendo su derecho al disfrute de períodos mínimos de descanso diario, semanal y anual ⁹.

En relación con la jornada máxima semanal, la Directiva prevé que no deberá exceder de 48 horas a la semana, incluyendo horas extraordinarias (art. 6).

Finalmente, el artículo 18 permite que los convenios colectivos puedan establecer excepciones al régimen de pausas en la jornada y a los períodos de descanso diario y semanal. Ello sin perjuicio de la potestad de los Estados miembros de incluir en sus legislaciones disposiciones más favorables para los intereses de los trabajadores, que las previstas en la Directiva. En cualquier caso, y como expresamente prevé el TJUE, las normas comunitarias prohíben que una normativa nacional prevea que por convenio colectivo o por acuerdo de empresa, se pueda sobrepasar la duración máxima del tiempo de trabajo semanal de 48 horas ¹⁰.

⁸ Véase un completo análisis de los pronunciamientos del TJUE en MARTÍN RODRÍGUEZ, O.: «Las directrices de la Unión Europea sobre tiempo de trabajo, su interpretación por el Tribunal de Justicia y sus repercusiones en el sistema español», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 194, 2017.

⁹ STJUE de 26 junio 2001, *The Queen*, asunto C-173/99, (TJCE 2001, 179) apartado núm. 38.

¹⁰ STJUE de 5 octubre 2004, *Pfeiffer/Roith*, Asuntos acumulados C-397/01 a C-403/01, (TJCE 2004/272), apartado núm. 101.

B) La regulación de la jornada de trabajo en las normas nacionales: el papel del convenio colectivo y de la normativa estatal

a) ATRIBUCIONES AL CONVENIO COLECTIVO

Prevé el artículo 34.1 ET que la duración de la jornada de trabajo será la pactada en el convenio colectivo o en el contrato de trabajo. De hecho, la práctica habitual es que, bien mediante la negociación colectiva o por contrato de trabajo, se establezca la jornada de trabajo en un sector o en una empresa. Los interlocutores sociales siempre han mostrado un especial interés particular en negociar los distintos aspectos vinculados a la ordenación del tiempo de trabajo. Este interés se ve reforzado desde el momento en que la ordenación del tiempo de trabajo deviene en uno de los elementos determinantes para flexibilizar las relaciones laborales en la empresa¹¹.

Las sucesivas reformas laborales han mantenido la preferencia por que sea la negociación colectiva el instrumento que ordene y organice las cuestiones relativas al tiempo de trabajo (horario, ampliaciones de jornada, distribución irregular, bolsa de horas, adaptaciones de jornada, etc.). El legislador ha dotado a los interlocutores sociales de un papel relevante en relación con la ordenación del tiempo de trabajo, atribuyéndoles diversas posibilidades que se manifiestan de diferentes formas:

- La remisión expresa para que por convenio colectivo se determine la jornada de trabajo en una empresa o en un sector, sin perjuicio de las limitaciones que recoge el ET.

- La posibilidad de que por acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores se acuerde la inaplicación en un ámbito determinado, de la jornada prevista en el convenio colectivo de aplicación.

- El reconocimiento de la prioridad aplicativa del convenio de ámbito inferior y sus particularidades en relación con la jornada de trabajo.

b) LA JORNADA DE TRABAJO EN LAS NORMAS LEGALES

En conexión con los límites previstos en la normativa comunitaria respecto de la duración de la jornada de trabajo, y en cumplimiento del mandato de limita-

¹¹ Destaca Sanguinetti que los convenios colectivos trascienden la «fijación de las condiciones básicas del intercambio entre trabajo y salario para encargarse de regular también cuestiones relacionadas con la organización y el desarrollo del trabajo en la empresa, mediante la introducción de cláusulas que facilitan la gestión colectiva de los recursos humanos y permiten una cierta procedimentalización del ejercicio de los poderes empresariales que favorece su eficacia y refuerza su legitimidad»: SANGUINETI REYMOND, W.: «El contradictorio papel de la negociación colectiva en la distribución del tiempo de trabajo», *Trabajo y Derecho*, núm. 62, 2020.

ción de la jornada laboral del artículo 40 CE, el ET identifica y regula una jornada máxima de trabajo con la que se persigue un triple objetivo: garantizar un tiempo mínimo de descanso a los trabajadores; garantizar un espacio temporal para el ocio del trabajador y proteger la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo¹².

En cumplimiento de estos mandatos, el art. 34.1 ET fija la duración máxima de la jornada ordinaria en cuarenta horas a la semana de trabajo efectivo, de promedio en cómputo anual. En su regulación, el art. 34.1 se refiere a la jornada ordinaria de trabajo, lo que da a entender que puede haber otras normas que prevean jornadas máximas diferentes a la que regula el precepto indicado. Así, a modo de ejemplo, a las actividades comprendidas en el real decreto que regula las jornadas especiales de trabajo, se aplican previsiones diferentes que tienen en cuenta la particularidad en la prestación de servicios¹³.

También se aplican previsiones particulares en cuanto a la regulación del tiempo de trabajo a las relaciones laborales de carácter especial y a los menores de dieciocho años. En esta línea, tras establecerse la duración de la jornada ordinaria de trabajo, el artículo 34.7 ET prevé que el Gobierno, «a propuesta de la persona titular del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social y previa consulta a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, podrá establecer ampliaciones o limitaciones en la ordenación y duración de la jornada de trabajo y de los descansos (...)». Se da así carta de naturaleza a la posibilidad de que, junto a la jornada ordinaria coexistan jornadas particulares para colectivos que, por razones de la naturaleza de su prestación de servicios, o por razones de edad, precisen de ciertas adaptaciones.

Aun cuando el ET no identifique la jornada máxima anual, los tribunales han transformado las 40 horas semanales de referencia, en una jornada máxima anual de 1.826 horas y 27 minutos¹⁴.

¹² Un análisis detallado de estos aspectos vinculados a la jornada de trabajo puede verse en ALFONSO MELLADO, C. L. GARCÍA ORTEGA, J.: *Jornada y ordenación del tiempo de trabajo*, Tirant lo Blanch, 1994. También GÁRATE CASTRO, F. J.: «Algunos rasgos típicos de la ordenación del tiempo de trabajo en España», *Boletim da Faculdade de Direito: Universidade de Coimbra*, V. 75, 1999, pp. 199-217. MARTÍN RODRÍGUEZ, M. O.: *La ordenación del tiempo del trabajo en España*, tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2017.

¹³ Sobre las jornadas especiales de trabajo puede verse: GARCÍA NINET, J. I.: Las jornadas especiales de trabajo, en *Estudios sobre la jornada de trabajo* (coord. Luis Enrique de la Villa Gil), ACARL, 1991. CARRATALÁ TERUEL, J. L.: «Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo», *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, núm. 59, 1995. TOROLLO GONZÁLEZ, J.: *El tiempo de trabajo y su determinación en las relaciones laborales ferroviarias*, Universidad Complutense de Madrid, 1995. SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: «El tiempo de trabajo de quienes prestan su actividad a bordo de buques pesqueros», *Anales de Derecho*, núm. 22, 2004.

¹⁴ Así lo señala el TS en numerosas sentencias. Por ejemplo, STS 29 junio 2016 (rec. 3113, 2014), indica, haciendo suya la doctrina de sentencias anteriores, que deben considerarse como horas ordinarias las horas realizadas que no excedas de las 1826 horas y 27 minutos anuales.

c) LÍMITES A LA JORNADA ORDINARIA: LA JORNADA MÁXIMA Y LOS DESCANSOS

La jornada ordinaria de 40 horas a la semana en cómputo anual encuentra los límites adicionales de los arts. 34.3 y 37.1 ET que refieren, en particular, a un máximo de nueve horas diarias de trabajo, a un descanso mínimo de doce horas entre jornadas (art. 34.3 ET), y a un descanso mínimo semanal de un día y medio (art. 37.1 ET).

a') *La jornada máxima diaria*

En una suerte de limitación del número de horas diarias de trabajo efectivo, el artículo 34.3 ET dispone que «el número de horas ordinarias de trabajo efectivo no podrá ser superior a nueve diarias». Sin embargo, pese a la rotundidad de la limitación, el propio precepto permite que por convenio colectivo estatutario o, en su defecto, por acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores, se fije otra distribución del tiempo de trabajo diario. Ello supone, si así se acuerda, la ampliación del número de horas diarias de trabajo, aunque la distribución acordada deberá, no obstante, respetar el tiempo de descanso entre jornadas.

La posibilidad de ampliación de la jornada diaria no es ninguna novedad que surja como consecuencia de las recientes reformas legislativas tendentes a flexibilizar las relaciones laborales. Al contrario, como señala Rodríguez-Piñero, se trata de una flexibilidad que ya preveía en sus orígenes el artículo 34.1 ET al remitir a las partes la regulación de la duración máxima de la jornada de trabajo, respetando los tiempos de descanso previstos en el ET. Este reconocimiento «abría la puerta a lo que se ha llamado flexibilidad negociada, que incide en la aplicación de los límites legales de la jornada de trabajo»¹⁵.

Los trabajadores menores de dieciocho años tienen una limitación más estricta, en cualquier caso, su jornada máxima diaria no puede ser superior a ocho horas de trabajo efectivo, incluyendo, si lo hubiera, el tiempo que se dedique a formación. Se añade que si el menor trabaja para varios empleadores, deberán sumarse todas las horas de trabajo efectivo a fin de garantizar que no excedan de 8 horas diarias. Nótese que no se contempla la posibilidad de que el convenio colectivo, o el acuerdo de empresa, pueda incrementar el máximo

¹⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M.: «100 Años de la implantación de la jornada máxima de trabajo», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 4, 2019, p. 356.

legal de horas de trabajo. Al contrario, la jornada máxima se refiere al conjunto de horas totales –de formación y de trabajo efectivo–, para uno o para varios empresarios.

Retomado la cuestión relativa a las horas de trabajo diarias de los trabajadores mayores de dieciocho años, son varias las cuestiones que conviene destacar.

Así, el límite legal de nueve horas no es absoluto, sino que se permite que el número de horas de trabajo efectivo diario pueda ampliarse por acuerdo entre las partes, nótese, no obstante, que el acuerdo de ampliación del número de horas diarias de trabajo efectivo debe plasmarse bien en un convenio colectivo o bien en un acuerdo de empresa. El ET no admite que la voluntad de las partes plasmada en contrato de trabajo pueda alterar los límites legales.

Por otro lado –y a diferencia de lo previsto para los menores–, la limitación del artículo 34.3 ET no hace referencia a las horas de trabajo prestadas para más de un empresario, lo que podría llevar a pensar que se trata de una limitación establecida por trabajador y no por contrato. Aunque más adelante se volverá sobre esta cuestión, el modo en que se interprete la limitación del artículo 34.3 ET –por persona trabajadora o por contrato–, supone una diferencia importante en cuanto a la determinación de las horas diarias de trabajo. En el caso de los menores de dieciocho años no cabe duda de la intención del legislador. Al indicarse expresamente que «no podrán realizar más de ocho horas diarias de trabajo efectivo, incluyendo, en su caso, el tiempo dedicado a la formación y, si trabajasen para varios empleadores, las horas realizadas con cada uno de ellos» resulta claro que se trata de un límite infranqueable. Es indiferente que el menor tenga un solo contrato con un empresario, o más de un contrato con uno o con más empresarios, en ningún caso podría superar el máximo de ocho horas diarias de trabajo. Este límite, por otra parte, es indisponible tanto por convenio colectivo, como por acuerdo de empresa.

La ausencia de una previsión semejante en relación con los mayores de edad permitiría considerar que la limitación se aplica a cada uno de los contratos y no al trabajador. De esta forma, la suma de las horas de dos contratos con dos empresarios distintos podría superar las nueve diarias previstas en el ET (más adelante se volverá sobre esta cuestión).

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que cuando el artículo 34.3 ET identifica la jornada máxima diaria se refiere a horas de trabajo efectivo. Sin entrar en el detalle de lo que se considere tiempo trabajo efectivo y lo que sea tiempo de no trabajo –cuestión que es objeto de análisis en otro capítulo de esta obra–, lo cierto es que su deslinde no está exento de interrogantes. No se trata de una cuestión baladí, pues la identificación de los tiempos de trabajo va

a ser determinante para resolver las controversias que pudieran plantearse en relación con el cumplimiento de las limitaciones legales o convencionales en relación con la jornada de trabajo –tiempos de trabajo diarios, semanales, descansos entre jornadas, semanales, etc.–

Es cierto que tanto el TJUE como los tribunales nacionales han tenido ocasión de pronunciarse en numerosas ocasiones sobre esta cuestión, mediante la identificación en cada caso particular de qué se considera tiempo de trabajo y qué no lo es ¹⁶. De sobra es conocida la posición de las normas comunitarias y del TJUE sobre esta dicotomía. Así, la STJUE de 28 de octubre de 2021 (asunto C-909/19) recuerda que los conceptos de tiempo de trabajo y de no trabajo se excluyen mutuamente y que la Directiva 2003/88 no contempla una «categoría intermedia». Como se argumenta en la referida sentencia, uno de los factores determinantes para considerar que concurren las condiciones del concepto de «tiempo de trabajo», en el sentido de la Directiva, «es el hecho de que dicho trabajador está obligado a hallarse físicamente en el lugar determinado por el empresario y a permanecer a disposición de este para poder prestar sus servicios inmediatamente en caso de necesidad» ¹⁷.

Como se señalaba anteriormente, la posibilidad de que el convenio colectivo o el acuerdo de empresa altere al alza el máximo diario de horas de trabajo efectivo no es absoluta, en cualquier caso, el acuerdo alcanzado entre las partes se sujeta a dos límites:

Uno, el respeto a los períodos mínimos de descanso que prevé el ET. Señaladamente, el descanso mínimo de doce horas entre jornadas (art. 34.3 ET).

Otro, el respeto a la jornada máxima semanal de cuarenta horas de promedio en cómputo anual (art. 34.1 ET), sin perjuicio de la posibilidad de distribución irregular de la jornada de trabajo a la que luego se hará referencia.

Haciendo uso de esa habilitación legal, es habitual que los convenios colectivos incluyan previsiones por las que se modifica la jornada diaria de trabajo. Así, el convenio colectivo del sector de grandes almacenes (BOE 22 junio 2021),

¹⁶ Véase SÁEZ LARA, C.: «Jurisprudencia comunitaria sobre ordenación del tiempo de trabajo», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 130, 2015, pp. 243-270. MARTÍN RODRÍGUEZ, M. O.: «Las directrices de la Unión Europea sobre tiempo de trabajo, su interpretación por el Tribunal de Justicia y sus repercusiones en el sistema español», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 194, 2017. Sobre la identificación del tiempo de trabajo efectivo en los pronunciamientos de los tribunales nacionales: GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.; MERCADER UGUINA, J.: «El concepto de «tiempo de trabajo efectivo» en la doctrina reciente de los tribunales», *Revista de Información Laboral*, núm. 12, 2017.

¹⁷ En esta línea continuista, la sentencia del TJUE 11 noviembre 2021 (asunto C214/20), considera que una imposición del empresario de permanecer de guardia las 24 horas del día, los 7 días de la semana, y no reconocer como tiempo de trabajo esas horas de guardia, vulnera las normas comunitarias que garantizan los derechos al descanso diario, semanal y la duración máxima del tiempo de trabajo semanal.

prevé que «como mínimo trimestralmente, o con la antelación y periodicidad que esté establecida por acuerdo a nivel de empresa, las personas trabajadoras conocerán el momento en que deben prestar el trabajo, y los fines de semana de descanso de calidad, salvo que, en función del sistema establecido en cada empresa, se facilite anualmente. En dicha distribución se podrá tener en cuenta la mayor intensidad en la actividad comercial en determinados días de la semana y momentos del año, pudiendo ampliarse el número de horas ordinarias diarias, respetando en todo caso el descanso entre jornadas (art. 26.1).

El convenio colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva para los años 2020 y 2021 (BOE 14 mayo 2021), dispone en el artículo 22.b) que «el número de horas ordinarias de trabajo efectivo será de ocho diarias, salvo que por acuerdo con la representación legal de los trabajadores, allí donde exista, se establezca otra distribución del tiempo de trabajo diario, respetando en todo caso el descanso entre jornadas».

El convenio colectivo estatal de centros y reforma juvenil y protección de menores (BOE 14 agosto 2020) prevé que «el número de horas ordinarias de trabajo efectivo no podrá ser superior a nueve diarias en jornada completa o su proporción en base a la jornada especificada en el contrato a tiempo parcial. No obstante, mediante la programación funcional de los centros se podrán establecer jornadas de hasta 12 horas, siempre de mutuo acuerdo entre la empresa y la representación legal del personal o, en su defecto, con la propia persona trabajadora, siempre respetando la jornada máxima anual y los descansos diario y semanal que este convenio colectivo establece. Las personas trabajadoras menores de 18 años no podrán realizar más de 8 horas diarias de trabajo efectivo» (art. 38.6).

b') *El descanso entre jornadas*

El artículo 34.3 ET fija el descanso mínimo entre jornadas de trabajo en doce horas. Nos encontramos ante un mínimo de derecho absoluto que no puede ser alterado ni por acuerdo entre empresario y representantes de los trabajadores, ni por vía del contrato de trabajo. Aun cuando se admita la ampliación de las horas diarias de trabajo efectivo, el límite de las doce horas de descanso entre jornadas funciona como parapeto que no puede ser superado y que garantiza, en cualquier caso, el derecho a la protección de la seguridad y

salud de los trabajadores con el reconocimiento de un tiempo mínimo de doce horas de descanso y, por tanto, de desconexión de sus obligaciones laborales ¹⁸.

En relación con la garantía del respeto al período mínimo de descanso entre jornadas, la STJUE 17 marzo 2021 (asunto C-585/19) ha considerado que «el artículo 2, punto 1, y el artículo 3 de la Directiva 2003/88 deben interpretarse en el sentido de que, cuando un trabajador ha celebrado con un mismo empresario varios contratos de trabajo, el período mínimo de descanso diario, establecido en dicho artículo 3, se aplica a tales contratos considerados en su conjunto y no a cada uno de ellos por separado», lo que convierte al trabajador, y no al contrato, en el objeto de protección de la norma ¹⁹.

La sentencia del TJUE daba respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal de Distrito de Bucarest, en relación con el alcance y contenido del período mínimo de descanso de 11 horas entre jornadas previsto en artículo 3 de la Directiva 2003/88. En particular, el Tribunal cuestionaba si la expresión «tiempo de trabajo» incluido en el artículo 2.1 de la Directiva, significa «todo el período durante el cual el trabajador permanezca a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones» en virtud de un solo contrato (a jornada completa) o en virtud de todos los contratos de trabajo celebrados por ese trabajador. Y, consecuencia de lo anterior, si el límite de 11 horas consecutivas de descanso entre jornadas *ex* artículo 3 de la Directiva se aplicaría a un solo contrato o a todos los contratos celebrados por un trabajador con el mismo o con diferentes empresarios.

Para el TJUE la solución es clara y descansa sobre la premisa de que al referirse el artículo 3 de la Directiva a «todos los trabajadores», la correcta interpretación del precepto determina que la que la jornada diaria máxima se aplica a cada trabajador –y no a cada contrato– aun cuando se hubieran celebrado varios contratos de trabajo entre un trabajador y un empresario. Añade el TJUE que «el empleo del adjetivo indefinido *todos*, (...) pone el acento en

¹⁸ Ello, sin perjuicio de la posibilidad que prevé el artículo 2.1 RDJE en cuanto a que en determinados trabajos puede reducirse el tiempo mínimo de descanso entre jornadas regulado con carácter general en el artículo 34.3 ET. Semejante excepción solo se aplica a los trabajos y/o funciones reguladas en la norma y no a otras.

¹⁹ Véase un detallado análisis de la sentencia en: ROJO TORRECILLA, E.: Jornada máxima diaria por trabajador, y no por los contratos que pueda haber celebrado con el mismo sujeto empleador. Notas a la sentencia del TJUE de 17 de marzo de 2021 (asunto C-585/19). <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/03/jornada-maxima-diaria-por-trabajador-y.html#:~:text=marzo%20de%202021-,Jornada%20m%C3%A1xima%20diaria%20por%20trabajador%2C%20y%20no%20por%20los%20contratos,asunto%20C%2D585%2F19>). También en NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: ¿Es cierto que el TJUE ha declarado que el descanso diario entre jornadas es siempre por trabajador y no por contrato?: <https://almacendederecho.org/es-cierto-que-el-tjue-ha-declarado-que-el-descanso-diario-entre-jornadas-es-siempre-por-trabajador-y-no-por-contrato>

el trabajador, cualquiera que sea y con independencia de que haya celebrado o no varios contratos de trabajo con el empresario».

Lo cierto es que un fallo de signo contrario, que permitiera la reducción del tiempo de descanso entre jornadas, convirtiendo ese tiempo de descanso en tiempo de trabajo por haberse celebrado dos o más contratos con un empresario, no sería coherente con el propio objeto de las normas comunitarias. La finalidad de garantizar la seguridad y salud en el trabajo no se cumpliría si el TJUE no avalase el respeto de los períodos mínimos de descanso previstos en la Directiva, en cualquier circunstancia.

Alude también el tribunal al hecho de que las normas comunitarias tratan de evitar que el sujeto más débil de la relación laboral pueda llegar a sufrir restricciones de sus derechos por parte del empresario. Y esa es, precisamente, la situación que podría plantearse en caso de que se celebrarán dos o más contratos con el mismo empresario con una jornada en cómputo global –que comprendiera la jornada de cada contrato individual–, que limitara derechos indisponibles conforme a las normas comunitarias.

Bien es cierto que el artículo 17 Directiva permite que «desde el respeto de los principios generales de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, los Estados miembros podrán establecer excepciones a lo dispuesto en los artículos 3 a 6, 8 y 16 cuando, a causa de las características especiales de la actividad realizada, la jornada de trabajo no tenga una duración medida y/o establecida previamente o cuando pueda ser determinada por los propios trabajadores», pero, a juicio del Tribunal, tales excepciones «deben ser objeto de una interpretación que limite su alcance a lo estrictamente necesario para salvaguardar los intereses que dichas excepciones permiten proteger (sentencia de 21 de febrero de 2018, Matzak, C518/15, apartado 38 y jurisprudencia citada)» y, desde luego, no se aplican al caso enjuiciado por no concurrir las condiciones contempladas en el propio artículo 17.

Muy interesantes con las consideraciones del Abogado General en el asunto enjuiciado, y que el TJUE hace suyas en la sentencia. Para el Abogado General, una interpretación sistemática y teleológica de la Directiva pone de manifiesto que los límites de la duración de la jornada de trabajo deben respetarse en relación con cada trabajador –y no con cada contrato–, para garantizar el efecto querido por las normas comunitarias. Desde esta perspectiva, considera que los argumentos que formulan algunos Estados miembros en relación con «el margen de manobra que tienen en lo que respecta a los criterios de aplicación de lo dispuesto en los artículos 3 y 6, letra b), de la Directiva 2003/88 son infundados», pues «rebasar los citados límites por el mero hecho de que el trabajador haya suscrito varios contratos de trabajo supondría «vaciar de con-

tenido» el núcleo esencial de la protección, perjudicando significativamente el efecto útil de la Directiva».

En la cuestión planteada por el Tribunal de Distrito de Bucarest también se aludía al supuesto de que el trabajador hubiera celebrado contratos a tiempo parcial con diferentes empresarios, cuestionando si en ese caso también resultarían de aplicación las limitaciones antes indicadas o, por el contrario, si aquellas solo operarían cuando los contratos se hubieran celebrado con un mismo empresario. La sentencia no se pronuncia sobre esta cuestión al considerar que asunto sometido a consideración, se centraba en el caso de un trabajador que había suscritos varios contratos con un único empresario.

Aun cuando el TJUE no se haya pronunciado de forma expresa sobre esta cuestión, una lectura detallada de las conclusiones del Abogado General permite intuir por dónde podrían ir futuros pronunciamientos del TJUE. Considera el Abogado General que se trata de supuestos que «eventualmente podrían revestir cierto interés en una futura reflexión sobre la cuestión de la celebración de contratos de trabajo múltiples con diversos empresarios», sobre todo porque habría que resolver los interrogantes acerca de la responsabilidad contractual de los distintos empresarios en cuanto al cumplimiento de las obligaciones de seguridad y salud y sobre la posibilidad de tener conocimiento de situaciones que escaparían al control de los propios empresarios que podrían desconocer que un trabajador ha suscrito contratos a tiempo parcial con diversos empresarios.

A juicio del Abogado General, en la liza entre el derecho del trabajador a trabajar y a ejercer una profesión libremente elegida o aceptada –derecho reconocido de forma incondicional por la Carta de los Derechos Fundamentales– y la protección de la seguridad y salud, la finalidad tuitiva de la Directiva 2003/88 y la posición de debilidad del trabajador, inclinarían la balanza a favor de la protección de la salud del trabajador. Y ello, sobre la premisa de que «existen límites externos de carácter público, vinculados a intereses generales, como la protección de la salud y la seguridad en el trabajo, que prevalecen sobre eventuales intereses privados, incluso aquellos que pudiera tener el propio trabajador, en línea con la interpretación correcta del artículo 52, apartado 1, de la Carta».

La ausencia de una solución clara por el TJUE en relación con el derecho a un período mínimo de descanso diario, cuando un trabajador ha celebrado dos contratos a tiempo parcial con distintos empresarios plantea no pocos interrogantes en el ámbito de la legislación española.

El principal de ellos es si puede considerarse que estamos ante una práctica permitida por las normas comunitarias, sobre todo cuando el legislador

nacional no ha incluido referencia alguna a la limitación de horas de trabajo diarias cuando el trabajo se presta al amparo de varios contratos a tiempo parcial, suscritos con varios empresarios y sí alude, en cambio, a esta limitación cuando regula el trabajo de los menores. ¿Quiere ello decir que el ET permite que en el caso de trabajadores mayores de dieciocho años que hayan suscrito varios contratos a tiempo parcial con varios empresarios, se permite sobrepasar el límite diario fijado en el ET con carácter general y no respetar, por tanto, el descanso mínimo entre jornadas?

Lo cierto es que, hoy por hoy, a la luz de la normativa nacional y de la interpretación mantenida hasta el momento por las normas nacionales, no se puede dar una respuesta indubitada a esta cuestión. Si atendemos tanto a las consideraciones del Abogado General, como a la sentencia del TJUE, habría de concluirse que los límites de jornada y la garantía de descansos previstos en la Directiva lo son por trabajador y no por contrato, por lo que se aplicarían a cada trabajador asalariado, con independencia de los contratos suscritos.

Pero tampoco faltan argumentos en contra a esta solución. La regulación del propio ET, que no ha sido cuestionada por el TJUE, permite mantener que el límite de horas de trabajo efectivo y el respeto al descanso diario solo juegan respecto de una relación laboral con un único empresario. Junto a esas consideraciones no pueden obviarse dos argumentos doctrinales: que las limitaciones de jornada y la garantía de descansos mínimos son un imperativo para el empresario, pero no para el trabajador sobre la base puesto que nuestro ordenamiento permite tanto el pluriempleo como la pluriactividad y que, si bien nos encontramos ante derechos indisponibles por convenio o por contrato, nada impide que el trabajador pueda dejar de ejercer sus derechos mediante la disposición de los períodos de descanso que se le reconocen legalmente²⁰.

Problemas semejantes al aquí analizado se han planteado en los casos de sucesión de contratistas que han provocado que un trabajador, que inicialmente prestaba sus servicios a tiempo parcial para dos empresarios, pase, como consecuencia de la sucesión empresarial a quedar vinculado con un solo empresario manteniendo los dos contratos²¹. Así, la STS 15 octubre 2013 (rec. 3098, 2012) analiza el caso de una trabajadora pluriempleada en dos centros de trabajo con empresas diferentes. El cambio de contratista provoca que la trabajadora preste servicios para el mismo empresario con dos contratos de trabajo y la suma de las

²⁰ Cfr. NOGUEIRA GUASTAVINO, M. (*cit.*).

²¹ Véase el detallado análisis de esta problemática en: MUÑOZ RUIZ, A. B.: «La cuestión de la aplicación del límite de la jornada máxima a las situaciones de superposición de dos vínculos contractuales con un mismo empresario como consecuencia de la sucesión de empresa», *Revista de Información Laboral*, núm. 2, 2015.

horas de trabajo en los dos centros de trabajo supera la jornada máxima permitida. A juicio del Tribunal, la reducción de jornada que había aplicado la empresa es ajustada a derecho al tratarse de normas de derecho necesario en materia de tiempo de trabajo.

La sentencia cuenta con un voto particular formulado por Aurelio Desdentado. Para el Magistrado «la subrogación se produce en el marco de un contrato de trabajo con otra empresa que coexistía y era compatible con otro vínculo contractual con la demandada. Dos contratos de trabajo, por tanto, antes de la subrogación y dos contratos también después de ésta, es decir, una situación de pluriempleo que era posible antes y que debe seguir siendo posible después, pues la prohibición de la jornada máxima afecta a un vínculo contractual no a dos o más vínculos y lo único que se ha producido es un cambio de la persona del empleador en una relación laboral y la coincidencia de ese empleador con el que ya lo era en la segunda relación. Si no se respeta esta situación se vulnera la norma que establece la garantía de la subrogación y se perjudica al trabajador, que no solo pierde la retribución correspondiente a un tiempo de trabajo superior que era compatible con la regla sobre jornada máxima legal, sino que también pierde, al menos en parte, su segundo contrato en el caso de una nueva subrogación».

3. EL TIEMPO DE TRABAJO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: SU APLICACIÓN EN LA EMPRESA

A) **Las competencias del convenio colectivo en la determinación y organización de la jornada de trabajo**

Prevé el artículo 34.3 ET que la duración de la jornada de trabajo se determina por convenio colectivo o por contrato de trabajo. En particular, corresponde al convenio fijar la Duración máxima de la jornada en su ámbito de aplicación. De esta forma, el legislador, lejos de atribuirse las competencias en materia de organización de la jornada de trabajo, estableciendo una regulación común a todos los ámbitos y sectores de la producción, ha optado por que sean los interlocutores sociales quienes acuerden la jornada de trabajo en sus respectivos ámbitos de aplicación. El legislador estatal solo se reserva la potestad de fijar los límites que deben cumplir los interlocutores sociales y que no son disponibles por el convenio colectivo (jornada máxima semanal en cómputo anual, descanso entre jornadas, descanso semanal, vacaciones...).

Desde esta perspectiva, conviene recordar que las posibilidades del convenio y del contrato en relación con la jornada de trabajo no son ilimitadas, sino que el número máximo de horas de trabajo que prevén el ET y sus normas de desarrollo funciona como un límite absoluto que no puede ser sobrepasado por aquellos. Convenio colectivo y contrato individual pueden, por tanto, establecer jornadas equivalentes o inferiores a la establecida por la norma superior.

El sometimiento del convenio colectivo a las normas legales y reglamentarias supone, asimismo, que el convenio deba adaptarse de forma automática a cualquier modificación legal de la jornada de trabajo. Como en su momento falló el Tribunal Constitucional, la entrada en vigor de una nueva disposición legal que afecte a la jornada de trabajo deberá producirse cuando prevea la propia norma, sin que tal entrada en vigor pueda verse diferida porque existan convenios colectivos que recojan la regulación previa²².

Son varias las atribuciones que el ET reconoce a la negociación colectiva en relación con la jornada de trabajo:

- La posibilidad de prever una distribución irregular de la jornada de trabajo a lo largo del año –a la que luego se hará referencia–.
- La posibilidad de ampliar las horas de trabajo diarias más allá de las nueve horas que prevé el ET. Siempre que se respete, en cualquier caso, el tiempo mínimo de doce horas entre jornada y jornada y el tiempo de descanso semanal.

Por otro lado, aunque el papel del convenio colectivo sea, precisamente, fijar la jornada de trabajo en su ámbito de aplicación, nada impide que, al margen de la distribución irregular de la jornada, se recoja una jornada flexible que mediante la utilización de criterios objetivos y transparentes, pueda incrementar o disminuir las horas de trabajo de la jornada de referencia en el sector a fin de ajustarla a las necesidades de la empresa evitando, por ejemplo, extinciones de contratos de trabajo. En este sentido la STS 11 mayo 2016 (rec. 76/2015), reconoce la posibilidad de que vía convenio colectivo se aplique esta flexibilidad en la jornada de trabajo. La sentencia considera que se enmarca en los límites del artículo 34.3 ET la posibilidad de que el convenio establezca una «jornada laboral de referencia que es inferior a la máxima legal, pero que puede ser ampliada o reducida de manera colectiva, conforme a unas reglas

²² STC 210/1990, de 20 diciembre, que, al pronunciarse sobre la reducción de la jornada máxima legal a 40 horas a la semana en cómputo anual, consideró que afectaba a todos los convenios colectivos negociados con arreglo a la antigua normativa. Esos convenios debían adaptar sus previsiones a la nueva regulación legal establecida por la Ley 4/1983, de 29 de junio.

que el convenio fija (art. 99), cuando concurren las circunstancias previstas expresamente en el convenio (art. 100), siempre que se siga el procedimiento previsto para su aplicación (art. 101), donde está previsto que la comisión paritaria del convenio colectivo constatare que concurren las circunstancias que habilitan el uso de la flexibilidad, lo que comportará que la empresa deba compensar en tiempo o en metálico las ampliaciones y reducciones colectivas de jornada que se aprueben (artículos 102, 103 y 149 del convenio colectivo), siendo de señalar que la jornada de trabajo, incluso cuando se amplía en los diez días permitidos, no supera el máximo legal anual».

A juicio del tribunal, se trata de una potestad legítima sobre todo cuando ocurre en organizaciones productivas en las que «existen altibajos frecuentes en la producción que han provocado varios procesos de ERTE en los años anteriores a la firma del convenio, donde se establece un posible incremento de jornada con el que ni se supera el máximo de 40 horas semanales, ni el de 8 horas diarias, (...) siendo la actividad productiva extraordinariamente sensible a la demanda que tiene múltiples ocasiones en las que sobreviven incrementos o reducciones de pedidos».

No terminan las atribuciones al convenio colectivo con la determinación de la jornada de trabajo –diaria, semanal, anual–, sino que sus competencias incluyen asimismo la regulación del horario de trabajo en un ámbito determinado o, entre otras, la identificación de los tiempos que lo son de trabajo y que, por tanto, computan dentro de la jornada de trabajo. El análisis del contenido de los convenios colectivos en materia de jornada pone de manifiesto el importante papel que juega este instrumento al identificar los criterios para el establecimiento y la distribución de la jornada. En este sentido, los convenios sectoriales de ámbito autonómico y provincial, principalmente, muestran una tendencia a la reducción de la jornada anual y a la concreción de los modelos de gestión de la jornada para hacer frente a las necesidades de productivas de las empresas²³.

Ya el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (2012 a 2014) al determinar la estructura de la negociación colectiva en materia de jornada, fijaba la distribución de funciones entre los convenios de distinto ámbito de la siguiente forma: a) Los convenios sectoriales y especialmente los provinciales, por su proximidad a la empresa, deberían fijar las reglas generales de la flexibilidad del tiempo de trabajo. b) Los convenios sectoriales promoverán una adaptación negociada en el ámbito de la empresa de lo pactado en el sector. c)

²³ Véase en este sentido Convenio colectivo para las empresas y las personas trabajadoras de transporte sanitario de enfermos/as y accidentados/as (BOE 25 septiembre 2020).

Los convenios, especialmente los de empresa, debieran promover la racionalización del horario de trabajo con el objetivo de mejorar la productividad y favorecer la conciliación de la vida laboral y personal²⁴.

a) DETERMINACIÓN DE LA JORNADA MÁXIMA

Es habitual que los convenios identifiquen la jornada máxima anual y remitan para su distribución a la empresa en la que haya de aplicarse. En este sentido, el Convenio colectivo del sector de grandes almacenes (BOE 11 junio 2021), prevé en el artículo 25 una jornada máxima de 1770 horas de trabajo efectivo que deben distribuirse, con carácter general a nivel de empresa (art. 26). Para el III Convenio colectivo marco estatal del sector ocio educativo y animación sociocultural (BOE 22 marzo 2021), la jornada de trabajo es de un máximo de 1742 horas de tiempo máximo de trabajo efectivo, en cómputo anual, que se distribuyen en jornadas semanales de 38 horas y 30 minutos de tiempo máximo de trabajo efectivo.

El VII Convenio colectivo estatal para los centros de enseñanza de peluquería y estética, de enseñanzas musicales y de artes aplicadas y oficios artísticos (BOE 28 diciembre 2020) diferencia entre la jornada del personal docente (art. 18) con una duración de treinta y tres horas semanales y de 38 horas para el personal con funciones directivas y la jornada de trabajo del personal no docente (art. 19), con una jornada semanal de treinta y nueve horas que, además, durante los meses de julio y agosto, podrá realizarse de forma continuada, respetando los períodos de descanso durante la jornada de trabajo.

El Convenio colectivo estatal de empresas de servicios auxiliares de información, recepción, control de accesos y comprobación de instalaciones (BOE 17 septiembre 2021), recoge diferentes jornadas que se van reduciendo progresivamente a medida que pasan los años (art. 27). Así, desde la firma del convenio, y hasta el 31 de diciembre de 2021, la jornada será de 1.826 horas/año en cómputo anual, a razón de 166 horas mensuales, quedando fijada en 1.815 horas/año en cómputo anual, a razón de 165 horas mensuales, desde el 1 de enero de 2022, y desde el 1 de enero de 2023 la jornada será de 1.804 horas/año en cómputo anual, a razón de 164 horas mensuales.

²⁴ Una detallada exposición del contenido de este acuerdo en CÁMARA BOTÍA, A.: «La distribución irregular de la jornada de trabajo en la reforma laboral de 2012», en *Crisis económica, reformas laborales y protección social homenaje al profesor Jesús María Galiana Moreno*, Universidad de Murcia, 2014, pp. 23-41.

Con especial referencia a sujetos incluidos en el RD de jornadas especiales de trabajo, el convenio colectivo estatal de pastas, papel y cartón (BOE 29 julio 2021), dispone (art. 9.1) que la jornada máxima anual de trabajo efectivo, tanto partida como continuada, será de 1744 horas para cada uno de los años de vigencia del Convenio. La excepción se aplica a «los puestos de portería que disfruten de casa-habitación como los puestos de seguridad y vigilancia que tengan asignado el cuidado de una zona limitada con casa-habitación dentro de ella, y siempre y cuando no se les exija una vigilancia constante, que podrán trabajar hasta 54 horas semanales con el abono de las que excedan de la jornada máxima legal o pactada en la forma y con las limitaciones establecidas en la legislación vigente».

b) ESTABLECIMIENTO DEL CALENDARIO Y DEL HORARIO DE TRABAJO

En el marco de la determinación de la jornada máxima de trabajo, corresponde también al convenio colectivo fijar el calendario con la distribución de los tiempos de trabajo de la empresa y el horario de trabajo.

En relación con este aspecto, el IV Convenio colectivo sectorial estatal de servicios externos auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios (BOE 28 marzo 2017), reconoce que son las empresas, como consecuencia de su potestad en la organización del trabajo, quienes deberán establecer el horario de disfrute de la pausa dentro de la jornada de trabajo diaria, a estos efectos durante la pausa, el trabajador no podrá realizar ningún tipo de servicio y podrá ausentarse de su puesto de trabajo por el tiempo expresado. En la misma línea, se dispone (art. 34) que la empresa elaborará el calendario anual de prestación de servicio que deberá incluir a todos los trabajadores del centro de trabajo. También el convenio colectivo estatal de empresas de servicios auxiliares de información, recepción, control de accesos y comprobación de instalaciones (BOE 17 septiembre 2021), reconoce que por las especiales características de la actividad regulada en el convenio, la fijación en cada momento del horario de trabajo es una facultad de la empresa, sin que sea preciso más condicionante que el de preavisar al trabajador afectado con quince días de antelación, cualquiera que sea el tiempo en que hubiere permanecido en su anterior horario y siempre que no constituya una modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

c) PERÍODOS DE DESCANSO

Respecto de los períodos de descanso, la técnica general pasa por que los convenios colectivos reiteran las previsiones legales y ajustan los períodos de descanso a lo previsto en el ET. En esta línea, el Convenio colectivo del sector de grandes almacenes (BOE 11 junio 2021), reitera el derecho al descanso semanal de día y medio ininterrumpido, que podrá acumularse en períodos de hasta cuatro semanas o separarse del día completo para su disfrute en otro día de la semana, y el día completo de descanso semanal, que podrá disfrutarse cualquier día de la semana, podrá acumularse dentro de un ciclo no superior a catorce días. El III Convenio colectivo marco estatal del sector ocio educativo y animación sociocultural (BOE 22 marzo 2021) no indica con exactitud el tiempo mínimo de descanso (art. 51), pero señala que deben ser, preferentemente, con criterio general, el sábado y el domingo. En cambio, el IV Convenio colectivo sectorial estatal de servicios externos auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios (BOE 28 marzo 2017) amplía la duración del descanso semanal (art. 33) a 2 días ininterrumpidos, para todos los trabajadores, salvo pacto en contrario.

d) IDENTIFICACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO

Sin duda, uno de los aspectos clave a desarrollar por vía convencional es el relativo a la determinación de los tiempos que se consideran de trabajo. Ninguna previsión contiene el ET, y se limita a señalar que «el tiempo de trabajo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo» (art. 34.5). La determinación, por tanto, de los tiempos que se consideren de trabajo efectivo y computen en la jornada de trabajo compete al convenio colectivo.

Sin ánimo exhaustivo y en el mero propósito de indicar alguna previsión convencional concreta, el VII Convenio colectivo estatal para los centros de enseñanza de peluquería y estética, de enseñanzas musicales y de artes aplicadas y oficios artísticos (BOE 28 diciembre 2020) prevé que los períodos de descanso en jornadas superiores a 6 horas diarias se consideran como de trabajo efectivo. Por su parte el VII convenio colectivo estatal para los centros de enseñanza de peluquería y estética, de enseñanzas musicales y de artes aplicadas y oficios artísticos (BOE 28 diciembre 2020), prevé que las horas de mera presencia en el centro no serán consideradas como de trabajo, excepto que tenga que permanecer en él por la distribución de la jornada de trabajo que realice el empresario (art. 20).

En fin, el IV convenio colectivo sectorial estatal de servicios externos auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios (BOE 28 marzo 2017), establece que «será considerado en todo caso como tiempo de trabajo efectivo, sin imputación al citado crédito horario, el correspondiente a las reuniones del Comité de Seguridad y Salud y a cualesquiera otras convocadas por el empresario en materia de prevención de riesgos, así como el destinado a las visitas previstas (...). También el tiempo dedicado a la formación será considerado como tiempo de trabajo a todos los efectos y su coste no podrá recaer en ningún caso sobre los delegados de prevención.

B) **La inaplicación de la jornada de trabajo regulada en convenio colectivo de ámbito superior**

Al regular la eficacia de los convenios colectivos el artículo 82.3 ET prevé que «obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia». No obstante, si concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y hay acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo, se podrá inaplicar en la empresa las condiciones de trabajo previstas en el convenio aplicable –de sector o de empresa–, en materia de jornada de trabajo (art. 82.3.a)²⁵.

El acuerdo, o al menos las acciones tendentes a lograrlo, se convierte en un elemento determinante de la posibilidad de inaplicar la jornada de trabajo prevista en el convenio de ámbito superior, por lo que no se ajusta a derecho y deviene inválida, la decisión del empresario adoptada al margen del procedimiento regulado en el artículo 82.3 ET²⁶. Y sus efectos, como viene manteniendo de forma reiterada por el Tribunal Supremo, se producen desde que las partes deciden sobre la inaplicación del convenio de ámbito superior, sin que

²⁵ En general sobre el descuelgue y sus condicionantes: CASTRO ARGÜELLES, M. A.: *Inaplicación o «descuelgue» del convenio colectivo*, Civitas, 2013. SÁEZ LARA, C.: «Descuelgue convencional y arbitraje obligatorio, en *La negociación colectiva tras las reformas legales: Especial referencia a Andalucía*», (coord. C. Sáez Lara), Junta de Andalucía, 2018, pp. 305-362. MELIÁN CHINEA, L. M.: «La inaplicación del convenio colectivo en procesos de reestructuración empresarial», en *Reestructuraciones empresariales: Comunicaciones del XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2021, pp. 181-196.

²⁶ Por ejemplo, incumplimiento de las fases en el procedimiento de negociación y/o los plazos establecidos: STSJ Andalucía 27 febrero 2014 (rec. 26/2014). Esa decisión unilateral del empresario, adoptada al margen del procedimiento legalmente previsto es constitutiva de infracción grave tipificada en el artículo 7.6 LISOS.

se reconozcan efectos retroactivos a esa posibilidad [SSTS 7 julio 2015 (rec. 206/2014) y 23 diciembre 2015 (rec. 28/2015)].

El acuerdo de inaplicación de la jornada de trabajo fijada en convenio de ámbito superior puede resultar aplicable en toda la empresa, que se descuelga así íntegramente de la duración de la jornada establecida en el convenio de aplicación, pero nada impide que el acuerdo de inaplicar la duración de la jornada afecte solo a un centro o a varios centros de trabajo, o incluso a ámbitos inferiores al de centro de trabajo.

Si no hay acuerdo entre empresario y representantes de los trabajadores y, además, no hay posibilidad de acudir a los procedimientos previstos en el propio convenio, la inaplicación de la jornada de trabajo podrá someterse a la consideración de terceros que resolverán sobre la solicitud del empresario²⁷.

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse específicamente sobre la posibilidad de modificación de la jornada de trabajo en solicitudes de adaptación de aquella para dar respuesta a las necesidades productivas de la empresa, la STS de 11 mayo 2016 (rec. 76/2015)²⁸ resuelve la impugnación instada por los sindicatos de la modificación propuesta por la empresa, indicando que «el motivo no puede prosperar porque al regular la jornada flexible y su modificación el convenio colectivo se limita a implementar lo dispuesto, precisamente, en los artículos del ET cuya infracción se alega, siendo de resaltar que el artículo 41.4 del ET, al que se remite el artículo 82.3, reconoce la preferente aplicación de los procedimientos específicos para la modificación de las condiciones contractuales que se puedan pactar en convenio colectivo, cual ha sucedido en el presente caso en el que el convenio colectivo establece un procedimiento similar al que regula el citado artículo 41.4 (...). No puede, por tanto, concluirse que con los preceptos convencionales impugnados se pretende eludir la aplicación de las normas del Estatuto de los Trabajadores, por cuanto se ajustan a lo dispuesto en ellos y, al efecto, se agiliza la celebración de consultas y la toma de acuerdos, pero al final la parte social de la Comisión Paritaria debe constatar y aprobar las medidas propuestas por mayoría».

²⁷ Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, cuando la decisión de inaplicación afecte a centros de trabajo situados en el territorio de más de una Comunidad Autónoma o al órgano correspondiente de la comunidad autónoma, en los demás casos.

²⁸ Véase sobre la sentencia ALONSO GÓMEZ, R.: «Las condiciones de los acuerdos de inaplicación siguen vigentes mientras el convenio esté ultraactivo STS (Sala de lo Social) núm. 673/2018, de 26 de junio de 2018 (RJ 2018, 3753)», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, 2018.

C) **Prioridad aplicativa del convenio y jornada de trabajo**

El artículo 84.2 ET reconoce la prioridad aplicativa del convenio de empresa sobre el de ámbito superior en materias vinculadas al tiempo de trabajo tales como «el horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones» (art. 84.3.b ET). Sin embargo, la prioridad aplicativa del convenio de empresa no se extiende a todos los aspectos de la jornada de trabajo, sino que se encuentra limitada solo a algunos de aquellos. En particular, y en lo que aquí interesa, esta medida no alcanza a la determinación de la jornada máxima anual, de forma que la empresa que pretenda modificar la duración de la jornada prevista en convenio colectivo de ámbito superior deberá acudir bien al procedimiento de descuelgue antes analizado, bien a la modificación sustancial de condiciones de trabajo que regula el artículo 41 ET, la posibilidad de acudir a cualquiera de esas medidas requiere que concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, así como que haya un procedimiento de negociación con los representantes de los trabajadores²⁹.

La prioridad aplicativa del convenio de empresa en relación con las materias antes referidas, se manifiesta en ciertos convenios colectivos que expresamente indican que «de conformidad con lo dispuesto en los artículos 83.2 y 84 del Estatuto de los Trabajadores, los supuestos de concurrencia entre los convenios de diferentes ámbitos deben resolverse en favor de la aplicación de las disposiciones recogidas en el convenio colectivo supraempresarial específico basándose en el denominado principio de especialidad, salvo lo previsto en el apartado 2 del propio artículo 84 del ET que especifica que la regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa, grupo de empresas o una pluralidad de empresas (...) podrá negociarse en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior, tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en las siguientes materias: (...) El horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones» (art. 7 III Convenio colectivo marco estatal del sector ocio educativo y animación sociocultural, BOE 22 marzo 2021).

²⁹ Hace tiempo que parte de la doctrina pone de manifiesto la inadaptabilidad de los convenios colectivos «su escasa sensibilidad a las circunstancias, a la realidad diversificada y mutable de las empresas», pues «desde una perspectiva microeconómica, la negociación colectiva adolece de falta de adaptabilidad a la situación y circunstancias de la empresa. La negociación colectiva hoy debe ser un instrumento de adaptación del factor trabajo a la organización laboral y viceversa»: PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.; THIBAUT ARANDA, J.: «La reforma de la negociación colectiva (1)», *Relaciones Laborales*, núm. 14, 2010.

En otro orden de consideraciones, y también en el marco de las previsiones del artículo 84, el apartado 3 prevé la posibilidad de que los interlocutores sociales –que reúnan los requisitos de legitimación exigidos– puedan, en determinadas condiciones y en el ámbito de una comunidad autónoma, negociar acuerdos o convenios que afecten a lo dispuesto en un convenio de ámbito estatal.

De esta posibilidad de afectación se excluye, por considerarse materia no negociable en el ámbito de la comunidad autónoma, la jornada máxima anual de trabajo. En relación con esta cuestión, los sucesivos acuerdos para la negociación colectiva al articular los distintos niveles de negociación atribuían al convenio colectivo sectorial la fijación de la jornada máxima de trabajo, así como, en su caso, los criterios generales de distribución del tiempo de trabajo. Al convenio de ámbito inferior se encomendaba la concreción de la distribución del tiempo máximo de trabajo teniendo en cuenta las particularidades o las necesidades de ese ámbito concreto³⁰.

En línea con estas previsiones, el convenio colectivo para las empresas y las personas trabajadoras de transporte sanitario de enfermos/as y accidentados/as (BOE 25 septiembre 2020), regula en el artículo 11 la distribución de materias en los diferentes niveles de negociación, previendo que el esquema de distribución y coordinación de competencias negociadoras entre los diferentes niveles se aplicará de conformidad con las reglas recogidas en el propio convenio. Así, existe reserva a la negociación de ámbito general estatal de la jornada laboral, con el alcance establecido en este acuerdo respecto de la definición de cada uno de los tiempos que componen la misma en los diferentes servicios. En la negociación de ámbito Autonómico o, en su caso, provincial, la jornada laboral es materia específica de la negociación colectiva sectorial en dicho ámbito «respetando la reserva en la materia establecida por este acuerdo y sin perjuicio del respeto de las condiciones más beneficiosas individuales y colectivas y la facultad de los Convenios de ámbito inferior de determinar el número máximo de horas de presencia y la jornada máxima en cifras inferiores a las establecidas en este acuerdo». El propio convenio reconoce que la distribución se realiza sin perjuicio de lo dispuesto en materia de prioridad aplicati-

³⁰ *Vid.* Resolución de 13 de mayo de 1997, Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva, apartado 5: «un Convenio Colectivo nacional de rama de actividad debería fijar la jornada máxima efectiva de trabajo en el cómputo que acuerden las partes y los criterios de su distribución en el sector correspondiente, reenviando a ámbitos inferiores el establecimiento de compromisos o estipulaciones que pudieran establecer la distribución irregular o no de la jornada, los periodos de descanso, vacaciones (...) así como otras disposiciones que son propias de ámbitos menores de negociación, a fin de ajustar el uso y administración de la jornada efectiva de trabajo».

va de los Convenios de empresa o grupos de empresa en determinadas materias, conforme a lo previsto en el artículo 84.2 ET.

También el TS se ha pronunciado sobre esta posibilidad de afectación y considera que la prohibición de concurrencia finaliza ante la pérdida de vigencia del convenio y a pesar de su mantenimiento en situación de ultraactividad. Por lo que «no incurre en ella el convenio colectivo de empresa que fija una jornada laboral superior a la prevista en el convenio colectivo sectorial al encontrarse este en régimen de ultraactividad» (STS 5 octubre 2021, rec. 4815/2018).

La aplicación de la doctrina anterior permite concluir que «la prohibición de concurrencia entre convenios colectivos que proclama como regla general el artículo 84.1 ET se extiende durante la vigencia del convenio preexistente. Expresión legal que hay que entender como la referida a la vigencia inicial prevista en el convenio o prorrogada expresamente por las partes, pero no al período posterior a tal vigencia, una vez el convenio ha sido denunciado, conocido como de vigencia ultraactiva, ya sea prevista en el propio convenio o, en su defecto, la establecida en el artículo 86.3 ET» (STS 5 octubre 2021, *cit.*)

4. LOS MECANISMOS DE FLEXIBILIZACIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO

A) **La distribución irregular de la jornada de trabajo. Regulación legal y recepción en la negociación colectiva**

Junto con los mecanismos generales de flexibilización que permiten el descuelgue del convenio de ámbito superior, la prioridad aplicativa del convenio de empresa o la modificación de la jornada de trabajo conforme al procedimiento del artículo 41 ET, el artículo 34.2 ET regula la posibilidad de distribuir de forma irregular la jornada anual de trabajo.

En relación con la caracterización de la jornada de trabajo, se ha señalado que «no existe una definición legal de distribución irregular de la jornada, pero sí cierto consenso de que se trata de un concepto jurídico indeterminado caracterizado, según la STS 19 de noviembre de 2002 (rec. 58/2002), por una operación en la que, tomado un módulo de cómputo de la jornada, en unos períodos se trabaja más y en otros menos, compensándolos entre sí dentro de un

lapso temporal determinado, para no alterar la duración total de la prestación comprometida»³¹.

Partiendo de esa identificación, la distribución irregular es la medida de flexibilidad laboral que permite adaptar la jornada de los trabajadores de la empresa para dar respuesta a las necesidades productivas u organizativas de aquella. Con el recurso a la jornada irregular, las empresas pueden reducir los tiempos de trabajo en épocas de menor actividad productiva, para incrementarlos en los períodos de mayor actividad, dando una respuesta adecuada a las necesidades de la empresa mediante la colocación de los tiempos de trabajo de modo no uniforme.

a) ALCANCE DE LA MEDIDA: ¿ES POSIBLE DISTRIBUIR IRREGULARMENTE LA TOTALIDAD DE LA JORNADA ANUAL?

La lectura del artículo 34.2 ET plantea un primer interrogante en relación con el número de horas o el porcentaje de la jornada que puede ser objeto de distribución irregular. El precepto solo dispone que podrá establecerse «la distribución irregular de la jornada a lo largo del año», si no hay acuerdo de distribución irregular con los representantes de los trabajadores, la empresa podrá distribuir irregularmente, un diez por ciento de la jornada de trabajo.

La ley reserva a los interlocutores sociales la posibilidad de determinar el alcance de la distribución irregular de la jornada anual, sin más limitaciones que las derivadas del cumplimiento de los períodos mínimos de descanso y del deber del empresario de comunicar al trabajador, con la antelación suficiente, los días y horas en los que prestará sus servicios. Cumpliendo ambos condicionantes, nada impediría que, en el marco del acuerdo alcanzado, pueda distribuirse de forma irregular la totalidad de la jornada anual de trabajo³².

En cambio, si no se ha previsto esta posibilidad en el convenio aplicable, o, en su defecto, no se ha alcanzado acuerdo con los representantes de los trabajadores, el empresario solo podrá distribuir irregularmente un máximo del diez por ciento de la jornada de trabajo. En este punto se plantea la duda de qué ocurre si el convenio colectivo no regula la posibilidad de distribución irregu-

³¹ IGARTUA MIRÓ, M. T.: «La flexibilización del tiempo de trabajo», *Trabajo y Derecho*, núm. 13, 2021.

³² En este sentido destaca VALVERDE ASENCIO, A. J.: «Tiempo de trabajo. En particular, sobre la nueva facultad empresarial de distribución irregular de la jornada como mecanismo de flexibilidad interna», en *La reforma del mercado de trabajo y su impacto en el sistema de relaciones laborales* (Dir. S. del Rey Guanter), La Ley, Madrid, 2013, p. 170, que el ET «no limita ni recoge como mínimo indispensable o indispensable, cuál sea la extensión del acuerdo sobre distribución irregular».

lar, o incluso que no haya convenio colectivo aplicable a la empresa y tampoco representantes de los trabajadores con los que negociar. En tal caso, puede cuestionarse si el empresario podría recabar la conformidad de los propios trabajadores de la empresa para ampliar el porcentaje del diez por ciento³³.

Aunque no faltan preceptos en las normas laborales que permiten alcanzar acuerdos directos con los trabajadores de la empresa en caso de inexistencia de representantes en la misma³⁴, no parece que sea esa la intención del legislador³⁵. Sobre todo, si nos atenemos a la claridad con la que el art. 34.2 ET manifiesta las dos opciones en relación con la posibilidad de distribución irregular de la jornada:

- El porcentaje que se recoja en el convenio colectivo, o el que acuerden empresario y representantes de los trabajadores, o
- Un máximo del diez por ciento en defecto de pacto, y el empresario debe decidir acerca de la distribución irregular.

No obstante, aun cuando no haya pacto al respecto, el ET no prohíbe la distribución irregular de más del diez por ciento *ex* artículo 34.2 ET, pero si el empresario decide incrementar de forma unilateral ese porcentaje, con la correspondiente modificación del horario preestablecido, estaríamos ante una decisión que va más allá del *ius variandi* ordinario, por lo que debe acudir a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. En tal caso, deben concurrir las causas que justifican tal modificación y ha de seguirse el procedimiento legalmente previsto³⁶. De cualquier forma, como desde hace tiempo se

³³ Se critica por parte de la doctrina la dificultad de extender los mecanismos de ajuste a las pequeñas y medianas empresas, donde no hay representantes de los trabajadores con quienes negociar, lo que «cerca enormemente las posibilidades de adaptación de estas empresas a las condiciones económicas, productivas y organizativas de cada momento, en la medida en que el Estatuto de los Trabajadores condiciona la adopción de las medidas de ajuste a que exista un previo acuerdo precisamente con los representantes de los trabajadores». En particular, se hace referencia a la «imposibilidad de establecer en estas empresas un régimen de distribución irregular de la jornada de trabajo a lo largo del año o alargar la jornada de trabajo diaria por encima de las nueve horas»: PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.; THIBAUT ARANDA, J.: «La reforma de la negociación colectiva (1)», *Relaciones Laborales*, núm. 14, 2010.

³⁴ Por ejemplo, el procedimiento de negociación de modificación sustancial de condiciones de trabajo en centros de trabajo que no cuenten con RLT previsto en el artículo 41.4 ET. También la negociación en relación con la movilidad geográfica de carácter colectivo prevista en el artículo 40.2 ET.

³⁵ A favor de esta posibilidad se pronuncian PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.; THIBAUT ARANDA, J. (*cit.*), cuando afirman que podría pactarse con los trabajadores «la distribución irregular de la jornada de trabajo o alargar la jornada diaria por encima de las nueve horas (...)», añadiendo que con ello no se pretende «ampliar el poder de dirección del empresario en detrimento de los espacios reconocidos a la autonomía colectiva, sino tan solo adaptar estos para aquellas empresas en que no existen representaciones de los trabajadores».

³⁶ En este sentido FERRANDO GARCÍA, F. M.ª: «Implicaciones de la gestión flexible del tiempo de trabajo en materia de conciliación de la vida personal y laboral», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 177, 2015.

viene advirtiendo, el mecanismo de distribución irregular constituye «una excepción en toda regla al mecanismo de modificación sustancial de condiciones de trabajo en el ámbito del horario y la distribución del tiempo de trabajo»³⁷.

b) MODO DE ARTICULAR LA DISTRIBUCIÓN IRREGULAR

Como se ha visto, la distribución irregular de la jornada de trabajo, que comprende las condiciones para su ejercicio, el número de horas o el porcentaje de la jornada objeto de distribución irregular o el régimen de compensaciones, entre otros aspectos, debe articularse por convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre el empresario y representantes de los trabajadores.

La regulación del alcance y las condiciones de la distribución irregular de la jornada suele ser una previsión habitual en los convenios colectivos. Así, el convenio colectivo estatal de pastas, papel y cartón (BOE 29 julio 2021), prevé que, con carácter previo a la aplicación de la distribución irregular de la jornada, la empresa debe convocar con una antelación mínima de tres días a los representantes legales de los trabajadores del centro de trabajo objeto de esta medida. Este convenio da incluso entrada en el proceso negociador a los propios trabajadores de la empresa en empresas en las que no exista representación legal. En tales casos, el empresario debe convocar a los afectados para comenzar una ronda de reuniones a fin de concretar «las personas, colectivos, porcentajes y condiciones de dicha distribución irregular. Esta distribución podrá alterar la jornada máxima semanal, mensual y/o los horarios diarios, respetando el período mínimo de descanso legalmente establecido, así como las vacaciones individuales».

c) LÍMITES Y COMPENSACIÓN DE LAS DIFERENCIAS EN LA JORNADA

La distribución irregular de la jornada está sujeta a diversos límites. Esos límites funcionan, al tiempo, como una garantía de los derechos de los trabajadores afectados por esa medida. El empresario no tiene, por tanto, facultades ilimitadas en relación con la distribución del tiempo de trabajo, ni siquiera cuando el acuerdo de distribución irregular se recoja en convenio colectivo, o sea el resultado del acuerdo alcanzado con los representantes de los trabajadores.

³⁷ 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, p. 71.

El artículo 34.2 ET establece los siguientes límites:

– En primer lugar, la distribución irregular debe respetar en todo caso, los periodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en el ET, de forma que la posibilidad de distribución irregular no podrá suponer que el trabajador vea reducidos los períodos de descanso que le reconocen las normas aplicables. Ningún trabajador podrá, por tanto, en virtud del acuerdo de distribución irregular de jornada, trabajar más de doce horas diarias o ver reducido su derecho al descanso semanal.

Además, debe tenerse en cuenta que la distribución irregular toma como referencia un periodo de doce meses. Ese período no tiene por qué coincidir con el año natural. Pero en esos doce meses no podrá rebasarse el límite de horas fijado en la norma legal, convencional o en el contrato de trabajo.

– Por otro lado, el trabajador afectado por el acuerdo de distribución irregular tiene derecho a conocer con una antelación mínima de cinco días el día y la hora de la prestación de trabajo resultante del acuerdo de distribución irregular. También cualquier modificación de la jornada irregular debe notificarse al trabajador en este plazo. El convenio colectivo, o el acuerdo de empresa, puede regular el modo en que deben comunicarse los cambios al trabajador teniendo en cuenta que las condiciones de la comunicación, y en particular el período de preaviso, solo podrán suponer una mejora de las condiciones recogidas en el ET, lo que garantiza que el trabajador afectado por el cambio disponga de un tiempo suficiente para organizar, por ejemplo, sus obligaciones en materia de conciliación³⁸. En este sentido, la STS 11 diciembre 2019 (rec. 147/2018) estableció que no cabe empeorar el plazo de preaviso, mediante la reducción del número de días de preaviso, y que «tal exigencia no se aplica, únicamente, a la distribución irregular que el artículo 34.2 ET ha previsto que pueda utilizar el empresario, cuando no existe previsión convencional o pacto de empresa en la materia. Al contrario, la necesidad del preaviso de cinco días (...), así como el respeto a los períodos mínimos de descanso diario y semanal, se impone a toda distribución irregular de la jornada con independencia de cuál sea su fuente reguladora (...). Al no preverlo así el convenio colectivo que, únicamente, exige un preaviso de cuarenta y ocho horas de an-

³⁸ Véase las reflexiones de MUÑOZ RUIZ, A. B.: «Últimas tendencias en la ordenación flexible del tiempo de trabajo en los convenios colectivos de empresa. Algunas reflexiones a la luz del RD-Ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores». *Información Laboral*, núm. 1, 2014. También FERRANDO GARCÍA, F.M.^a: «Implicaciones de la gestión flexible del tiempo de trabajo en materia de conciliación de la vida personal y laboral», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 177, 2015.

telación, está estableciendo una regulación contraria a la ley que, por tanto, debe ser declarada nula».

En similares términos, la SAN 1 diciembre 2021 (rec. 280/2020), consideró vulnerado el artículo 34.2 ET porque, una vez notificada a los trabajadores la distribución irregular de la jornada, solo se les preavisó con una antelación de cuarenta y ocho horas de los cambios de turno, horario y jornada. En palabras de la AN: «la empresa establece la jornada correspondiente a cada supuesto (...) por lo que el personal ya conoce la distribución regular de la jornada realizada por la empresa. Si posteriormente esa programación se cambia, estamos entonces ante una distribución irregular de jornada pues se modifica por la propia empresa lo inicialmente programado, lo que encaja en el artículo 34.2 ET que exige un preaviso de 5 días, lo que no se respeta en el Convenio colectivo».

También regula el ET la compensación de las diferencias que pudieran producirse, tanto por exceso como por defecto, entre la jornada irregular de cada trabajador y la jornada máxima -legal, convencional o contractual-. A tales efectos, el ET remite, en primer término, al convenio colectivo o al acuerdo de empresa.

Si el convenio no estableciera ninguna previsión o no hubiera pacto al efecto, las diferencias derivadas de la distribución irregular de la jornada deben quedar compensadas en el plazo de doce meses desde que se produzcan.

La compensación de excesos o defectos de jornada es también una de las materias objeto de regulación en la negociación colectiva. Así, el convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad para el año 2021 (BOE 26 noviembre 2020), prevé que ante los cambios de servicios el defecto o el exceso de horas que tenga el trabajador, se liquidarán en los siguientes términos: a) Si existe exceso de horas, se abonará el mismo en concepto de horas extraordinarias en el mes siguiente al del cambio producido o se compensarán. b) Si existe defecto de horas, deberán ser recuperadas por el trabajador a lo largo del resto del año natural o en el plazo de dos meses si el cambio se produce en los dos últimos meses del año.

El convenio colectivo estatal para el sector de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos (BOE 27 septiembre 2021) regula de forma detallada el régimen de compensaciones consecuencia de la distribución irregular. Así, se prevé que si la flexibilización consistió en prolongación de jornada, la compensación de las horas flexibles o de libre disposición realizadas será de una hora de descanso obligatorio por cada hora flexible, hasta la décima hora de trabajo diario, incluida

ésta y 1,5 horas por cada hora flexible realizada, desde la décima hora de trabajo diario.

En cuanto al período de ejercicio de la compensación, prevé el convenio que tal compensación se disfrutará «como máximo en el plazo de doce meses desde la fecha en la que se produjo la prolongación de la jornada, dentro de la jornada anual pactada, siempre que no coincida con períodos punta de producción, y procurando que los mismos se fijen por acuerdo con los representantes de las personas trabajadoras o con los propios afectados. En el supuesto de desacuerdo será acumulado en días completos y se disfrutará, en fechas acordadas entre la empresa y la persona trabajadora con la Empresa, en el período máximo de cuatro meses desde el inicio del período de trabajo flexible».

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la distribución irregular no podría alterar el calendario laboral de la empresa en lo que afecte a los días laborables y no laborables mediante la conversión de días de descanso en días de trabajo y viceversa. Tales modificaciones supondrían una modificación sustancial de las condiciones de trabajo que debería articularse por el procedimiento previsto en el artículo 41. También, y aun cuando el ET omita cualquier referencia sobre este aspecto, la distribución irregular debería justificarse en necesidades productivas de la empresa³⁹ y no puede afectar a los trabajadores con reducción de jornada por cuidado de menores o de familiares.

Ello no obstante, el Convenio colectivo del sector de grandes almacenes (BOE 11 junio 2021) prevé en relación con la potestad del empresario de distribución irregular de la jornada que «podrá realizarse cualquier día de la semana, quedando derogados y sin aplicación los preceptos de anteriores convenios que se opongan a la presente disposición. Y la prestación de trabajo cualquier día de la semana será exigible a todas las personas trabajadoras a fin de repartir equitativamente la carga de trabajo» (art. 26.7 y 8).

Por el contrario, el convenio colectivo estatal para el sector de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos (BOE 27 septiembre 2021) prevé que «la prolongación de jornada consecuencia de esa distribución irregular y de la aplicación de las horas flexibles, no podrá ser de aplicación a aquellos que tengan limitada su presencia por razones de seguridad, salud, cuidado de menores, embarazo o períodos de lactancia».

³⁹ En este sentido, la Directiva 2003/88/CE condiciona la validez de las modificaciones que se apliquen a la jornada que establece a dos requisitos: el primero, que la medida esté avalada por un convenio colectivo o por un acuerdo con la RLT; el segundo, que se justifique por la concurrencia de razones objetivas, técnicas o de organización del trabajo. Cfr. FERRANDO GARCÍA, F. M. (*cit.*).

B) Jornada irregular y horas extraordinarias

En el marco de la distribución irregular de la jornada de trabajo, adquieren una especial relevancia las horas extraordinarias como mecanismo que puede contribuir a flexibilizar la jornada de trabajo. La revisión de la negociación colectiva pone de manifiesto que las empresas utilizan tanto la bolsa de horas, como las horas extraordinarias, lo que permite al empresario disponer de una medida de flexibilización de la jornada adicional.

Nótese, además, que a diferencia de la bolsa de horas que requiere, por regla general, de su previsión en convenio colectivo, las horas extraordinarias pueden ser utilizadas por el empresario como mecanismo para ampliar la jornada del trabajador. En relación con las horas extraordinarias, aun cuando están sujetas al límite previsto en el ET, su compensación por tiempos de descanso va a suponer la eliminación de ese límite. A cambio, debe tenerse en cuenta que las horas extraordinarias son de realización voluntaria para el trabajador, mientras que las horas correspondientes a la distribución irregular de la jornada pueden ser de obligada realización en los términos y condiciones pactados.

Si bien es cierto que nos encontramos ante un instrumento de flexibilización de la jornada, con efectos muy beneficiosos para la empresa, no es menos cierto que la situación resultante no es, en absoluto, favorable a los intereses del trabajador. Al contrario, los efectos de la utilización simultánea de este tipo de medidas de flexibilización de la jornada de trabajo, «puede dar lugar, por una parte, a periodos de trabajo intensivo, compensados después con descansos. Y, por otra parte, a un alto nivel de disponibilidad, especialmente gravoso cuando la aplicación de las medidas flexibilizadoras se decide con escasa antelación»⁴⁰, esta situación podría colisionar frontalmente con los derechos del trabajador a conciliar su vida familiar y sus obligaciones laborales.

Como se indicaba, la limitación de horas extraordinarias previstas en el artículo 35.2 ET y, por consiguiente, la limitación a la flexibilización de la jornada de trabajo queda diluida por la propia permisividad del legislador al prever que las horas extraordinarias que fueran compensadas mediante descansos dentro de los cuatro meses siguientes a su realización no computan como tales horas extraordinarias a los efectos del límite de ochenta horas anuales que regula el artículo 35.2 ET. Es aquí donde algún autor plantea la posibilidad de suprimir las horas extraordinarias que se compensan por descanso

⁴⁰ MARTÍNEZ YÁÑEZ, N. M.: «Bolsas de horas y distribución irregular de la jornada», *Información Laboral*, núm. 6, 2004.

alternativo e incluirlas en las irregulares, dejando el régimen jurídico de las horas extraordinarias solo para las que no se compensen⁴¹.

La situación se ve agravada si se tiene en cuenta que la obligación de registro diario de las horas extraordinarias prevista en el artículo 35.5 ET, no permite detectar si se han realizado horas extraordinarias en los casos de distribución irregular de la jornada. En efecto, las previsiones en cuanto a la compensación de la jornada por exceso o por defecto obliga a esperar a que transcurra un año para comprobar si se han realizado horas extraordinarias. Incluso es posible, como ha puesto de manifiesto un sector doctrinal, que al permitirse que el convenio colectivo mejore el régimen de compensación de las horas extraordinarias, una vez llegado el momento de determinar si el trabajador es deudor o acreedor de tiempo de trabajo, resulte que aquel no ha cumplido con la jornada pactada⁴².

C) La bolsa de horas de trabajo

La bolsa de horas conecta con la capacidad del empresario de distribuir de forma irregular la jornada de trabajo, y refiere al número de horas de trabajo efectivo de que puede disponer la empresa para utilizarlas cuando sea preciso atender necesidades de carácter organizativo o productivo.

La bolsa de horas se convierte en una herramienta que permite acomodar la jornada de trabajo a las necesidades de las empresas. En particular, de aquellas empresas que, por su actividad, están sujetas a condiciones de estacionalidad o a picos de producción en determinadas épocas del año que requieren de un incremento de la fuerza de trabajo.

Como todas las medidas de flexibilidad, la bolsa de horas va a permitir modular la fuerza del trabajo, ajustándola a las necesidades del proceso productivo y evitando que el empresario haya de acudir a otras medidas de flexibilidad que pueden suponer extinciones de contratos de trabajo como consecuencia de la reducción de la actividad productiva de la empresa.

⁴¹ ARIAS DOMÍNGUEZ, Á.: «Registro diario e individual de la jornada de trabajo: ¿instrumento sólo para las horas extras, o también para la distribución irregular de jornada? comentario a la san 207/2015, de 4 de diciembre», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 44, 2016. También del mismo autor: «Registro de jornada y supresión de las horas extraordinarias que se compensan en descanso. La estrategia y el objetivo», *IUSLabor*, núm. 2, 2017.

⁴² MONTROYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J. M., SEMPERE NAVARRO, A. V., RÍOS SALMERÓN, B.: *Comentarios al Estatuto de los trabajadores*, quinta edición, Thomson-Aranzadi, 2003, pp. 247 ss.

La bolsa de horas es uno de los instrumentos vinculados a la distribución irregular de la jornada que también suele ser objeto de una detallada regulación en los convenios colectivos.

A grandes rasgos, el funcionamiento de la bolsa de horas sería el siguiente: el convenio colectivo identifica la jornada de trabajo y prevé que el empresario dispone de un número de horas que, comprendido en la jornada ordinaria de cada trabajador, puede utilizarlas cuando sea preciso para atender las necesidades de la empresa.

Se trata de horas que se incluyen en la jornada ordinaria, por lo que su utilización debe ser compensada con tiempos de descanso. De esta forma, una vez completado el período de referencia al que se ajusta la jornada de trabajo, la duración de la jornada debe ser la fijada en la norma que determine su duración, y no una superior⁴³.

La bolsa de horas permite que el empresario disponga de un «colchón» que le permita contar con unos tiempos determinados para atender las necesidades productivas. Puede tratarse de empresas con carácter estacional y en las que es fácil determinar cuáles van a ser los períodos de mayor necesidad de mano de obra. Pero también hay empresas en las que el incremento de la fuerza del trabajo es imprevisible.

Mientras que en el primer supuesto lo más adecuado sería acudir a la distribución irregular de la jornada, para atender debidamente los incrementos periódicos de actividad⁴⁴, en el segundo caso debería acudirse a la bolsa de horas a fin de dar cobertura a esa necesidad productiva que surge, normalmente de forma inesperada, como consecuencia del propio funcionamiento del mercado⁴⁵. En este sentido, el convenio colectivo estatal para el sector de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos (BOE 27 septiembre 2021), contempla una bolsa de 140 horas para abordar situaciones productivas de carácter excepcional, y provisionales en el tiempo, relacionadas con la disminución del volumen o carga de trabajo motivadas por causas económicas, productivas, organizativas o técni-

⁴³ Cfr. MARTÍNEZ YÁÑEZ, N. M.: «Bolsas de horas y distribución irregular de la jornada», *Información Laboral*, núm. 6, 2004.

⁴⁴ Este es el caso previsto en el convenio colectivo del sector de grandes almacenes (BOE 11 junio 2021) que, al regular lo que denomina «Ventas especiales y balances» (art. 31), prevé que, en las semanas de preparación de ventas especiales de enero y julio, o en otras dos fechas alternativas, y de los dos Balances o Inventarios, las empresas podrán variar el horario de trabajo y prolongar la jornada, siendo horas de prestación obligatoria por parte de la persona trabajadora (...) Cuando el trabajo previsto en los párrafos anteriores se produjera en tiempo extraordinario de prestación obligatoria, la compensación deberá hacerse como horas extraordinarias en retribución o en descanso equivalente a opción de la persona trabajadora.

⁴⁵ MARTÍNEZ YÁÑEZ, N. M., *cit.*

cas. Se utilizará como instrumento preferente y previo a la adopción de decisiones que afecten al mantenimiento del empleo, ya sea este de carácter fijo o temporal. Para la utilización de esta bolsa de horas la empresa debe acreditar de modo razonable la existencia suficiente y actual de causas económicas, productivas, organizativas o técnicas, en la que se justifique objetivamente la adopción de la medida.

Conforme a las previsiones del convenio, si se trata de necesidades empresariales de carácter estructural, cíclico o estacional, es decir, propios de la actividad o ciclo productivo del sector al que pertenezca, no será aplicable la bolsa de horas, sino la distribución irregular de la jornada de trabajo.

Igual que ocurre con la distribución irregular de la jornada, también las bolsas de horas están sujetas a ciertos límites. Así, el respeto de los tiempos de descanso -diario y semanal- que prevé el ET; la necesidad de respetar los períodos de preaviso⁴⁶; la limitación de la posibilidad de fijar la bolsa de horas en días festivos, que habrá de hacerse en las condiciones que establezca el convenio colectivo, y la exclusión de determinados colectivos de trabajadores de la bolsa de horas⁴⁷.

De forma detallada, el convenio colectivo estatal para el sector de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos (BOE 27 septiembre 2021), regula las condiciones y el procedimiento para la aplicación de la bolsa de horas. Así, se exige la entrega «a los representantes de las personas trabajadoras de la información y documentación justificativa, así como de las medidas de flexibilidad inversa que la empresa pretenda implantar, se abrirá un período de consultas con los representantes de las personas trabajadoras que tendrá una duración máxima de cinco días».

⁴⁶ La STS 25 de mayo 2019 (rec. 80, 2018), dispone que «con independencia de la denominación que le hayan dado los negociadores del convenio, es lo cierto que la bolsa de horas, regulada en el artículo 99 del Convenio Colectivo aplicable, no es sino una mera concreción de la distribución irregular de la jornada a lo largo del año, que aparece regulada en el artículo 34.2 ET», por ello, conforme a lo previsto en el artículo 34.2 ET, la comunicación al trabajador de su obligación de realizarlas debe realizarse «a partir del momento de identificación de la necesidad (variación no previsible de la carga de trabajo), pudiéndose realizar con menos de 24 horas en los casos imprevistos que menciona, con carácter enunciativo», pero en este caso concreto, entiende el tribunal que «una variación no previsible de la carga de trabajo, no significa que estemos ante un supuesto que requiera una inmediata intervención de los trabajadores, que exija una respuesta perentoria para garantizar la seguridad del tráfico aéreo, ya que estamos ante una actividad habitual». Ya la STS 27 diciembre 2001 (rec. 1193, 2001) considera que la huelga no puede considerarse un hecho imprevisto e inevitable que justifique que no se respete el plazo de preaviso previsto en el convenio colectivo aplicable.

⁴⁷ En estos términos, el convenio colectivo de Alain Afflelou España y franquiciados (BOE 1 septiembre 2021) exime a las personas trabajadoras en situación de embarazo estarán exentas de realizar una jornada superior a la normal contratada. También las personas trabajadoras afectadas por reducción de jornada por guarda legal estarán exentas de modificar por esta causa el horario de prestación de trabajo prestablecido salvo pacto en contrario.

La consulta debe versar sobre las causas que motivan la decisión empresarial, la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para las personas trabajadoras directamente afectados y los compromisos de mantenimiento de empleo.

En relación con el procedimiento particular respecto de cada trabajador, se indica que las empresas podrán aplicar las horas flexibles mientras perduren las causas que justifica la adopción de la medida conforme a las siguientes exigencias y limitaciones:

- Debe notificarse a la persona trabajadora por escrito, de forma motivada y con 5 días de antelación a la efectividad de la medida, la necesidad de sustituir las horas de prestación efectiva de su trabajo que determine la empresa por un descanso obligatorio sin merma de retribución o derecho laboral alguno. El plazo de preaviso individual al trabajador podrá ser simultáneo al del periodo de consultas con los representantes de las personas trabajadoras señalado anteriormente.

- La empresa notificará a la persona trabajadora por escrito, de forma motivada y con siete días de antelación, la necesidad de recuperar las horas de trabajo efectivo que hubieran sido sustituidas por un descanso obligatorio en el marco de la flexibilidad inversa. La recuperación se hará en los días laborables que resulten para cada persona trabajadora del calendario que rija en la empresa, salvo pacto en contrario con los representantes de las personas trabajadoras, debiendo respetar en todo caso el régimen de descansos establecido en la ley y en el presente Convenio colectivo.

- La flexibilidad inversa no podrá aplicarse a personas que tengan limitada su presencia por razones de seguridad, salud, concreción horaria por guarda legal, embarazo o periodos de lactancia.

- En la puesta en práctica de la flexibilidad inversa se tendrán en cuenta sistemas de rotación de tal forma que no sea realizada siempre por las mismas personas, así como se establecerá la posibilidad de permutas entre ellas siempre que estas sean organizativamente posibles y se basen en la voluntariedad de las personas afectadas.

En contraposición el V Convenio colectivo del Grupo Zena (BOE 9 marzo 2022), se limita a incluir una previsión genérica en relación con los cambios en el horario individualmente adjudicado por causas organizativas imprevisibles (ausencias no previstas de otras personas de la plantilla, y retrasos o adelantos en suministros, que impidan el previo aviso), que se efectuarán preferentemente con personal voluntario y no podrán superar como límite

máximo, 45 horas al trimestre para los tiempos completos y en la proporcionalidad contratada para los tiempos parciales.

En términos similares, el convenio colectivo estatal de empresas de servicios auxiliares de información, recepción, control de accesos y comprobación de instalaciones (BOE 17 septiembre 2021), prevé en el artículo 27 que «teniendo en cuenta las actuales circunstancias productivas, siendo cada vez más irregulares los periodos productivos y con el objetivo de garantizar el empleo en la medida de lo posible, se podrá distribuir mensualmente y de forma irregular la jornada anual, fijando en cada mes el número de horas ordinarias de trabajo en una horquilla comprendida entre 140 y 180 horas máximo, con información previa a los representantes de los trabajadores de estas casuísticas y sus motivos y, respetando en todo caso, los periodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la ley».

Igualmente, el convenio colectivo estatal para el sector de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos (BOE 27 septiembre 2021) establece que «sobre el calendario que rijan en la empresa, la dirección de ésta podrá disponer como jornada u horario flexible de hasta 140 horas cada año de vigencia del Convenio, que consideradas de naturaleza ordinaria, a pesar de su carácter irregular, formarán parte del cómputo anual de la jornada. Tales horas flexibles serán de aplicación los días laborables que resulten para cada persona trabajadora del calendario que rijan en la empresa, pudiendo superarse el tope diario de jornada de 9 horas referido en la Ley, con respeto de los descansos mínimos ya señalados». A ello se añade la previsión de que esa flexibilización puede consistir en incrementos o en disminuciones de jornada (sin merma de retribución o derechos laborales). Para su aplicación deben tenerse en cuenta criterios de causalidad y explicación de las razones técnicas productivas u organizativas que lo justifiquen a los representantes de las personas trabajadoras, así como a los directamente afectados, con cinco días de antelación a la adopción de dicha decisión.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ALFONSO MELLADO, C. L., GARCÍA ORTEGA, J.: *Jornada y ordenación del tiempo de trabajo*, Tirant lo Blanch, 1994.
- ALONSO GÓMEZ, R.: «Las condiciones de los acuerdos de inaplicación siguen vigentes mientras el convenio esté ultraactivo STS (Sala de lo Social) núm. 673/2018, de 26 de junio de 2018 (RJ 2018, 3753)», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, 2018.

■ LA REORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO

- ALONSO OLEA, M.; CASAS BAHAMONDE, M. E.: *Derecho del Trabajo*, 26.^a ed., Civitas, Madrid, 2009.
- ALONSO OLEA, M.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, 7.^a ed., Civitas, Madrid, 2013.
- ARIAS DOMÍNGUEZ, Á.: «Registro de jornada y supresión de las horas extraordinarias que se compensan en descanso. La estrategia y el objetivo», *IUSLabor*, núm. 2, 2017.
- «Registro diario e individual de la jornada de trabajo: ¿instrumento sólo para las horas extras, o también para la distribución irregular de jornada? comentario a la san 207/2015, de 4 de diciembre», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 44, 2016.
- 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.
- CÁMARA BOTÍA, A.: «La distribución irregular de la jornada de trabajo en la reforma laboral de 2012», en *Crisis económica, reformas laborales y protección social homenaje al profesor Jesús María Galiana Moreno*, Universidad de Murcia, 2014.
- CARRATALÁ TERUEL, J. L.: «Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo», *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, núm. 59, 1995.
- CASAS BAAMONDE, M. E.: «Soberanía sobre el tiempo de trabajo e igualdad de trato y de oportunidades de mujeres y hombres», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 3, 2019.
- CASTRO ARGÜELLES, M. A.: «Ordenación del tiempo de trabajo (Directiva 2003/88/CE y otras complementarias)», en *La transposición del derecho social comunitario al ordenamiento español: un balance en el XX aniversario de la incorporación de España a la Comunidad Europea* (coord. Joaquín García Murcia), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2005.
- *Inaplicación o «descuelgue» del convenio colectivo*, Civitas, 2013.
- FERRANDO GARCÍA, F. M.: «Implicaciones de la gestión flexible del tiempo de trabajo en materia de conciliación de la vida personal y laboral», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 177, 2015.
- GÁRATE CASTRO, F. J.: «Algunos rasgos típicos de la ordenación del tiempo de trabajo en España», *Boletim da Faculdade de Direito: Universidade de Coimbra*, V. 75, 1999.
- GARCÍA NINET, J. I.: «Jornada» en *El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a las leyes laborales* (Dir. E. Borrajo), tomo VII, Edersa, Madrid, 1982.
- «Las jornadas especiales de trabajo», en *Estudios sobre la jornada de trabajo* (coord. L. E. de la Villa Gil), ACARL, 1991.

- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.; MERCADER UGUINA, J.: «El concepto de “tiempo de trabajo efectivo” en la doctrina reciente de los tribunales», *Revista de Información Laboral*, núm.12, 2017.
- IGARTUA MIRÓ, M. T.: «La flexibilización del tiempo de trabajo», *Trabajo y Derecho*, núm. 13, 2021.
- MARTÍN RODRÍGUEZ, M. O.: «Las directrices de la Unión Europea sobre tiempo de trabajo, su interpretación por el Tribunal de Justicia y sus repercusiones en el sistema español», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 194, 2017.
- *La ordenación del tiempo del trabajo en España*, tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2017.
- MARTÍNEZ YÁÑEZ, N. M.: «Bolsas de horas y distribución irregular de la jornada», *Información Laboral*, núm. 6, 2004.
- MELIÁN CHINEA, L. M.: «La inaplicación del convenio colectivo en procesos de reestructuración empresarial», en *Reestructuraciones empresariales: Comunicaciones del XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2021.
- MONTOYA MELGAR, A.; GALIANA MORENO, J. M.; SEMPERE NAVARRO, A. V.; RÍOS SALMERÓN, B.: *Comentarios al Estatuto de los trabajadores*, quinta edición, Thomson-Aranzadi, 2003.
- MUÑOZ RUIZ, A. B.: «Últimas tendencias en la ordenación flexible del tiempo de trabajo en los convenios colectivos de empresa. Algunas reflexiones a la luz del RD-Ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores». *Información Laboral*, núm. 1, 2014.
- «La cuestión de la aplicación del límite de la jornada máxima a las situaciones de superposición de dos vínculos contractuales con un mismo empresario como consecuencia de la sucesión de empresa», *Revista de Información Laboral*, núm. 2, 2015.
- NOGUEIRA GUASTAVINO, M., ¿Es cierto que el TJUE ha declarado que el descanso diario entre jornadas es siempre por trabajador y no por contrato?: <https://almacenederecho.org/es-cierto-que-el-tjue-ha-declarado-que-el-descanso-diario-entre-jornadas-es-siempre-por-trabajador-y-no-por-contrato>
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.; THIBAUT ARANDA, J.: «La reforma de la negociación colectiva (1)», *Relaciones Laborales*, núm. 14, 2010.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M.: «100 Años de la implantación de la jornada máxima de trabajo», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 4, 2019.
- ROJO TORRECILLA, E.: Jornada máxima diaria por trabajador, y no por los contratos que pueda haber celebrado con el mismo sujeto empleador. Notas a la sentencia del TJUE de 17 de marzo de 2021 (asunto C-585/19). <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/03/jornada-maxima-diaria-por-trabajador-y.html#:~:text=marzo%20de%202021-,Jornada%20m%C3%A1xima%20>

- diaria%20por%20trabajador%2C%20y%20no%20por%20los%20contra-
tos, asunto%20C%2D585%2F19).
- SÁEZ LARA, C.: «Jurisprudencia comunitaria sobre ordenación del tiempo de trabajo», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 130, 2015.
- «Descuelgue convencional y arbitraje obligatorio», en *La negociación colectiva tras las reformas legales: Especial referencia a Andalucía*, (coord. C. Sáez Lara), Junta de Andalucía, 2018.
- SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: «La conciliación de la vida laboral y extralaboral en la IV revolución industrial», en *El impacto de la industria 4.0 en el trabajo: una visión interdisciplinar* (Dir. D. T. Kahale Carrillo), 2020.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: «El tiempo de trabajo de quienes prestan su actividad a bordo de buques pesqueros», *Anales de Derecho*, núm. 22, 2004.
- SANGUINETI REYMOND, W.: «El contradictorio papel de la negociación colectiva en la distribución del tiempo de trabajo», *Trabajo y Derecho*, núm. 62, 2020.
- TOROLLO GONZÁLEZ, J.: *El tiempo de trabajo y su determinación en las relaciones laborales ferroviarias*, Universidad Complutense de Madrid, 1995.
- VALVERDE ASENCIO, A. J.: «Tiempo de trabajo. En particular, sobre la nueva facultad empresarial de distribución irregular de la jornada como mecanismo de flexibilidad interna», en *La reforma del mercado de trabajo y su impacto en el sistema de relaciones laborales* (Dir. S. del Rey Guanter), La Ley, Madrid, 2013.

CAPÍTULO VII

LAS HORAS EXTRAORDINARIAS

JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET
Catedrático (Emérito) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Barcelona

1. LAS HORAS EXTRAORDINARIAS. RÉGIMEN JURÍDICO Y POSIBILIDADES COMPENSATORIAS. HORAS EXTRAORDINARIAS Y HORAS COMPLEMENTARIAS ¹

A) **Consideraciones previas: concepto y sistemas de compensación o retribución**

El Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (en lo sucesivo TRET) ² dispone: «Tendrán la consideración de horas extraordinarias aquellas horas de trabajo que se realicen sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, fijada de acuerdo con el artículo anterior ³.

¹ Sobre el tiempo de trabajo, con carácter general, *Vid.* la Bibliografía.

² Aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (BOE 24-10-2015).

³ Artículo 34.1 TRET que dispone: «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».

Mediante convenio colectivo (en lo sucesivo CC, tanto en singular como en plural) o, en su defecto, contrato individual, se optará entre abonar las horas extraordinarias en la cuantía que se fije, que en ningún caso podrá ser inferior al valor de la hora ordinaria, o compensarlas por tiempos equivalentes de descanso retribuido. En ausencia de pacto al respecto, se entenderá que las horas extraordinarias realizadas deberán ser compensadas mediante descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización» (art. 35.1).

Según podría desprenderse de una lectura atenta del artículo 34.3. pfo. 2.º del TRET⁴, *a sensu contrario*, podrían llegar a considerarse como horas extraordinarias todas las que al día sobrepasasen las nueve horas diarias de trabajo, salvo que por CC o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se establezca otra distribución del tiempo de trabajo diario, respetándose en todo caso el descanso entre cada dos jornadas de trabajo. No siempre, pues, serán horas extraordinarias las que se realicen sobre las nueve horas ordinarias de trabajo al día, ya que, como dice claramente el texto legal, cabe que mediante CC o, a falta del mismo, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores (si los hubiere, claro), se establezca otra consideración en sentido contrario, siempre que no vaya *contra legem*, ni suponga renuncia de derechos indisponibles⁵.

La STS⁶ (Sala 4.ª) de 22 de diciembre de 1992, resumía con claridad lo que serían horas extraordinarias y nos decía: a) las horas que se realizaran sobre la duración máxima de la semana ordinaria de trabajo establecida legal o convencionalmente; b) las que excedieran de la jornada ordinaria anual o de ciclos inferiores en su distribución semanal, si dicha jornada se hubiese convenido así, y c) las que excedieran de nueve horas diarias, aunque la jornada semanal no sobrepasase el máximo legal, salvo pacto en contrario.

Se superaba la idea de que, en todo caso y siempre, la décima hora de trabajo de cualquier día debería ser considerada, tratada y retribuida, como hora extraordinaria⁷.

Como ya adelantara el RD-ley 1/1986, de 14 marzo, de medidas urgentes administrativas, financieras, fiscales y laborales⁸, serían consideradas horas

⁴ Que dice: «3. El número de horas ordinarias de trabajo efectivo no podrá ser superior a nueve diarias, salvo que por convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se establezca otra distribución del tiempo de trabajo diario, respetando en todo caso el descanso entre jornadas».

⁵ *Vid.* Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (en lo sucesivo STSJ) de las Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife (Sala de lo Social, Sección 1.ª), núm. 757/2019 de 9 julio.

⁶ Salvo que se diga otra cosa las Sentencias del Tribunal Supremo son de la Sala de lo Social.

⁷ *Vid.* STS de 27 de febrero de 1995.

⁸ BOE del 26 de marzo, artículo 10.

extraordinarias aquellas que se realizaran por encima de la jornada de trabajo establecida para cada día en el calendario laboral anual, en concreto la jornada prevista en el CC, sin perjuicio de las especialidades y excepciones a que se hace posteriormente mención. La STS de 16 de marzo de 2005, en aplicación de los arts. 34 y 35 del ET/1995 vino a señalar que «solamente se considerarían extraordinarias aquellas horas de trabajo efectivo que rebasasen la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, cuantificada en 40 horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual».

El TS (4.^a) en Pleno, en su posterior Sentencia de 20 de febrero de 2007, unificó la doctrina para aclarar que hay que partir del dato de que, en virtud del artículo 34.1, en concordancia con el artículo 35.1, ambos del ET/1995, «el CC⁹ puede establecer por encima de la jornada ordinaria (prevista en su texto) unas horas complementarias y excluirlas del régimen retributivo de las horas extraordinarias, siempre que la suma de estas horas –ordinarias y complementarias– no exceda del límite de la jornada máxima legal, pues a partir de ellas estamos ya ante horas extraordinarias, en las que la regla del artículo 35.1 del ET-1995 (hoy TRET 2015) es indisponible para la negociación colectiva, lo que no sucede con las horas que no exceden de ese límite, que pueden retribuirse a una tasa inferior a la prevista por el propio CC para la hora extraordinaria.

A falta de una regulación legal actual de las causas que antaño justificaban el uso de las horas extraordinarias, nos puede servir la vetusta OMT de 1 de marzo de 1983¹⁰, que definía las horas estructurales diciendo que «se entende-

⁹ Vid. la Resolución de la Dirección General de Trabajo (en lo sucesivo RDGT) de 18 de febrero de 2021, por la que se publica el VIII CC de Iberdrola Grupo (BOE 2-3-2021), artículo 37 «Las horas de trabajo que excedan de la jornada pactada en el punto 1 del artículo 34 de este CC (1670 horas anuales para todas las empresas del ámbito funcional), pero no superen la jornada máxima legal establecida en el Estatuto de los Trabajadores(en lo sucesivo ET) (1826 horas anuales), tendrán la consideración de horas complementarias, no extraordinarias. Vid. la RDGT de 31 de mayo de 2021, por la que se publica el CC del sector de grandes almacenes (BOE 11-6-2021), cuyo art.32 dispone: «La diferencia entre (la jornada máxima legal) y la jornada máxima convencional vigente cada año tendrá el carácter de horas suplementarias. Estas horas tendrán el mismo tratamiento de horas extraordinarias respecto a voluntariedad y retribución, pero no contarán como tales a los solos efectos del límite legal» Vid. en el mismo sentido la RDGT de 19 de agosto de 2021, por la que se publica el CC de Alain Afflelou España y franquiciados (BOE 1-9-2021), artículo 21.

¹⁰ BOE del 7 de marzo de 1983, artículo 1.

Vid. en este sentido, y solo a título de ejemplo:1) la RDGT de 10 de marzo de 2021, por la que se publica el CC de Federación Farmacéutica, S. C. C. L (BOE 22-3-2021), artículo 18.1; 2) la RDGT de 26 de marzo de 2021, por la que se publica el X CC Nacional para las industrias de pastas alimenticias (BOE 12-4-2021), artículo 26.3; 3) la RDGT de 7 de julio de 2021, por la que se publica el XX CC General de la Industria Química (BOE 19-7-2021), art. 45.5;4).la RDGT de 25 de agosto de 2021, por la que se publica el CC del Grupo Importaco Frutos Secos (BOE 6-9-2021), artículo 21;5) la RDGT de 19 de agosto de 2021, por la que se publica el CC de Renault España, SA (BOE 15-9-2021), artículo 17; 6).la RDGT de 18 de noviembre de 2021, por la que se publica el CC del Grupo Cofely (BOE 3-12-2021), artículo 36; 7) la RDGT de 2 de diciembre de 2021, por la que se publica el VI CC para la acuicultura marina nacional

rían por tales horas las necesarias por pedidos imprevistos, períodos punta de producción, ausencias imprevistas, cambios de turno u otras circunstancias de carácter estructural derivadas de la naturaleza de la actividad de que se tratara, siempre que no pudieran ser sustituidas por la utilización de las distintas modalidades de contratación»¹¹, la cual nos puede hacer recordar en cierto sentido parte del contenido del vigente y remozado artículo 15.1 y 2 del TRET¹².

El TS(S) ha señalado que «La duda que surge (...) sobre si deben calificarse como horas extraordinarias sólo las que exceden de la jornada máxima legal, o también las que sin llegar a dicho límite, rebasan las jornadas máximas pactadas en CC, o contrato de trabajo, debe ser despejada a favor de este segundo término de la alternativa. Así resulta de la utilización de distintos criterios o cánones de interpretación. Y así lo viene entendiendo también mayoritariamente la doctrina»¹³. Lo anterior no es óbice para que el CC, respetando, obviamente, la legalidad vigente, pueda rebajar la jornada y decidir que las horas extraordinarias que se hagan entre esa jornada más reducida y la jornada máxima legal del TRET (la de las 40 horas semanales en cómputo anual), no sean consideradas extraordinarias, y, a mayor abundamiento, y en coherencia con ello, fijar una retribución inferior a la que pagarían por las auténticas horas extraordinarias. En otras palabras: si nada dice el CC aplicable con meridiana claridad, si que habría que aceptar la tesis de la interpretación literal y restrictiva sostenida por el TS, en sus Sentencias de 21 y 22 de febrero de 2006, que dicen que sólo son horas extraordinarias las que precisan los arts. 34 y 35 *del* ET-1995¹⁴.

B) Brevemente. Horas extraordinarias en el contrato de trabajo a tiempo parcial¹⁵

Según dispone el artículo 12 del TRET, el contrato de trabajo se entenderá celebrado a tiempo parcial cuando se haya acordado la prestación de servi-

(BOE 15-12-2021), artículo 16; 8) la RDGT de 12 de noviembre de 2021, por la que se publica el CC general de trabajo de la industria textil y de la confección (BOE 16-12-2021), artículo 35; 9) la RDGT de 29 de diciembre de 2021, por la que se publica el CC del sector de mataderos de aves y conejos (BOE 12-1-2022), artículo 16; 10) la RDGT de 29 de diciembre de 2021, por la que se publica el CC laboral de ámbito estatal para el sector de agencias de viajes, para el período 2019-2022.(BOE 14-1-2022), art.26; 11) la RDGT de 29 de diciembre de 2021, por la que se publica el CC de Fluidmecánica Sur, SL(BOE 17-1-2022), artículo 24, etc.

¹¹ Vid. STS (Cont.-Admvo) de 25 de abril de 1989 y STS (Social) de 123 de mayo de 1991.

¹² Vid. el texto modificado del TRET por el RD-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo (BOE 30-12-2021).

¹³ Vid. STS (Social) de 18 de septiembre de 2000.

¹⁴ Vid. STSJ de Cataluña de 28 de abril de 2010.

¹⁵ Vid. tratamiento «in extenso» de este tema en el Capítulo 14 de esta misma obra.

cios durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año, inferior a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable, precisándose que: «Los trabajadores a tiempo parcial no podrán realizar horas extraordinarias, salvo en los supuestos a los que se refiere el artículo 35.3»¹⁶.

La STS de 11 de junio de 2014 trató acerca de la posibilidad de que, aún tratándose de un contrato de trabajo a tiempo parcial, se hicieran horas extraordinarias (en este caso ilegales, pero retribuíbles), y señaló que son horas extraordinarias, con independencia de la prohibición de realizarlas, las que sin tener la condición de complementarias, superaran la jornada pactada en el contrato a tiempo parcial si éste no ha sido expresamente novado o sustituido por otro de mayor duración, pues la prohibición no modifica la naturaleza y el régimen jurídico de los derechos y obligaciones inherentes a la prestación, porque lo determinante a los efectos de su retribución es la efectiva realización del exceso de jornada¹⁷.

C) ¿Horas recuperatorias por imposición empresarial?

El artículo 5 del ya derogado Real Decreto 2001/1983, de 28 de julio, sobre regulación de la jornada de trabajo, jornadas especiales y descansos¹⁸, se refería a unas posibles horas recuperatorias, señalando que, salvo que por pacto individual o colectivo se estableciese otro sistema, las horas no trabajadas por causa de fuerza mayor, estado de la mar, accidentes atmosféricos, interrupción de la fuerza motriz o falta de materias primas no imputable al empresario, podrían recuperarse a razón de una hora diaria, como máximo, en los días laborables siguientes (esto sucedía con frecuencia en el sector de la construcción). A tal efecto, y con carácter previo, el empresario debería comunicar a los representantes de los trabajadores la causa concreta invocada para proceder a tal recuperación. Tal comunicación debería efectuarse asimismo a la Inspección de Trabajo. Pues bien, también en los tiempos presentes caben estos tipos de pactos o previsiones en la negociación colectiva, pero una cosa

¹⁶ Vid. STS (Social) de 11 de junio de 2014, RCU. 1039/2013 y STSJ de Madrid de 20 de abril de 2017, Rec. 216/2017) que recuerdan que los trabajadores a tiempo parcial no pueden realizar horas extraordinarias, salvo en los supuestos de prevención o reparación de siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes.

¹⁷ Vid. la STSJ del País Vasco (Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª) núm. 316/2019 de 21 junio, que trata de un supuesto de modificación de jornada de trabajo de tiempo parcial a contrato de duración determinada y a jornada completa, de una trabajadora que presta servicios más allá de la jornada pactada y con ausencia de llevanza del Registro diario de la jornada. En tal caso la presunción es de contrato a jornada completa, cuando se incumplen las obligaciones en relación con el Registro de jornada.

¹⁸ BOE de 29 de julio de 1983, derogado por el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo (BOE del 26-9-1995).

es un pacto y otra muy distinta un intento de imposición. Tal es el caso contemplado en la STSJ de las Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife (Sala de lo Social, Sección 1.ª), núm. 757/2019 de 9 julio, que trata de un intento empresarial de compensación de jornadas perdidas, mediante la realización de una jornada superior a la jornada ordinaria, suponiendo ello, según el TSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife, una suerte de renuncia de derechos indisponibles por parte de los trabajadores, por lo cual se declara la nulidad de dicha transacción en materia de jornada laboral ya que, conforme al artículo 35 del TRET «si se realiza una jornada de trabajo superior a su duración máxima, y es lo que tuvieron que hacer los actores para recuperar la jornada reducida unilateralmente por el empresario, estaríamos ante la realización de horas extraordinarias, en cuyo caso tales horas extraordinarias deberían retribuirse conforme a la cuantía que se fije». Se trata, pues, de una obligación legal impuesta en el TRET, ya que para que sea válido el pacto entre las partes, ambas deben respetar los mínimos de derecho necesario fijados en el TRET, que exige el abono de la hora extra conforme a la cuantía fijada en CC. Por lo que, si ambas partes acordaron «Recuperar jornada, realizando horas más allá de la jornada ordinaria, el importe de esas horas debe retribuirse como hora extra, pues por más que se trate de recuperar una jornada pérdida, se trata de horas extras al realizarse por encima de la jornada ordinaria de trabajo. Y hay que tener en cuenta que la decisión de reducir la jornada no fue fruto de la negociación colectiva sino una decisión unilateral de la empresa/ Administración, con lo que no puede hablarse de compensar horas dejadas de prestar voluntariamente y por conveniencia personal del trabajador, sino de compensar horas en las que su empleadora no le dejó prestar servicios. El acuerdo no podía fijar una cuantía inferior para las horas a recuperar que las que fija el CC para la hora extra, desde el momento que las horas se iban a recuperar realizando una jornada ordinaria superior a la pactada».

D) Descansos semanales no disfrutados y su consideración como una especie de horas extraordinarias recargadas

El superviviente artículo 47 del derogado y citado Real Decreto 2001/1983, de 28 de julio, sobre regulación de la jornada de trabajo, jornadas especiales y descansos¹⁹ disponía que:» Cuando, excepcionalmente y por razones técnicas u organizativas, no se pudiera disfrutar el día de fiesta correspondiente o, en su caso, de descanso semanal, la Empresa vendría obligada a

¹⁹ Dejado vigente por el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo (BOE del 26-9-1995), mediante su Disposición derogatoria única.

abonar al trabajador, además de los salarios correspondientes a la semana, el importe de las horas trabajadas en el día festivo o en el período de descanso semanal, incrementadas en un 75 por 100, como mínimo, salvo descanso compensatorio²⁰.

Conforme a esta norma era y es requisito ineludible para tener derecho al incremento del 75%, que el trabajador no haya podido disfrutar de su descanso semanal.

De gran interés clarificador es la STSJ de las Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife (Sala de lo Social, Sección 1.ª) núm. 877/2020 de 2 diciembre, cuando en el ámbito del sector de vigilancia y seguridad se dan los supuestos del artículo 47 del R. D. 2001/1983, precisando que el tiempo de trabajo realizado en días inicialmente asignados como de descanso (que, en el sector de seguridad privada, puede o no coincidir con fin de semana o festivo), y que, por ese mismo motivo, tienen el carácter de horas extraordinarias, han de ser abonados con un incremento del 75% del salario ordinario, pero solo si no se ha procedido a su compensación con descanso equivalente, lo que en modo alguno supone que cualesquiera horas extraordinarias realizadas en días festivos o en fines de semana han de ser retribuidas de esa manera, sino sólo únicamente cuando la realización de las horas extraordinarias han impedido disfrutar el descanso semanal.

Así las cosas, si, pese a la superación de la jornada, se mantiene el disfrute del descanso semanal, el exceso de jornada se abonaría como horas extraordinarias con el valor que determine el correspondiente CC; pero, si ese exceso procede de forma excepcional y afecta a días u horas comprendidas en el habitual descanso semanal del trabajador en cuestión, el precio de tales horas habría de ser el resultante de aplicar un incremento del 75% y por ello, no resulta admisible que el propio CC acabe alterando ese marco mínimo, constituido por el incremento del 75%, mediante el mecanismo de remisión a la regulación del salario de las horas extraordinarias, cuando esta última no implica la fijación de unos importes que incorporen o superen dicho mínimo. Nada impide al CC disponer que los excesos de jornada por trabajo en periodo de descanso se abonen como horas extras, pero tal posibilidad está completamente fuera de su alcance cuando ese exceso se produzca porque de modo excepcional, y por

²⁰ Como declara la STS n.º 675/2018 de 27 de junio, citando las sentencias de 11 febrero 2010 (Rec. 33/2009), 20 abril 2010 (Rec. 3296/2008), 3 y 14 mayo 2014 (Rec. 181/2013 y 180/2013, respectivamente), este precepto «regula el derecho de los trabajadores que, por haber trabajado excepcionalmente toda la semana, no han podido gozar de su descanso semanal. *Vid.* en el mismo sentido la STS 4408/2020, de 18 de diciembre de 2020 (Rec.62/2019).

razones técnicas y organizativas, no se haya podido disfrutar del descanso correspondiente».

En definitiva, la STS (Sala 4.^a) de 27 de junio de 2018 lo que está diciendo es que el tiempo de trabajo realizado en días inicialmente asignados como de descanso (que, en el sector de seguridad privada, puede o no coincidir con fin de semana o festivo), y que, por ese mismo motivo, tienen el carácter de horas extraordinarias, han de ser abonadas con un incremento del 75% del salario ordinario, si no se ha procedido a su compensación con descanso equivalente. Pero en modo alguno está diciendo que cualesquiera horas extraordinarias realizadas en días festivos o en fines de semana han de ser retribuidas como ordena el artículo 47 del RD 2001/1983, sino que únicamente procede esa retribución cuando la realización de las horas extraordinarias ha impedido disfrutar el descanso semanal.

2. LAS HORAS EXTRAORDINARIAS VOLUNTARIAS: INDEFINICIÓN DE SUS JUSTIFICACIONES O CAUSAS

A) **Inexistencia de enumeración de posibles causas justificantes de las horas extraordinarias**

El artículo 35 del TRET no entra en definiciones sino en regulaciones o consideraciones, y por ello, como antes anticipé, no define ni trata de darnos las causas en virtud de las cuales el empresario propone o puede proponer que se hagan horas extraordinarias en su empresa (las horas extraordinarias ordinarias carecen en el texto legal de la exigencia de una causa a justificar, ni ex ante ni ex post, lo cual no quiere decir que en el ámbito del CC no puedan especificarse posibles causas, aparte de los supuestos de fuerza mayor o las conocidas como horas estructurales), o sea no nos dice por qué razones se puede proponer hacer horas extraordinarias voluntarias, aunque si deja entrever las causas de las horas extraordinarias obligatorias, del mismo modo que la normativa de Seguridad Social definiera en su día, a efectos recaudatorios y disuasorios, lo que consideraba debían ser consideradas como horas extraordinarias estructurales en la citada OMT de 1 de marzo de 1983, para distinguirlas de las sin causa o con causa menos justificada, que cotizaban un porcentaje mayor.

Otra cosa muy distinta es que el CC pueda «atar las manos al empresario» y formular un elenco de causas para justificar que el empresario solamente en tales casos pueda acudir a ellas; estaríamos, pues, ante causas pactadas o

tasadas (lo cual no supone en todo caso que fueran horas obligatorias para el trabajador, salvo que también así esté claramente pactado).

En conclusión: el artículo 35 del TRET nos dice a partir de qué momento se pasa de hacer horas ordinarias a horas extraordinarias, pero no ofrece ninguna caracterización causal de este tipo de horas extraordinarias, como así se hiciera históricamente en nuestro país; o sea, no le exige al empresario que tenga que justificar (se supone que por razones de oportunidad o productividad) en cada caso el por qué propone a sus trabajadores hacer horas extraordinarias²¹.

B) El pacto para la realización de horas extraordinarias. Voluntariedad u obligatoriedad en la realización de horas extraordinarias. Propuesta empresarial y aceptación o no del trabajador. Excepciones

Precisa el TRET, como acabo de decir, que: «La prestación de trabajo en horas extraordinarias será voluntaria²², salvo que su realización se haya pactado en CC (por ej. trabajos de necesaria conclusión) o en el mismo contrato individual de trabajo, pero dentro, en todo caso, de los límites del apartado 2 de este artículo» (art. 35.4)²³.

En principio, pues, las horas extraordinarias son de voluntaria aceptación y realización, o sea de libre propuesta empresarial y libre aceptación del trabajador, constituyendo abuso de derecho el despedir al trabajador por negarse a hacer horas extraordinarias, salvo que se tratara de horas obligatorias por razones de fuerza mayor²⁴ o de horas pactadas para ser realizadas en determinados momentos y/o circunstancias.

El CC puede servir de vehículo para señalar por qué causas puede estar justificado que el empresario proponga hacer horas extraordinarias y restringir

²¹ Vid. RDGT de 31 de mayo de 2021, por la que se publica el CC nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo, para actividades de reposición y servicios de marketing operacional (BOE 11-6-2021), cuyo artículo 34 nos dice extrañamente: «No se considerará horas extraordinarias obligatorias a las que se realicen por retirar productos caducados». Siendo así que esto es algo plenamente previsible.

²² Vid. la RDGT de 1 de junio de 2021 por la que se publica el CC de Thyssenkrupp Elevadores, SLU, Madrid y Valencia (BOE 3-7-2021), artículo 12.

²³ Vid. la RDGT de 19 de agosto de 2021, por la que se publica el III CC de Ilunion Seguridad, SA (BOE 1-9-2021), cuyo artículo 57 precisa: «Si bien la realización de horas extraordinarias es de libre aceptación del trabajador, cuando se inicie un servicio de vigilancia o de transporte de seguridad, deberá proseguir hasta su conclusión o la llegada del relevo. El período de tiempo que exceda de la jornada ordinaria de trabajo, siempre que no se haya compensado en descanso, se abonará como horas extraordinarias»; Vid. en el mismo sentido la RDGT de 29 de diciembre de 2021, por la que se publica el CC Estatal de las empresas de seguridad para el año 2022 (BOE 12-1-2022), artículo 53.

²⁴ Vid. STS de 8 de mayo de 1986.

no sólo el número posible de horas a llevar a cabo al día, al mes o al año, sino también para limitar los poderes empresariales en el sentido de vetarle que pueda proponer la realización de horas extraordinarias consideradas como habituales. Se pretende con ello favorecer la creación de empleo, siquiera sea a través de las fórmulas de la contratación temporal. O sea, adecuación de la plantilla a las necesidades permanentes o cambiantes de la empresa y de ahí la flexibilidad de jornada ahora permitida.

Con carácter general ha de respetarse la libre prestación del consentimiento del trabajador (su aceptación). La STJCE de 8 de febrero de 2001²⁵, en el asunto C-350/1999, *W. Lange contra Georg Schünemann GMBH*, Directiva 91/533/CE, del Consejo, de 14 de octubre de 1991, relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral, sostuvo que, cuando existen pactos relativos a la realización obligatoria de horas extraordinarias, dicho extremo es uno de los puntos que el empresario está obligado a poner en conocimiento del trabajador como consecuencia de su deber de información sobre condiciones de trabajo²⁶.

El empresario no tiene, en principio, ningún derecho a imponer la realización de las horas extraordinarias²⁷ (salvo lo visto y previsto en CC o pacto entre las partes, o supuestos de fuerza mayor), al margen de que, efectivamente, pueda llegar a excederse en el ejercicio de sus poderes empresariales –como está sucediendo en este prolongado periodo de crisis, con tantos millones de parados, que hace que aquellos que tienen empleo no se atrevan a negarse a hacer horas extraordinarias y ni tan siquiera se atrevan a reclamar las muchas horas extraordinarias no pagadas, pues el posible despido improcedente y abaratado está a la orden del días, y del paro difícilmente se sale–, sobre todo a partir de fórmulas convencionales tan amplias y ambiguas como aquellas que exceptúan de la voluntariedad de realización de las horas extraor-

²⁵ TJCE 2001, 47.

²⁶ *Vid.* «*in extenso*» el RD 1659/1998, de 24 de julio, de desarrollo del artículo 8, apartado 5 del ET-1995, en materia de información al trabajador sobre elementos esenciales del contrato de trabajo (BOE 12-8-1998).

²⁷ *Vid.* STS de 9 de junio de 1987. *Vid.* la RDGT de 25 de febrero de 2021, por la que se publica el II CC de Bureau Veritas Inspección y Testing, SLU, Bureau Veritas Solutions, SA, e Instituto de la Calidad, SAU (BOE 10-3-2021), artículo 23; *Vid.* también la RDGT de 29 de octubre de 2021, por la que se publica el II CC de Enersur Siglo 21, SL (BOE 15-11-2021), cuyo artículo 24 precisa: «La prestación de trabajo en horas extraordinarias será voluntaria, salvo lo establecido en el artículo 24 del presente Convenio, no pudiendo exigirlas las personas trabajadoras ni imponerlas la empresa»; *Vid.* asimismo la RDGT de 12 de noviembre de 2021, por la que se publica el XIII CC de Aceites del Sur-Coosur, SA (BOE 23-11-2021), que en su artículo 24 dispone: «La prestación de trabajo en horas extraordinarias será voluntaria, salvo lo establecido en el artículo 24 del presente convenio, no pudiendo exigirlas las personas trabajadoras ni imponerlas la empresa».

dinarias cuando, caso de no llevarse a cabo, se produzcan a la empresa graves perjuicios, o se impida la continuidad de la producción.

Pero a la recíproca, el trabajador tampoco cuenta con un derecho o condición más beneficiosa consistente en realizar horas extraordinarias cuando él lo desee (porque así se habían hecho en anteriores ocasiones) y le venga bien, tanto las pida como no el empresario; por ello, a veces, la vieja negociación colectiva (y ahora la nueva negociación colectiva vuelve a hacer lo mismo) recordaba a los trabajadores que ellos no podían autorizar sus propias horas extraordinarias, sin o contra el consentimiento del empresario, llegando incluso a negar el derecho a los recargos, o incluso a cobrarlas, pues nadie les había pedido que las hiciera, por lo que en algunas ocasiones se exigía o la autorización previa o a posteriori, lo cual vuelve a suceder en la moderna negociación colectiva²⁸.

En resumen: las posibilidades legales (al margen de las reales) son tres: 1.^a) propuesta empresarial y aceptación o no por el trabajador²⁹; 2.^a) previsión de realización de horas extraordinarias a través del contrato individual de trabajo, que puede haber previsto el cuándo, las posibles causas, e incluso su pago o compensación por descansos, debiendo precisar que el pacto no es algo estático, sino que, tanto inicialmente, como a lo largo del contrato de trabajo,

²⁸ Vid. la citada RDGT de 10 de marzo de 2021, por la que se publica el CC de Federación Farmacéutica, S. C. C. L. (BOE 22-3-2021), cuyo artículo 18.1 señala: «Toda prolongación de la jornada deberá ser expresamente autorizada previa o posteriormente por el superior jerárquico inmediato, y por ello no se considerará tiempo efectivo de trabajo aquellas realizadas por los trabajadores por decisión unilateral de éste, sin perjuicio además de una posible responsabilidad disciplinaria». Vid. en este sentido la RDGT de 10 de mayo de 2021, por la que se publica el III CC de oficinas corporativas del grupo Siemens Gamesa Renewable Energy (BOE 3-6-2021), en su Anexo 6. Política de tiempo de trabajo y registro de jornada.- Siemens Gamesa Renewable Energy, S. A. y las empresas del Grupo (España), cuyo art. 7 dice así: «El Personal no podrá decidir, de forma unilateral, la realización de horas extraordinarias. El Personal únicamente podrá realizar horas extraordinarias a solicitud de cada sociedad empleadora del Grupo SGRE. Si un empleado considerara la necesidad de realizar horas extraordinarias, tendrá que comunicarlo a su superior jerárquico con anterioridad a su realización, quien deberá aprobar de forma expresa y fehaciente su realización. No se podrá entender que existe consentimiento o aprobación tácita de horas extraordinarias y estas serán eliminadas del registro por la herramienta». De modo parecido Vid. la RDGT de 31 de mayo de 2021, por la que se publica el XXI CC de Lufthansa, Líneas Aéreas Alemanas, y su personal en España (BOE 11-6-2021), artículo 11; también la RDGT de 29 de octubre de 2021, por la que se publica el II CC de Enersur Siglo 21, SL (BOE 15-11-2021), artículo 24 y la RDGT de 12 de noviembre de 2021, por la que se publica el XIII CC de Aceites del Sur-Coosur, SA (BOE 23-11-2021), artículo 24.

²⁹ Vid. la RDGT de 17 de marzo de 2021, por la que se publica el XXIV CC del sector de la banca (BOE 30-3-2021), cuyo artículo 29 señala: «Tendrán la consideración de horas extraordinarias las que excedan de la jornada ordinaria de trabajo de cada persona trabajadora, debiendo contar para su realización con la autorización previa de la Empresa» y también la RDGT de 1 de junio de 2021, por la que se publica el CC de Thyssenkrupp Elevadores, SLU, Madrid y Valencia (BOE 3-7-2021), cuyo artículo 12 señala: «En todo caso, todas las horas extraordinarias, deberán ser autorizadas previamente, por su responsable y la dirección de RRHH. Toda hora extraordinaria deberá haber sido previamente autorizada por la Comisión de Seguimiento de las mismas en cada centro, sin que en ningún caso, pueda autorizarse ni consiguientemente compensarse con arreglo al presente régimen, fracciones de tiempo inferiores a media hora».

puede acordarse la realización de horas extraordinarias bajo unas u otras condiciones cambiantes, siempre respetando los mínimos legales previstos y 3.^a) previsión de realización de horas extraordinarias en CC (generalmente cuando se den las causas ahora consideradas como estructurales en cada CC, pues cada uno es una realidad distinta) que al igual que en el pacto particular pueden ser cambiantes a lo largo de la vida de los trabajadores y que obligará a todos los trabajadores (aparte de a los empresarios) incluidos dentro del ámbito de aplicación del CC, de lo cual deberá informarse al trabajador ³⁰, salvo que existiera alguna causa impeditiva justificada *ex ante o ex post*.

Por lo tanto, los pactos individuales y los supuestos previstos en la negociación colectiva habrá que cumplirlos, de tal manera que, cuando se den las causas previstas, la realización de tales horas extraordinarias dejará de ser algo voluntario para devenir obligatorio, y por ello su incumplimiento puede llegar a justificar algún tipo de sanción y, al límite, el mismo despido disciplinario por indisciplina o desobediencia a las órdenes legítimas del empresario [art. 54.2.b) TRET]. Lo anterior no es óbice para que el CC pueda prever y prevea causas de exclusión de esta obligación establecida con carácter general, al margen de que el Juez deberá valorar si el poder empresarial se ha ejercido abusivamente o no, aparte de poder contrastar la buena fe del trabajador ³¹ y de que, en no pocos supuestos, la negativa a realizar horas extraordinarias se debe a razones de toda índole que no hay por qué descartar a priori ³².

Como apuntara la STSJ de Extremadura de 11 de junio de 2003, la negativa a la realización de horas extraordinarias ordinarias o habituales, salvo casos excepcionales, viene considerándose que no constituye causa de despido, ya que, según el artículo 35.4 del TRET, la prestación de trabajo en horas extraordinarias será voluntaria salvo que su realización se haya pactado en CC o contrato individual de trabajo ³³.

³⁰ Vid. STJCE de 8 de febrero de 2001 (TJCE 2001,47).

³¹ Vid. STS de 8 de mayo de 1986.

³² Vid. STSJ de Islas Canarias, Las Palmas (Sala de lo Social, Sección 1a) Sentencia núm. 135/2020 de 28 enero, sobre negativa justificada a realizar horas extraordinarias por deudas del empresario para con el trabajador.

³³ Vid. STSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social, Sección 1.^a), Sentencia núm. 3128/2020 de 22 de octubre, que hace referencia a la falta de gravedad de la desobediencia imputada al trabajador, pues, la negativa a la realización de las horas extraordinarias ordenadas tiene una justificación objetiva, como es el asistir a una cita médica. Ciertamente la valoración, a efectos de la imposición del despido, de la conducta sancionable ha de hacerse con criterio individualizador (STS de 2-2-87) y gradualista (STS de 5-3-87), en cuanto se ha de conocer la singularidad de caso, valorando las circunstancias concurrentes y sus peculiaridades, con especial relevancia del factor humano o personal, y a través del examen individualizado de cada caso ha de lograrse una plena coherencia y adecuación entre el hecho, la persona y la sanción (STS de 19-2-90), ya que toda falta admite matices y graduaciones a los efectos de aplicar o no la máxima sanción del despido, debiendo reservarse tal sanción para aquellos incumplimientos dotados de una espe-

Por el contrario, como veremos más ampliamente, la prestación si que será obligatoria según el núm. 3 del mismo artículo 35 TRET, cuando sea necesaria para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes (sin perjuicio de su compensación como las horas extraordinarias normales) y así, dejó dicho la STS de 9 de junio de 1987 «que sólo para casos de averías o peligros inminentes de pérdida de materias primas, siniestros u otros daños extraordinarios y urgentes, está impuesta la obligatoriedad de horas extraordinarias».

Mayores problemas presenta la prueba de la aceptación voluntaria y *ante tempus* de realizar horas extraordinarias, pues esta norma, al igual que su antecedente, está pensando no en el pacto que se hace en cada ocasión en que se presenta la propuesta y necesidad de hacer horas extraordinarias, sino en el caso de preverse *ante tempus*, trabajador a trabajador con el empresario, para que, cuando surjan tales causas, o en determinadas fechas, se hagan unas concretas horas extraordinarias. Al margen de la causa prevista, o sin causa, el problema se presentará si no existe pacto por escrito, pues no nos olvidemos que de su existencia dependerá que su incumplimiento injustificado pueda justificar una sanción por parte empresarial que, si grave, podría llegar al límite a comportar el despido disciplinario por desobediencia, lo mismo que ocurre si se desobedece la orden de hacer horas extraordinarias para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes.

Otra cuestión no menos importante es que la oferta de realización de horas extraordinarias debe hacerse en igualdad de circunstancias, y no debe resultar discriminatoria, ni utilizarse como vía de retorsión, por ej. contra los representantes legales de los trabajadores, ni contra aquellos que han participado en una huelga, ni contra los trabajadores temporales, ni contra las mujeres, etc.³⁴ Debe haber, pues, un trato de igualdad con los trabajadores³⁵.

cial significación por su carácter grave, trascendente e injustificado y siempre que la culpabilidad resalte de un modo patente, no cuando resulte atemperada o atenuada en virtud de las circunstancias concurrentes (STS de 24-2-90).

³⁴ Vid. STSJ de Asturias, (Sala de lo Social, Sección 1a) Sentencia núm. 1499/2019 de 9 julio, La cual se refiere a la igualdad ante la ley y a la inexistencia de vulneración del derecho, por ausencia de prueba de trato discriminatorio en la distribución y reparto de la posibilidad de realizar horas extraordinarias: y ello debido a la falta de formalización del denominado «plan de reparto» de las mismas, no constando tampoco que el demandante se hubiera ofrecido para su realización (miembro de comité de empresa de organismo público). Esa valoración requiere, conforme con los artículos de la LJS invocados y la interpretación jurisprudencial sobre la defensa de los derechos fundamentales, que el trabajador aporte previamente un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona sus derechos fundamentales (STC 73/1998 entre otras). No es, pues, suficiente la mera alegación de la vulneración constitucional. Al demandante corresponde aportar un principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquel acto (SSTC 90/1997), a lo que se refiere precisamente el artículo 181.2 de la Ley de la Jurisdicción Social que precisa que de lo alegado por la parte actora se ha de deducir la existencia de indicios de vulneración del derecho fundamental o libertad pública.

³⁵ Vid en este sentido, por ej.: 1) la RDGT de 26 de abril de 2021, por la que se publica el I CC de Inet Inst, SL (BOE 15-5-2021), art.48.4; 2) la RDGT de 31 de mayo de 2021, por la que se publica el XXI

C) El número de horas extraordinarias a realizar. Restricciones posibles. Posibles horas complementarias. El papel de los convenios colectivos a favor de los parados

El artículo 35.2 del TRET nos dice lo siguiente: 1.º) El número de horas extraordinarias no podrá ser superior a ochenta al año, salvo lo previsto en el núm. 3 de este artículo (horas extraordinarias por fuerza mayor). 2.º) Para los trabajadores que por la modalidad o duración de su contrato realizasen una jornada en cómputo anual inferior a la jornada general en la empresa, el número máximo anual de horas extraordinarias se reducirá en la misma proporción que exista entre tales jornadas³⁶ y 3.º) No se computarán las horas extraordinarias que hayan sido compensadas mediante descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización³⁷

Como reiteran la doctrina y los tribunales, el número máximo de horas extraordinarias constituye un límite de derecho necesario y no podrá superarse, pero, por el contrario, sí podrá verse reducido, total o parcialmente, por CC o pacto de empresa, o más raramente a través del contrato individual, al margen de que pueda disponerse en la negociación colectiva no sólo reducciones en cuanto al número máximo anual, sino incluso al día, a la semana, al mes o al trimestre.

No pocos CC ya optan por la eliminación total o gradual de las conocidas horas extraordinarias habituales, en aras, se suele decir, a reducir el paro existente en España y a facilitar, en su caso, nuevas contrataciones³⁸.

CC de Lufthansa, Líneas Aéreas Alemanas, y su personal en España (BOE 11-6-2021), cuyo artículo 11 señala: «Tenderá a evitarse este tipo de trabajos pero, en caso de no ser posible, deberá repartirse equitativamente entre todo el personal»;3) la RDGT de 5 de octubre de 2021, por la que se publica el CC para los establecimientos financieros de crédito (BOE 15-10-2021), cuyo artículo 28 previene: «La prestación en horas extraordinarias será voluntaria y sin discriminación personal alguna, siendo realizada de forma proporcional por el personal que lo solicite»; 4) la RDGT de 12 de noviembre de 2021, por la que se publica el CC de Babé y Cía., SL (BOE 23-11-2021), cuyo artículo 14 señala:«El personal se compromete a realizar las horas establecidas el Real Decreto 1561/1995, o del que le sustituya, comprometiéndose asimismo la empresa a distribuir dichas horas de forma equitativa y que permita la igualdad de oportunidades. Estas horas serán supervisadas periódicamente por el Comité de Empresa y si son detectadas anomalías, y estas no son corregidas, llevará consigo la modificación al anterior horario no flexibilizado». etc.

³⁶ Así, pues, debe existir proporción entre la posible jornada inferior a la anual que se disfrute en la empresa y el número de horas extraordinarias posibles.

³⁷ Vid. la citada RDGT de 19 de agosto de 2021, por la que se publica el CC de Renault España, SA (BOE 15-9-2021), art. 17.

³⁸ Vid. los siguientes ejemplos que nos ofrece la negociación colectiva más actual: 1) la RDGT de 10 de marzo de 2021, por la que se publica el III CC Marco estatal del sector ocio educativo y animación socio-cultural (BOE 22-3-2021), art. 50; 2) la RDGT de 17 de marzo de 2021, por la que se registra y publica el XXIV CC del sector de la banca (BOE 30-3-2021), 29; 3) la RDGT de 26 de marzo de 2021, por la que se publica el X CC Nacional para las industrias de pastas alimenticias (BOE 12-4-2021), art. 26; 4) la RDGT de 15 de abril de 2021, por la que se publica el CC de la Fundación Bancaria Caixa d'Estalvis i Pensions de

Las ochenta horas extraordinarias son de posible distribución flexible anual, no existiendo topes diarios ni mensuales, salvo lo que se pacte en CC o contrato individual, respetando las pautas legales y los descansos entre jornadas³⁹.

Barcelona «La Caixa» (BOE 6-5-2021), artículo 18; 5) la RDGT de 19 de abril de 2021, por la que se publica el CC de Financiera El Corte Inglés, EFC, SA (BOE 6-5-2021), art. 20; 6) la RDGT de 15 de abril de 2021, por la que se publica el CC de Verallia Spain, SA (fábricas) (BOE 8-5-2021) 46; 7) la RDGT de 26 de abril de 2021 por la que se publica el VIII CC de Unión de Detallistas Españoles, Sociedad Cooperativa, y Trípole, SA (BOE 13-5-2021), artículo 22; 8) la RDGT de 26 de abril de 2021, por la que se publica el CC estatal del sector laboral de restauración colectiva para los años 2020 y 2021 (BOE 14-5-2021), art. 22.3; 9) la RDGT de 10 de mayo de 2021, por la que se publica el III CC de oficinas corporativas del grupo Siemens Gamesa Renewable Energy (BOE 3-6-2021), ANEXO 6. Política de tiempo de trabajo y registro de jornada.- Siemens Gamesa Renewable Energy, S. A. y las empresas del Grupo (ESPAÑA) art. 7; 10) la RDGT de 31 de mayo de 2021, por la que se publica el II CC de Lidl Supermercados, SAU (BOE 11-6-2021), art. 24.1; 11) la RDGT de 31 de mayo de 2021, por la que se publica el XVI CC de Control y Montajes Industriales CYMI, SA (BOE 11-6-2021), artículo 15; 12) la RDGT de 31 de mayo de 2021, por la que se publica el XXI CC de Lufthansa, Líneas Aéreas Alemanas, y su personal en España (BOE 11-6-2021), artículo 11; 13) la RDGT de 1 de junio de 2021, por la que se publica el CC de Thyssenkrupp Elevadores, SLU, Madrid y Valencia (BOE 3-7-2021), art. 12; 14) la RDGT de 7 de julio de 2021, por la que se publica el XX CC General de la Industria Química (BOE 19-7-2021), artículo 45.3; 15) la RDGT de 19 de agosto de 2021, por la que se publica el CC de Euro Depot España, SAU (BOE 1-9-2021), artículo 24; 16) la RDGT de 19 de agosto de 2021, por la que se publica el VII CC intersocietario de Roca Corporación Empresarial, SA, y Roca Sanitario, SA (BOE 6-9-2021), art. 39.4; 17) la RDGT de 19 de agosto de 2021, por la que se publica el CC de Renault España, SA (BOE 15-9-2021), artículo 17; 18) la RDGT de 19 de agosto de 2021, por la que se publica el CC de Dirección General de Trabajo, por la que se publica el CC de Capital Genetic EBT, SL (BOE 17-9-2021), artículo 31; 19) la RDGT de 3 de septiembre de 2021, por la que se publica el CC de Ceoli Centro Especial de Empleo, SL, para los centros de trabajo de Toledo y Jaén (BOE 17-9-2021), artículo 25; 20) la interesante RDGT de 22 de septiembre de 2021, por la que se publica el CC de Agfa NV, sucursal en España, para sus centros de trabajo en Barcelona y Madrid (BOE 5-10-2021), artículo 26; 21) la RDGT de 5 de octubre de 2021, por la que se publica el CC para los establecimientos financieros de crédito (BOE 15-10-2021), artículo 28; 22) la RDGT de 19 de octubre de 2021, por la que se publica el CC de Kiabi España, KSCE, SA (BOE 28-10-2021), art. 19; 23) la interesante RDGT de 19 de octubre de 2021, por la que se publica el IV CC Marco del Grupo Viesgo España (BOE 13-11-2021), artículo 46; 24) la RDGT de 12 de noviembre de 2021, por la que se publica el CC Nacional de la industria de fabricación de alimentos compuestos para animales (BOE 23-11-2021), artículo 11; 25) la RDGT de 12 de noviembre de 2021, por la que se publica el CC de NCR España, SL (BOE 25-11-2021), artículo 39; 26) la RDGT de 18 de noviembre de 2021, por la que se publica el CC de Heineken España, SA (BOE 2-12-2021), artículo 10; 27) la RDGT de 25 de noviembre de 2021, por la que se publica el CC estatal de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares 2021-2022 (BOE 9-12-2021), artículo 87; 28) la RDGT de 2 de diciembre de 2021, por la que se publica el VI CC para la acuicultura marina nacional (BOE 15-12-2021), artículo 16; 30) la RDGT de 12 de noviembre de 2021, por la que se publica el CC general de trabajo de la industria textil y de la confección (BOE 16-12-2021), artículo 35; 31) la RDGT de 29 de diciembre de 2021, por la que se publica el CC del sector de mataderos de aves y conejos (BOE 12-1-2022), artículo 16; 32) la RDGT de 29 de diciembre de 2021, por la que se publica el CC Nacional de comercio minorista de droguerías y perfumerías (BOE 12-1-2022), artículo 34; 33) la RDGT de 29 de diciembre de 2021, por la que se publica el XXII CC para las sociedades cooperativas de crédito (BOE 12-1-2022), artículo 20; 34) la RDGT de 29 de diciembre de 2021, por la que se publica el CC de ámbito estatal para el sector de agencias de viajes, para el período 2019-2022 (BOE 14-1-2022) artículo 26; 35) la RDGT de 2 de diciembre de 2021, por la que se publica el CC de Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles, SA (BOE 15-1-2022), art. 9; 36) la RDGT de 29 de diciembre de 2021, por la que se publica el CC estatal para las industrias de elaboración del arroz (BOE 15-1-2022), artículo 33 y 37) la RDGT de 4 de enero de 2022, por la que se publica el CC de Nippon Gases España, SLU (BOE 18-1-2022) artículo 40.

³⁹ Téngase en cuenta lo dispuesto en el artículo 34.3 TRET sobre el número máximo de horas a realizar y el descanso entre jornadas.

Con esta posibilidad de horas extraordinarias anuales se permite un uso más racional de estas horas para los momentos punta de actividad. No obstante, cabe pactar acerca de su distribución diaria, semanal, mensual, trimestral, etc.

Se estima nula, por cuanto supone de renuncia de derechos, la cláusula contenida en un contrato de trabajo consistente en compensar simplemente las horas extraordinarias realizadas por un complemento fijo mensual por flexibilidad de jornada⁴⁰.

El artículo 20 del Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo⁴¹ señaló, a los efectos de los trabajos de puesta en marcha y cierre de los demás, lo siguiente:

1.º) Que la jornada de los trabajadores cuya acción pone en marcha o cierra el trabajo de los demás, siempre que el servicio no pueda realizarse turnándose con otros trabajadores dentro de las horas de la jornada ordinaria, podrá ampliarse por el tiempo estrictamente necesario para ello, en la forma y mediante la compensación que se establezca por acuerdo o pacto, y con respeto en todo caso de los períodos de descanso entre jornadas y semanal previstos en los artículos 34.3 y 37.1 del ET y

2.º) Que el tiempo de trabajo prolongado no se tendrá en cuenta a efectos de la duración máxima de la jornada ordinaria laboral, ni para el cómputo del número máximo de horas extraordinarias.

D) La prohibición limitada de hacer horas extraordinarias: menores de dieciocho años, trabajadores nocturnos y expedientes de regulación de empleo

Con alcance general el TRET prohíbe realizar horas extraordinarias a los menores de dieciocho años (art. 6.3).

⁴⁰ Vid. STSJ de Andalucía/Málaga, de 29 de marzo de 1999.

⁴¹ BOE 26-9-1995. Vid. la citada RDGT de 7 de julio de 2021, por la que se el XX Convenio colectivo General de la Industria Química (BOE 19-7-2021) cuyo art. 45 señala «El tiempo de permanencia en el centro de trabajo con posterioridad a la hora de salida prevista en el calendario laboral de la empresa, así como el requerido por aquellas personas trabajadoras cuyo cometido consista en la puesta en marcha, apertura o cierre del centro de trabajo y que suponga una prolongación de su jornada habitual de trabajo, tendrá la consideración de tiempo extraordinario de trabajo únicamente en el supuesto de que como consecuencia de su realización se exceda de la jornada anual que rija en la empresa. Dicha prolongación de jornada, de producirse, se compensará en la forma que se acuerde en cada empresa con los afectados o, en su caso, con los representantes de las personas trabajadoras. Las horas de descanso compensatorio que puedan corresponder por estas prolongaciones de jornada pasarán formar parte de la bolsa individual de tiempo disponible que se regula en el artículo 46 se disfrutarán en la forma y plazos allí previstos».

De otro lado, el artículo 36.1 (párrafo segundo) TRET dispone que los trabajadores nocturnos no pueden realizar horas extraordinarias, salvo en los supuestos previstos en el artículo 32 del ya citado RD 1561/1995, de jornadas especiales de trabajo. La negociación colectiva puede limitar a la totalidad del personal, no sólo al nocturno, la posibilidad de hacer horas extraordinarias durante el período de nocturnidad, o sea desde las 22 horas de un día a las seis horas del día siguiente, del mismo modo que podría prohibirlo en un plazo mayor o menor de horas dentro de cada jornada.

De conformidad con el reformado artículo 47 del TRET⁴², que trata de la reducción de jornada o suspensión del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor, tenemos que tener en cuenta que dentro del periodo de aplicación del expediente no podrán realizarse horas extraordinarias⁴³.

E) **Reducción o eliminación gubernamental del número máximo de horas extraordinarias a realizar. El trabajo en las minas**

Previene el TRET que: «El Gobierno podrá suprimir o reducir el número máximo de horas extraordinarias por tiempo determinado, con carácter general o para ciertas ramas de actividad o ámbitos territoriales, para incrementar las oportunidades de colocación de los trabajadores en paro forzoso» (artículo 35.2, párrafo 3.º).

Lo que se pretende no es reducir al máximo la realización de horas extraordinarias, sino temporalmente y bajo múltiples circunstancias y con la finalidad de reducción del paro.

La intervención del Gobierno –de alcance temporal– puede plantearse en dos líneas, bien de supresión total, bien de reducción en relación con las actuales ochenta horas que con carácter máximo y anual existen. Y ambas medidas pueden llevarse a cabo con alcance general para todos los trabajadores, o bien sólo para ciertas ramas de la actividad, o sólo para determinados ámbitos territoriales.

⁴² Modificado por el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo (BOE 30-12-2021) y corrección de errores (BOE 19-1-2022).

⁴³ Esta prohibición no resultará de aplicación en el supuesto en que las personas en suspensión contractual o reducción de jornada que presten servicios en el centro de trabajo afectado por nuevas contrataciones o externalizaciones no puedan, por formación, capacitación u otras razones objetivas y justificadas, desarrollar las funciones encomendadas a aquellas, previa información al respecto por parte de la empresa a la representación legal de las personas trabajadoras.

El TRET no ofrece criterios, sino posibilidades y finalidades de las mismas, que no son otras que las de liberar tiempo de trabajo para tratar así de incrementar las oportunidades de colocación de los trabajadores en paro forzoso. Hasta la fecha el Gobierno no ha hecho uso de esta posibilidad, habiendo preferido las medidas indirectas o la complicidad de los agentes sociales a través de la negociación colectiva (como acabamos de ver), al menos para que no se haga tanto uso de las llamadas horas extraordinarias habituales, lo cual no ha dado aún buenos resultados (al margen de lo muchos CC que se han sumado a la abolición de las horas extraordinarias habituales), como sabemos por los datos estadísticos oficiales y oficiosos, así como por las denuncias en prensa que son realmente escandalosas, y de las que se daba cuenta en la muy detallada Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo⁴⁴.

En el ámbito del citado RD 1561/1995, el artículo 28, dentro del sector del trabajo en las minas, sólo se permite hacer horas extraordinarias por alguno de los siguientes motivos: 1.º reparación o prevención de siniestros u otros daños extraordinarios y urgentes; 2.º riesgo grave de pérdida o deterioro importante de materias primas, o 3.º por circunstancias estructurales derivadas de la naturaleza de la actividad en los términos que en convenio colectivo se definan.

F) La retribución de las horas extraordinarias: posibles modalidades. El cálculo del valor de la hora extraordinaria. Imprevisión de Recargos en el TRET

Señala el TRET que (...) «Mediante CC o, en su defecto, contrato individual, se optará entre abonar las horas extraordinarias en la cuantía que se fije, que en ningún caso podrá ser inferior al valor de la hora ordinaria, o compensarlas por tiempos equivalentes de descanso retribuido⁴⁵.

⁴⁴ BOE del 12 de marzo de 2019.

⁴⁵ Vid entre otros supuestos los contemplados en: 1) la RDGT de 18 de febrero de 2021, por la que se publica el CC de la Compañía Logística de Hidrocarburos CLH, SA (BOE 3-3-2021), artículo 92.2; 2) la RDGT de 1 de junio de 2021, por la que se publica el CC de Thyssenkrupp Elevadores, SLU, Madrid y Valencia (BOE 3-7-2021), artículo 12; 3) la RDGT de 5 de octubre de 2021, por la que se publica el CC para los establecimientos financieros de crédito (BOE 15-10-2021), cuyo artículo 28 señala: «Por mutuo acuerdo entre la empresa y la persona afectada, la realización por parte de ésta de las horas extraordinarias podrá ser compensada por un tiempo equivalente de descanso. En tal caso, deberá existir acuerdo entre las partes sobre las horas extraordinarias que habrán de ser compensadas por tiempo de descanso, así como

En ausencia de pacto al respecto (no imposición), se entenderá que las horas extraordinarias realizadas deberán ser compensadas mediante descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización» (art. 35. 1)⁴⁶, pero cabe el pacto de que si no hay acuerdo se paguen con la cantidad correspondiente como horas extraordinarias.

Claramente, pues, en ausencia de pacto se entenderá que no queda más remedio que acudir al descanso (STS 26.3.1996, Rec.2702/1995) sin que quepa dejar en manos del empresario la decisión sobre la forma de compensación de las horas extras que debe ser siempre mediante un acuerdo entre las partes⁴⁷.

Aparte de lo dicho, cabe traer a colación la STS (Social) de 24 de julio de 2006 (Rec. 1570/05), que se pronunció en los siguientes términos: «De lo que ordenan los arts. 34 y 35 del ET/1995, en especial lo que disponen los números 1 y 3 del artículo 34 y los números 1 y 2 del artículo 35, debe deducirse que la retribución de las horas extraordinarias no es compensable ni absorbible con otras remuneraciones distintas del trabajador, pues la retribución de las horas extraordinarias constituye un concepto salarial independiente y autónomo que responde a la finalidad específica de remunerar el tiempo trabajado que excede del que es propio de la jornada ordinaria de trabajo, y no guarda homogeneidad alguna con las restantes percepciones de los trabajadores; y por ello no es posible compensar ni absorber tan especial retribución con ningún otro concepto salarial diferente. Antes, al contrario, estos otros

las horas o fechas en que será aplicado éste, con la única limitación de que su acumulación sólo podrá ser realizada mensualmente»; 4) la RDGT de 29 de diciembre de 2021, por la que se publica el CC estatal para las industrias de elaboración del arroz (BOE 15-1-2022), cuyo artículo 33 dispone: «1. En caso de realizar horas extraordinarias, su importe será calculado en base al salario real anual, dividido entre las horas normales a realizar en el año y ello incrementado en un 75 por 100.33.2 Las horas extras realizadas también podrán ser compensadas a razón de una hora y cuarenta y cinco minutos ordinarios por cada hora extraordinaria trabajada. Este tiempo acumulado por los trabajadores que lo realicen tendrán derecho a disfrutarlo en un 50 por 100 a su criterio personal y en el restante 50 por 100 a criterio de la empresa, todo ello dentro del período de vigencia del convenio; ambas partes notificarán con una semana de antelación el disfrute del tiempo.»

⁴⁶ Vid. la STSJ de Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife (Sala de lo Social, Sección 1a) núm. 1063/2019 de 29 octubre, que señala: «En cuanto al régimen de retribución o, mejor dicho, compensación de dichas horas el referido precepto se remite íntegramente a lo que se convenga colectivamente o, en su defecto, se pacte en el contrato individual. Únicamente la ley obliga a que las partes opten entre abonar las horas extraordinarias económicamente o que se compensen por tiempo equivalente de descanso retribuido, pero si las partes no optan por uno u otro sistema se presume que optan por el sistema de compensación con tiempo equivalente de descanso retribuido». Vid. también la STSJ de Islas Canarias, Las Palmas (Sala de lo Social, Sección 1a) núm. 341/2021 de 29 marzo.

En materia de negociación colectiva téngase en cuenta, entre otras: 1) la RDGT de 7 de julio de 2021, por la que se publica el XX CC General de la Industria Química (BOE 19-7-2021), artículo 45.2 y la interesante RDGT de 29 de diciembre de 2021, por la que se publica el CC de Fluidmecánica Sur, SL (BOE 17-1-2022), artículo 24.

⁴⁷ Vid. STSJ de las Islas Canarias /Las Palmas, 29 de julio de 2015, Recurso 775/2013.

conceptos salariales, no sólo no compensan ni absorben aquella remuneración, sino que su importe tiene que ser tenido en cuenta al objeto de determinar la cuantía a que ha de ascender el precio de cada hora extraordinaria; lo que supone que lejos de impedir el pago de este precio, dichos conceptos remuneratorios inciden sobre el mismo aumentando su cuantía.

Ahora bien, el hecho de que la retribución de las horas extras no sea compensable, no impide que sean perfectamente válidos y conformes a derecho los pactos individuales o colectivos concertados por el empresario con el trabajador o los trabajadores, en los que se fije una retribución global o genérica, de importe igual o similar cada mes, en compensación del exceso de jornada que éste se compromete a realizar; siempre, claro está, que en tal pacto se respeten adecuadamente los límites, que la ley establece tanto en relación con el tiempo máximo de trabajo (art. 34-2 del ET) como con el montante de la retribución (art. 35-1 del ET).

Y este tipo especial de remuneración de las horas extraordinarias, mediante el pago por la empresa de una cantidad igual o parecida todos los meses, podrá establecerse válidamente (siempre que se respeten esos límites legales) tanto en aquellos casos en que el empleado se compromete a realizar cada día un exceso de jornada determinado y concreto, siendo esa especial remuneración la compensación económica de ese exceso determinado que el mismo realiza de modo regular y diario; como en aquellos otros supuestos en los que el trabajo extraordinario no se efectúa de esa forma regular, sino de modo variable y cambiante, lo que supone que hay días en los que el empleado no supera el tiempo de trabajo de la jornada ordinaria, y otros en que sí lo supera. En estos últimos casos los pactos referidos producen el efecto de obligar al trabajador a realizar las horas extraordinarias que las condiciones del trabajo impongan, y que el precio que por ellas va a recibir dicho trabajador será la cantidad mensual fija referida, a pesar de que el número de horas extras realizadas por él en cada mes, pueda ser muy diferente; e incluso puede haber meses en que no realice ningún trabajo en tiempo extra, lo que no le privará de percibir la cantidad genérica pactada a tal objeto.

No obstante, hay que advertir, siguiendo a la SAN de 1 de marzo de 2017, que es lícito el precepto convencional –o sea previsto en un CC anterior– que otorga al empresario la opción entre abonar o compensar con descanso las horas extraordinarias voluntarias, puesto que la ley no otorga dicha opción al trabajador, sino que la remite al CC, que puede otorgarla legítimamente al empleador.

El mandato de que el valor pactado de cada hora extraordinaria no puede ser inferior a la hora ordinaria es una norma legal imperativa y de derecho necesario relativo, que pretende garantizar a los trabajadores la indisponibili-

dad de derechos que la misma ley les confiere (art. 3.5 TRET), y ello aun cuando la disposición se establezca en CC, pues éstos están jerárquicamente por debajo de la ley, o sea en nuestro caso del TRET⁴⁸.

El CC puede mejorar (así podía ocurrir en tiempos de no crisis) las previsiones del artículo 35.1 del TRET, pero en modo alguno puede empeorarlas. Como nos ha recordado el propio TS, otra cosa es la regulación de las horas de presencia previstas en el art.8.3 del RD 1561/1995⁴⁹, para las que no hay regla similar, salvo que se trate de horas de presencia en exceso o extraordinarias⁵⁰.

Como aclarara la STS de 21 de febrero de 2007, el valor mínimo de la hora extraordinaria es el que correspondería a cada hora ordinaria, y este valor hace relación no sólo al salario base, sino también a todos aquellos complementos que deben integrarse en la estructura salarial.

El TRET ya no prevé unos recargos (mínimos o máximos) para el pago de las horas extraordinarias, sino que la previsión o no del recargo la deja en manos del CC o del contrato individual, pudiendo haber o no haber recargos (se ha abaratado a favor del empresario, aunque para ocultar esta realidad se agregue que se trata de desincentivar a los trabajadores y así lograr que se contrate a otros trabajadores, cosa que no sucede, y menos ahora), pudiendo ser unos u otros, pudiendo la base ser una u otra, sin más respeto que el valor mínimo de la hora ordinaria (prevista o a prever en el CC o, en su defecto, en el contrato individual), pero nunca por debajo de la misma. El valor de la hora ordinaria es el suelo mínimo de contratación, que puede verse mejorado por el CC o el contrato individual de trabajo, dado que sería absurdo pagar o intentar pagar las horas extraordinarias por debajo del valor de la hora ordinaria⁵¹, salvo que se adoptara claramente una política tendente a que las horas extraordinarias dejaran de ser atractivas para los propios trabajadores.

⁴⁸ Vid. entre otras muchas las SSTS 28 de noviembre de 2004; 3 de diciembre de 2004; 21 de febrero de 2006 (3); 22 de febrero de 2006; 6 de marzo de 2006; 23 de marzo de 2006; 28 de marzo de 2006; 4 de julio de 2006; 8 de junio de 2006; 10 de julio de 2006; 18 de septiembre de 2006; 11 de octubre de 2006; 20 y 21 de febrero de 2007; 5 de julio y 18 de diciembre de 2007; 21 y 26 de diciembre de 2007 y STS 369/2019, de 14 de mayo de 2019 (Rec. 48/2019) y STSJ de Madrid, (Sala de lo Social, Sección 4.ª) núm. 698/2020 de 30 septiembre.

⁴⁹ Cuyo texto literal es el siguiente: «Artículo 8. 3. Los tiempos de presencia no podrán exceder en ningún caso de veinte horas semanales de promedio en un período de referencia de un mes y se distribuirán con arreglo a los criterios que se pacten colectivamente y respetando los períodos de descanso entre jornadas y semanal propios de cada actividad. Las horas de presencia no computarán a efectos de la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, ni para el límite máximo de las horas extraordinarias. Salvo que se acuerde su compensación con períodos equivalentes de descanso retribuido, se abonarán con un salario de cuantía no inferior al correspondiente a las horas ordinarias.

⁵⁰ Vid. STS de 20 de febrero de 2007.

⁵¹ Vid. SSTS de 12 de enero y de 27 de septiembre de 2005.

Por tanto, las cantidades concretas a abonar (en algunos CC se fija por categorías el valor de cada hora, teniendo en cuenta si es diurna o nocturna, si es primera o segunda o tercera hora, si es o no en día festivo, etc.) o las fórmulas matemáticas para aplicar sobre las mismas los porcentajes que se establezcan sobre el valor de la hora ordinaria, habrá que buscarlos en cada CC y, en su defecto y más raramente, en el contrato individual.

La STS de 24 de julio de 2006 admitió la validez del pacto de abono mediante una cantidad global y genérica por mes, siempre que el pacto se acreditara cumplidamente y por escrito. En este sentido la STSJ del País Vasco de 4 de mayo de 2010 apuntó que «para poder afirmar que existen estos pactos sobre retribución genérica de las horas extraordinarias es de todo punto necesario que la existencia y realidad de los mismos haya quedado acreditada con total claridad y evidencia, constando sin ningún tipo de duda que lo que el acuerdo o CC establece es una forma especial o peculiar de remunerar las horas extraordinarias llevadas a cabo por los trabajadores. Y, precisamente por esta exigencia de claridad en cuanto a la naturaleza y objeto del pacto, lo más lógico es que esta clase de acuerdos se documente por escrito».

Cabe la opción del pago de las horas extraordinarias no en dinero sino en tiempo de descanso (fijando plazos inferiores o superiores a los cuatro meses para su compensación, pero con distintos efectos). El artículo 35.2, pfo. 2.º TRET sólo dispone que no se computen tales horas extraordinarias descansadas cuando los descansos compensatorios tengan lugar dentro de los cuatro meses siguientes a la realización de las citadas horas extraordinarias de las que traen su causa, no necesariamente incrementadas, como ocurriera antes, en un 75 por 100, sino, al menos, en tiempos equivalentes de descanso retribuido (siendo la referencia mínima el cambio de una hora de trabajo por otra de descanso). Hasta ahora la compensación mínima había venido siendo de una hora extraordinaria trabajada por una hora y cuarenta y cinco minutos de descanso, disfrutándose, en algunos casos, incluso, de algún plus económico adicional. En principio, por tanto, habrá que estar al valor dado en el CC o en el contrato individual a cada hora extraordinaria (pues no necesariamente todas habrán de tener el mismo valor) para su posterior cambio por jornada de descanso.

Algún CC ha llegado a prever –pues no queda más remedio que hacerlo de esta forma– que en el caso de que se hagan horas extraordinarias tras haber agotado el cupo de las ochenta horas extraordinarias anuales (o las horas proporcionales en función de la jornada de cada sector o empresa), las que lo sobrepasen deberán necesariamente compensarse con descansos y no retribuirse económicamente, siendo una suerte de realización *ante tempus* de la jornada

(una manifestación más de la flexibilidad del tiempo de trabajo, aunque en no pocas ocasiones estas horas ni se declaran ni se retribuyen debidamente).

Tales horas realizadas podrán ir acumulándose para su disfrute cuando así se convenga por las partes. El pacto o CC habrá de contemplar no sólo los casos en que las horas extraordinarias se podrán compensar por horas de descanso, sino el momento o sistemas para su efectivo disfrute; habrá que ponderar, pues, los intereses en juego de las partes.

Habrà que articular el disfrute de descansos compensatorios debidamente organizados entre los distintos trabajadores de la empresa, procurando, como se recoge en algún CC, que el disfrute de estos descansos no origine a su vez la necesidad de hacer horas extraordinarias por parte de los trabajadores que no estén, precisamente, disfrutando de dicho descanso compensatorio.

Las horas se compensarán preferentemente con tiempos de descanso a petición del trabajador, siempre y cuando no se perturbe el normal proceso productivo⁵². Si no hay pacto al respecto se entenderá que las horas extraordinarias realizadas deberán ser compensadas mediante descanso, pero dentro de los cuatro meses siguientes a su realización⁵³.

El problema surgirá cuando, debiendo aplicar el descanso, bien porque así se ha pactado, bien porque no se ha pactado nada, tal descanso no se lleva a cabo. El trabajador podrá exigir su descanso, e incluso denunciar su infracción ante la Inspección del Trabajo⁵⁴, resultando dudoso que pueda disfrutar del descanso cuando él quiera, sin exponerse a algún tipo de sanción empresarial. Se da como una especie de realización *ante tempus* del trabajo; el trabajador anticipa parte de sus prestaciones y de ese modo puede posteriormente incrementar sus períodos de tiempo libre. Se abre una especie de cuenta corriente entre trabajador y empresarios en donde cada cuatro meses (o menos) deben cuadrar debe y haber, con lo que parecería como que nunca se hubieran hecho horas extraordinarias, sino que se habían anticipado horas de trabajo (creándose una suerte de bolsa de horas realizadas y a compensar en el futuro) por necesidades perentorias de la empresa y, posteriormente, ésta dejaría en libertad a los trabajadores por un tiempo equivalente o superior para compensar el esfuerzo llevado a cabo anticipadamente.

⁵² Vid. STSJ de Cataluña de 23 de marzo de 2000. Vid. la RDGT de 18 de febrero de 2021, por la que se publica el CC de Compañía Logística de Hidrocarburos CLH, SA (BOE 3-3-2021), artículo 92.2.

⁵³ Vid. la RDGT de 26 de marzo de 2021, por la que se publica el X CC Nacional para las industrias de pastas alimenticias (BOE 12-4-2021), artículo 26.

⁵⁴ Vid. artículo 7.5 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (BOE-8-8-2000).

Cabe, como figura mixta, que la negociación colectiva permita que el trabajador opte por un sistema mixto de percepción económica y descanso.

La STSJ de Andalucía/Málaga, de 24 de marzo de 2000 recordaba que la única reserva de ley sustraída «a la libre disponibilidad de las partes negociadoras, sería la establecida y consistente (...) en que no se computarán las horas extraordinarias que hayan sido compensadas mediante descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización (...) y sólo en tal caso, y transcurridos los cuatro meses, estaría justificada la reclamación por el trabajador del abono de sus horas extraordinarias en moneda y no con descansos compensatorios».

G) La prueba y el control de la realización de horas extraordinarias

Uno de los temas que mayores problemas plantea y ha planteado en el tiempo es el referido a la prueba de la efectiva realización de las horas extraordinarias (en otras palabras: los medios legales para la preconstitución de la prueba a la hora de reclamar, si es que procediere, el pago de las horas extraordinarias realizadas, e incluso para facilitar la labor de control de la Inspección de Trabajo), pues los Tribunales exigen desde siempre una meticulosa demostración, repitiendo, una y otra vez, que los trabajadores que reclaman el pago de las horas extraordinarias, que alegan haber realizado y no cobrado, han de acreditar cumplidamente, con todos los medios de prueba a su alcance, el cuánto y el cuándo de cada una de dichas horas ⁵⁵, o lo que es lo mismo, como dijera el ya derogado ⁵⁶ artículo 1214 del Código Civil ⁵⁷, incumbe al trabajador probar las horas extraordinarias que reclama (prueba diabólica mientras no han existido los ahora creados «Registros de jornada», como hace ya tiempo se demandó por parte de la doctrina científica y ahora judicial, y en cierto modo se encontraban exigidos en los convenios sobre tiempo de trabajo de la OIT ratificados por España).

⁵⁵ Vid. SSTs de 21 de enero y 23 de abril de 1991; 11 de junio de 1993; 17 de mayo de 1995 y 9 de abril de 1997, entre otras muchas.

⁵⁶ Vid. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE 8-1-2000), en cuya disposición derogatoria única 2 leemos: «Quedan también derogados los siguientes preceptos, leyes y disposiciones: 1.º El apartado segundo del artículo 8; el párrafo segundo del apartado sexto del artículo 12; los artículos 127 a 130, incluido; el párrafo segundo del artículo 134 y el artículo 135; los artículos 202 a 214, incluido; 294 a 296, incluido, y 298; y los artículos 1214, 1215, 1226 y 1231 a 1253, incluido, todos ellos del Código Civil. Hay que tener en cuenta ahora los arts. 217, 281 y ss y 299 y ss de esta LEC».

⁵⁷ Vid. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (Gaceta de Madrid de 25 de julio de 1889).

La STSJ de Galicia de 5 de julio de 2017 vino a señalar que procede su abono al trabajador por haber sido suficientemente acreditadas mediante los partes de trabajo que se entregaban mensualmente al contable de la empresa, sin que pueda entenderse que las horas extraordinarias se hicieron voluntariamente por el trabajador (en principio resulta absurdo pensar que el trabajador haga horas extraordinarias voluntarias y gratuitas a favor de su empresario, sin o contra la voluntad del empresario), a modo de una mera liberalidad, y sin que hubiera recibido órdenes de la empresa en tal sentido, la cual, como fue fácil demostrar, sabía día a día (aceptación tácita a ciencia y paciencia) de la ejecución de las horas de trabajo del trabajador, sin oponer nunca ningún tipo de oposición a su jornada en el sector hidroeléctrico. Los partes de trabajo se entregaban mensualmente al contable de la empresa y, por tanto, la empresa tenía puntual conocimiento de cuál era el horario del trabajador y cuáles eran las actividades que desarrollaba su empleado, pues ante la entrega de tales partes de trabajo, nunca puso objeción alguna a los mismos, dando por sentado que el trabajador iniciaba y finalizaba su jornada de trabajo en las horas que se indicaban en los tan mencionados partes de trabajo que obraban en autos.

Si se prueba la habitualidad en el cumplimiento del horario ordinario y extraordinario es posible, de modo excepcional, rebajar el rigor judicial de la exigencia de la dura prueba hora por hora⁵⁸. En esta línea, la *STSJ de Cataluña*, de 6 noviembre de 2017 vino a recordar, una vez más, que, «frente a la norma general de necesidad de probar por parte de quien la invoque en su favor la realización de horas extraordinarias, cuando la jornada laboral llevada a cabo por el trabajador es uniforme y supera la establecida como ordinaria, basta con acreditar esta circunstancia para demostrar también la habitualidad en la realización del exceso como horas extraordinarias⁵⁹.

O sea, según reiterada doctrina jurisprudencial⁶⁰ la prueba de las horas extraordinarias día por día y hora por hora corresponde al que alega su realización, salvo que éste acredite la realización habitual de una jornada de trabajo

⁵⁸ Vid. a título de ejemplo la STSJ Castilla-La Mancha de 23 de febrero de 2017, la STSJ Islas Canarias/Las Palmas de 8 de julio de 2017.) y la STSJ de las Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife (Sala de lo Social Sección 1.ª), núm. 1063/2019, de 29 de octubre, la cual señala que: «La carga de la prueba sobre la realización de horas por encima de la jornada ordinaria de trabajo pesa sobre el trabajador. Las horas extraordinarias han de referirse día a día, aunque, cuando la jornada es uniforme y excede de la ordinaria, se presume que el exceso responde a trabajo en horas extras, en cuyo caso basta con acreditar tal circunstancia (siguiendo la doctrina de las SSTs de 22 de diciembre de 1992 y 22 de julio de 1996)».

⁵⁹ Vid. STSJ de Madrid, (Sala de lo Social, Sección 1a) núm. 955/2019 de 11 octubre, estableciendo el abono procedente gracias a la acreditación por parte del trabajador, con indicios probatorios suficientes, de la realización de una jornada laboral superior a la establecida en el CC aplicable (socorrista).

⁶⁰ Vid. entre otras SSTs de 23 de enero de 2.001, de 13 de febrero, 10 de abril, 10 de mayo y 22 de diciembre de 1992 y 24 de junio de 1995.

superior de modo constante y reiterado en el tiempo a la jornada pactada, pues en este caso no precisa aquel la prueba de hora a hora y día a día, sino que la prueba se contrae a justificar la existencia de esa superior jornada. Y al respecto ya se declaraba en la STS de 3 de mayo de 2000, recordando doctrina del Tribunal Supremo que: «(...) si bien es verdad que frente a la norma general de necesidad de probar por parte de quien la invoque en su favor la realización de horas extraordinarias, la doctrina del Tribunal Supremo sustentada entre otras coincidentes sentencias que el escrito de formalización del Recurso refiere y las de 3 de febrero, 10 de abril, 10 de mayo y 22 de diciembre de 1992 y 24 de junio de 1995, cuando la jornada laboral llevada a cabo por el trabajador es uniforme y supera la establecida como ordinaria basta con acreditar esta circunstancia para demostrar también la habitualidad en la realización del exceso como horas extraordinarias. Es claro que la aplicabilidad de tal doctrina supone y presupone la acreditada constatación o probada realidad de una jornada laboral habitual o continuamente llevada a cabo por encima o con exceso de la establecida como propia u ordinaria, sin que en su cómputo pueda incluirse el tiempo de permanencia sin más a expectativa de la empresa, denominado tiempo de disponibilidad, como afirma el mismo Tribunal Supremo entre otras en las sentencias de 11 de julio de 1990, 18 de febrero de 1991, 21 de diciembre de 1993 y 15 de julio de 1996, ya que durante el mismo no se lleva a cabo la prestación de trabajo efectivo (...)»⁶¹.

El trabajador que reclama de su empresario el pago de horas extraordinarias puede encontrarse en alguna de estas situaciones: 1) Que el empresario acepte la reclamación y se las pague, 2) que la acepte parcialmente, y/o 3) que la deniegue completamente.

Si por la denegación parcial o total se formula la oportuna reclamación ante el Juzgado de lo Social, para que el Tribunal pueda dictar sentencia favorable se precisará convencer al juez, a través de los medios de prueba de que se pueden valer las partes, de que lo reclamado se corresponde realmente con lo debido porque, efectivamente, las horas extraordinarias reclamadas se han realizado y no han sido pagadas total o parcialmente.

El Tribunal Supremo, al menos desde 1927, ha reiterado que «el hecho de que se trate de un derecho aplicable con espíritu de protección y amparo al obrero (eran otros tiempos), no puede hacer que el Tribunal sentenciador pueda sustituir los hechos probados por otros totalmente contrarios en base a la tutela del obrero y en agravio de los legítimos derechos del patrono (cada vez

⁶¹ Vid. STSJ de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1a) núm. 6169/2019, de 18 diciembre.

mayores), pues no es sustituible la justicia por la benevolencia, siendo al reclamante al que incumbe la carga de la prueba»⁶².

En virtud de ello vienen desestimándose muchísimas reclamaciones por falta de prueba, por insuficiencia de ella o por no servir para determinar la convicción del Juez, toda vez que se exige que se pruebe hora a hora, día a día, y si fueron diurnas o nocturnas, normales o festivas, etc.

Aparte de la dureza de la prueba, hay que tener en cuenta, a mayor abundamiento, que los documentos aportados son de libre apreciación por el juzgador, aunque en ellos exista un reconocimiento de deuda del empleador; incluso la confesión en juicio se considera también, en algunos casos, como hecho insuficiente para merecer el calificativo de acto auténtico y que es de libre apreciación judicial la prueba de testigos⁶³.

Como hemos podido constatar a lo largo de muchísimos años de investigación sobre esta materia, no lo tiene fácil el trabajador, aunque algo se ha flexibilizado esta dura postura. La STS (UD) de 9 de febrero de 2015, en procesos de reclamación de horas extras en empresas de seguridad, vino a señalar que corresponde al trabajador la prueba de su realización y recae sobre el empresario, que tiene la disponibilidad y facilidad probatoria, la carga de probar las circunstancias en las que se han realizado las mismas a efectos de determinar los complementos salariales que deben incluirse en su retribución. Cabe significar que en estos últimos años se ha llegado a decir que existe una regla adicional en cuanto a la carga de la prueba que es la que establece que «el tribunal debe tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes en litigio (artículo 217 párrafo 7.º de la LEC). Esta regla tiene una proyección especial en el proceso laboral por la singular posición del empresario en el control de las fuentes de prueba, lo que determina de hecho alteraciones en el régimen de distribución de la carga de la prueba»⁶⁴.

H) El Registro de jornada. La preconstitución de la prueba⁶⁵

El TRET previene que, «a efectos del cómputo de horas extraordinarias, la jornada de cada trabajador se registrará día a día y se totalizará en el período fijado para el abono de las retribuciones, entregando copia del resumen al trabajador en el Recibo correspondiente» (art. 35.5).

⁶² Vid. SSTS de 31 de enero y 26 de septiembre de 1990 y 11 de junio de 1993.

⁶³ Vid. SSTS de 21 de enero y 23 de abril de 1991.

⁶⁴ Vid. STSJ de las Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife (Sala de lo Social Sección 1.ª), núm. 1063/2019, de 29 de octubre.

⁶⁵ Vid. más ampliamente esta materia en el Tema 14 de esta misma obra colectiva.

Se trata solamente de un mero Registro de horas extraordinarias, que pudiere quedar embebido ahora en el más amplio Registro total, ahora regulado en el artículo 34.9 TRET, siendo una suerte de antecedente parcial.

En el resumen deberán figurar las horas extraordinarias efectivamente realizadas, pudiendo precisar si se trata de horas extraordinarias retribuidas económicamente o a compensar o ya compensadas por descansos, pues en última instancia se tratará de controlar el cumplimiento o no de las ochenta horas anuales que, como máximo, se permiten al año (o las que corresponda en virtud de la proporcionalidad de la jornada antes vista). Se impone así la participación empresarial para verificar el número de horas extraordinarias realizadas, exigida por los Tribunales, basándose en el mandato legal y en la constatación de que es el empresario «quien dispone generalmente de los datos y elementos de convicción conducentes a la concreta determinación de las jornadas efectuadas y de sus posibles excesos»⁶⁶.

Aunque no se lleve tal documentación las horas extraordinarias realizadas deberán pagarse, pero, ciertamente, la falta de medios de prueba jugará en contra de los legítimos intereses del trabajador. En tal sentido la STSJ de Cantabria de 16 de enero de 2008 señalaba que «no se puede obviar la obligación de registro que el artículo 35.5 del ET/1995 impone al empresario al establecer (...)» a efectos del cómputo de las horas extraordinarias (...); (pues) se trata de un mecanismo de control individual de la jornada realizada, que la empresa demandada debió entregar al trabajador, en forma de resumen mensual, junto con la nómina de salarios. Tal modo de proceder –el no entregar la hoja resumen– «deja indefenso al trabajador». La mera deducción no basta, sino que es inexcusable fijar con toda precisión su número y circunstancias⁶⁷.

Por toda la problemática vista hasta aquí ya se había venido planteando la polémica acerca de si con carácter general existía o no la obligación empresarial de llevar un registro diario más concreto y detallado, día a día, de la jornada efectiva de trabajo de todos y de cada uno de sus trabajadores, bien prevista en el TRET, bien en la negociación colectiva, bien en acuerdos de empresa, lo que finalmente condujo a la importante reforma introducida por el Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo⁶⁸, por el que se introduce el apartado 9.º en el artículo 34 TRET, para luchar no sólo contra la precariedad laboral, sino contra el abuso en la realización de horas extraordinarias, sin pagar y sin cotizar a la seguridad social.

⁶⁶ Vid. STS de 8 de febrero de 1989 y STSJ del País Vasco de 27 de junio de 2000.

⁶⁷ Vid. asimismo la STSJ de Madrid de 6 de mayo de 1991.

⁶⁸ BOE de 12 de marzo.

Pero veamos brevemente los antecedentes inmediatos de esta trascendental reforma. Con anterioridad a la reforma introducida por el R. D. ley 8/2019, se había venido planteando con cierta profundidad si lo que se tenía que registrar eran no sólo las horas extraordinarias, sino más ampliamente, toda la jornada de cada trabajador. Esto surgió a raíz de la controvertida e interesante STS 1275/2017 de 23 de marzo; seguida, entre otras, de las SSTS de 20 de abril de 2017 y 10 de enero de 2018, que tiene tres votos particulares (o sea un total de cinco Magistrados discrepantes con votos de gran interés doctrinal). En la STS 1275/2017 se casó y anuló la SAN, de 4 de diciembre de 2015, que había impuesto a BANKIA establecer un sistema de Registro de la jornada diaria efectiva que realizaba su plantilla y que permitía de ese modo comprobar el adecuado cumplimiento de los horarios pactados, y todo ello en virtud (según interpretación amplia de la citada SAN) del artículo 35.5 ET.

Según la STS 1275/2017, de 23 de marzo, la necesidad de llevar un Registro para el control de todo el tiempo de trabajo de los trabajadores móviles, de la marina mercante y de ferroviarios, que establecen los artículos 10-bis-5 y 18-bis-2 del RD 1561/1995, sobre jornadas especiales de trabajo, y su Adicional Séptima, nos muestran que, cuando el legislador quiere o ha querido exigir la imposición de un Registro de toda la jornada laboral y el control horario, lo ha dicho expresamente, pues, si hubiera querido que ese mandato fuese general no lo habría reiterado para supuestos especiales, sino que lo habría implantado con carácter general en el artículo 34 del ET.

De todas maneras, la cuestión no dejó de ser polémica y, aunque la Inspección de Trabajo emitió una inicial Instrucción en la que renunciaba a pedir este tipo de registros de jornada, en el Congreso de los Diputados se pretendió se tramitara una ley que aclarase estos extremos en pro de la mayor seguridad de los trabajadores, pues así lo demandaba también la UE.

Según la citada STS 1275/2017, de 23 de marzo, la solución dada no dejaba indefenso al trabajador a la hora de probar la realización de horas extraordinarias, pues a final de mes la empresa le ha de notificar el número de horas extras realizadas, o su no realización, lo que le permitirá reclamar (prueba diabólica de larga trayectoria histórica en España) frente a esa comunicación y, a la hora de probar las horas extraordinarias realizadas, siempre tendría a su favor el artículo 217-6 de la LEC⁶⁹, norma que no permite presumir la realización de horas extras cuando no se lleva su registro, pero que juega en contra de quien no lo lleva cuando el trabajador prueba que si las realizó».

⁶⁹ Que, como antes vimos, viene a sustituir por derogación al artículo 1214 de nuestro vetusto Código Civil.

Como sigue diciendo la comentada STS 1275/2017, de 23 de marzo, es cierto que *de lege ferenda* (y así sucedió vía Real Decreto Ley en 2019) con vendría una reforma legislativa que clarificara la obligación de llevar un registro horario y facilitara al trabajador la prueba de la realización de horas extraordinarias, pero *de lege data* esa obligación no existe en aquel entonces y los Tribunales no pueden suplir al legislador imponiendo a la empresa el establecimiento de un complicado sistema de control horario, mediante una condena genérica, que obligaría, necesariamente, a negociar con los sindicatos el sistema a implantar, por cuanto, no se trata, simplemente, de registrar la entrada y salida, sino el desarrollo de la jornada efectiva de trabajo con las múltiples variantes que supone la existencia de distintas jornadas, el trabajo fuera del centro de trabajo y, en su caso, la distribución irregular de la jornada a lo largo del año, cuando se pacte. Por todo lo cual se concluirá que... «los razonamientos expuestos impiden llevar a cabo (por ahora) una interpretación extensiva del artículo 35.5 del TRET (más bien teleológica), imponiendo obligaciones que limitan un derecho como el establecido en el artículo 28.3 del citado texto legal y el principio de libertad de empresa, que deriva del artículo 38 de la Constitución y ha reconocido nuestro Tribunal Constitucional como imprescindible para la buena marcha de la actividad productiva (S. 170/2013) (aparte de que en aquel entonces)... La falta de llevanza, o incorrecta llevanza del registro, no se tipificaba por la norma como infracción de forma evidente y terminante, lo que obliga a una interpretación restrictiva y no extensiva de una norma sancionadora como la contenida en el artículo 7.5 del TRLISOS, norma cuya naturaleza sancionadora impide una interpretación extensiva del artículo 35.5 del TRET, pues es principio de derecho el de la interpretación restrictiva de las normas limitadoras de derechos y de las sancionadoras. Además, tampoco se tipifica como falta la no llevanza del Registro que nos ocupa, y no informar a los trabajadores sobre las horas realizadas en jornadas especiales o incumplir obligaciones meramente formales o documentales constituye, solamente, una falta leve, en los supuestos previstos en el artículo 6, números 5 y 6 del R. D Legislativo citado».

La creación del Registro de jornada por el citado Real Decreto-ley asegura finalmente la conformidad de la normativa española con el ordenamiento de la UE.

Hay que señalar que el Plan Director por un Trabajo Digno 2018-2019-2020, aprobado por el Consejo de Ministros el 27 de julio de 2018, ya señaló como uno de sus objetivos la lucha contra «la realización de horas extraordinarias ilegales por superar la cifra máxima permitida de 80 al año, la realización de horas extraordinarias que no son abonadas ni compensadas con des-

canso, sean o no legales, y las situaciones relacionadas con la organización del trabajo y el establecimiento de altos ritmos, para actuar tanto sobre los aspectos puramente laborales como los relacionados con la incidencia que tales factores tienen en la prevención de riesgos laborales».

A través del artículo 10 de este Real Decreto Ley se modificó el TRET para regular el Registro de jornada, a los efectos de garantizar el cumplimiento de los límites en materia de jornada, creando un «marco de seguridad jurídica tanto para las personas trabajadoras como para las empresas y de posibilitar el control por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social».

Así, pues, el nuevo apartado 9.º del artículo 34 del TRET dispone ahora que:

1.º) La empresa garantizará el Registro diario de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora, sin perjuicio de la flexibilidad horaria que se establece en este artículo.

2.º) Mediante CC o acuerdo de empresa o, en su defecto, decisión del empresario previa consulta con los representantes legales de los trabajadores en la empresa, se organizará y documentará este registro de jornada.

3.º) La empresa conservará los registros a que se refiere este precepto durante cuatro años y permanecerán a disposición de las personas trabajadoras, de sus representantes legales y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

En resumidas cuentas: esta reforma alcanza a todos los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el campo de aplicación del TRET (art. 1.º) a jornada completa, pero siguiendo el orden de los preceptos del TRET hay que tener en cuenta las siguientes especialidades y excepciones:

1.ª) En las relaciones laborales especiales del artículo 2.º TRET habrá que estar a sus respectivos reglamentos de desarrollo, estando claro que no será de aplicación al personal de alta dirección.

2.ª) Respecto a los trabajadores a tiempo parcial sabemos que estos ya cuentan con un Registro específico (art. 12.4.c TRET).

3.ª) Como ya hemos visto anteriormente, el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, prevé de conformidad con las Directivas de la Unión Europea una serie de registros específicos y detallados para los trabajadores móviles (art. 10.bis.5), trabajadores de la marina mercante (art. 18.bis.2⁷⁰) y trabajadores que realizan servicios de inte-

⁷⁰ El Real Decreto 1561/1995, en su Segundo Anexo, contiene incluso el Modelo de registro de las horas de trabajo o descanso de los trabajos a bordo de buques dedicados a la marina mercante.

roperabilidad transfronteriza en el transporte ferroviario (Disposición adicional séptima, n.º 9). En todo caso, habría que confrontar estas normas del RD 1561/1995, pues la nueva normativa legal es más exigente en algunos aspectos, por ej. de conservación de los registros, y es de aplicación general y a ella ha de acomodarse el Reglamento.

Aquí solamente me corresponde agregar⁷¹ que la norma impone el contenido a desarrollar en los sucesivos CC, acuerdos o decisiones empresariales y deberá ajustarse a los fines de esta norma, o será susceptible de impugnación. En todo caso, ello se hará sin perjuicio del régimen ya conocido de flexibilidad horaria, o mejor, respetando el hipotético régimen de flexibilidad, lo cual, posiblemente, suponga añadir más dificultad técnica a la organización del registro. Pero no hay que olvidar que el Registro es del horario concreto de inicio y terminación de la jornada de trabajo de cada trabajador en particular, no el genérico como podría ser el horario de la empresa.

El artículo 11 del mismo Real Decreto-ley 8/2019 modifica el TR de la LISOS, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, para tipificar como infracciones graves en el orden social las derivadas de incumplimientos relativos también al Registro de jornada, ampliando el anterior texto legal del apartado 5 del artículo 7 de la LISOS.

Aparte de todo lo dicho hasta ahora, hay que tener en cuenta que, de conformidad con la DA 3.ª del RD 1561/1995, los representantes de los trabajadores deben ser informados mensualmente por el empresario de las horas extraordinarias realizadas por los trabajadores, cualquiera que sea su forma de compensación, para lo que deberán recibir copia de los resúmenes a que hace mención el artículo 35.5 TRET. Tal información puede ampliarse a través de CC⁷² La STSJ de Cantabria de 11 de febrero de 1999 ya señalaba que: «el derecho de información sobre horas extraordinarias de los representantes del Comité de Empresa, que por pacto colectivo se extiende al control de las cita-

⁷¹ Vid. el tratamiento «*in extenso*» del Registro en el tema 14 de esta obra colectiva.

⁷² Sobre ambas obligaciones Vid. SAN de 12 de julio de 2005 y STS de 25 de abril de 2006.

Vid. entre otras los siguientes CC ya citados: 1) el CC de Financiera El Corte Inglés, EFC, SA (BOE 6-5-2021), art. 30.4;2) el XX CC General de la Industria Química (BOE 19-7-2021), artículo 45.7;3) el CC de Renault España, SA (BOE 15-9-2021), art. 17; 4) el CC de Ceoli Centro Especial de Empleo, SL, para los centros de trabajo de Toledo y Jaén (BOE 17-9-2021), artículo 27; 5) el CC de Heineken España, SA (BOE 2-12-2021), artículo 10; 6) el CC General de trabajo de la industria textil y de la confección (BOE 16-12-2021), artículo 35; 7) el CC General de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas colaboradoras con la Seguridad Social (BOE 27-12-2021), art. 57; 8) el CC del sector de mataderos de aves y conejos (BOE 12-1-2022), artículo 16; 9) el XXII CC para las sociedades cooperativas de crédito (BOE 12-1-2022), artículo 20; 10) el CC de ámbito estatal para el sector de agencias de viajes, para el período 2019-2022.(BOE 14-1-2022), artículo 26; 11) el CC Estatal para las industrias de elaboración del arroz (BOE 15-1-2022), artículo 33; 12) el CC de Nippon Gases España, SLU (BOE 18-1-2022), artículo 40, etc.

das horas realizadas para reparar siniestros, no (es)son incompatible(s), ni con ello se impone una obligación ilegal o ilícita, ya que el derecho básico de información puede ser ampliado por CC, por voluntad de la empresa y de los propios representantes de los trabajadores que suscriben el acuerdo hasta la constancia de la información con su firma en los boletines de cotización, sin que este hecho suponga otra cuestión que la comprobación del citado control, ya que no legitima ni impide actuaciones de los propios trabajadores afectados o de la Administración en materia de cotización».

D) El Registro diario de jornada en los sectores móviles. El tacógrafo como medio de prueba de la realización de horas extraordinarias

La aplicación del Registro horario es para «la totalidad de los sectores de actividad y para todas las empresas, cualquiera que sea su tamaño u organización del trabajo, pero siempre y cuando estén incluidas en el ámbito de aplicación que define el artículo 1 ET, siendo de especial importancia el control de las horas trabajadas tanto en el caso del transporte por carretera como en el urbano de pasajeros.

El artículo 10.bis.5 del RD 1561/1995⁷³, sobre límites del tiempo de trabajo de trabajadores móviles previene que:» (...) El empresario será responsable de llevar un registro del tiempo de trabajo de los trabajadores móviles. Este registro se conservará, al menos, durante tres años después de que finalice el período considerado. El empresario estará obligado a facilitar a los trabajadores móviles que así lo soliciten una copia del registro de las horas trabajadas.»

El citado RD 902/2007, de 6 de julio procedió a modificar «el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, en lo relativo al tiempo de trabajo de trabajadores que realizan actividades móviles de transporte por carretera...» al tiempo que se incorporaban al ordenamiento jurídico las normas que regulan los tiempos de conducción y de descanso y el uso del tacógrafo en el sector de los transportes por carretera, en aplicación de los reglamentos comunitarios».

Por Real Decreto 640/2007, de 18 de mayo⁷⁴ se establecen (conforme al Reglamento 561/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2006 relativo a la armonización de determinadas disposiciones en materia social en el sector de los transportes por carretera; por el que se modifican los Regla-

⁷³ Modificado por el Real Decreto 902/2007, de 6 de julio, por el que se modifica el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, en lo relativo al tiempo de trabajo de trabajadores que realizan actividades móviles de transporte por carretera (BOE 18 de julio de 2007).

⁷⁴ BOE del 26 de mayo de 2007.

mentos Comunitarios 3821/85 y 2135/98 del Consejo y se deroga el Reglamento 3820/85 del Consejo) excepciones a la obligatoriedad de las normas sobre tiempos de conducción y descanso y el uso del tacógrafo en el transporte por carretera».

La Orden FOM/1190/2005, de 25 de abril ⁷⁵ (que regula la implantación del tacógrafo digital) define el tacógrafo como «un aparato destinado a ser instalado en vehículos dedicados al transporte por carretera, con la finalidad de indicar, registrar y almacenar, automática o semiautomáticamente, datos referentes a la marcha de dichos vehículos y de determinados tiempos de trabajo de sus conductores...» (art. 1). Su artículo 2 distingue entre la tarjeta de conductor («tarjeta de tacógrafo asignada por la autoridad competente a conductores individuales, que identifica a éstos y permite almacenar datos sobre su actividad») y la tarjeta de la empresa («tarjeta de tacógrafo asignada por la autoridad competente al titular o arrendatario de vehículos provistos de tacógrafo digital, que identifica a la empresa y permite visualizar, transferir e imprimir la información almacenada en el aparato o aparatos de control instalados en los vehículos de la empresa» en los términos que explicita su artículo 24).

Según la STS de 22 de julio de 2014 (RCUD 2129/2014) si bien con carácter general, corresponde a la parte demandante la carga de la prueba de la realización de las horas extraordinarias, para la determinación de las circunstancias en que aquellas se prestaron, debe acudir a la regla de facilidad de la carga probatoria que corresponde a la empresa, toda vez que viene obligada a llevar su registro y en este sentido la STSJ, de Andalucía de 21 de marzo de 2019, rechaza la realidad de las horas extras que se alegan realizadas al pretender la parte justificarlas «a través de la prueba de los discos tacógrafos que aporta, sin interpretación pericial alguna»; remitiéndose a lo resuelto sobre el particular por diversas Salas de lo Social (entre las que cita la de este Tribunal Superior de 30 de julio de 2015) para concluir que «los discos de tacógrafo, por sí solos, por su naturaleza técnica, únicamente constituyen un elemento o medio mecánico de fijación y reproducción para cuya lectura y determinación de su contenido son necesarios y precisos determinados conocimientos científicos o prácticos lo que, salvo su aportación acompañado de correspondiente dictamen pericial, resulta por su imposibilidad de valoración inaceptable como medio probatorio.

J) Horas extraordinarias realizadas por encima del tope máximo legal

Si, contraviniendo las normas sobre jornada un empresario exigiese a sus trabajadores más horas que las legalmente autorizadas, los trabajadores no per-

⁷⁵ BOE del 3 de mayo de 2005.

derán, por el hecho de la infracción, imputable solamente al patrono, el derecho a que le sean abonadas las horas de exceso que se hubiesen trabajado⁷⁶, con las compensaciones que para cada caso se determinen (*ex art. 9.2 TRET*), pudiéndose, desde luego, sancionar administrativamente al empresario por tratarse de una infracción grave (*art.7.5 TRLISOS*) pero sin efecto retroactivo y en cómputo anual. Lo contrario comportaría un enriquecimiento injusto de la empresa⁷⁷. En todo caso, cabe decir que el FOGASA no asume los excesos salariales adeudados correspondientes a la realización de horas extraordinarias consideradas como ilegales.

K) Horas extraordinarias obligatorias para prevenir o reparar siniestros. Posibilidad de compensación

Al margen de las horas extraordinarias habituales, que pueden resultar obligatorias por así haberse pactado, el TRET regula las clásicas horas extraordinarias obligatorias, y precisa que: «No se tendrá en cuenta, a efectos de la duración máxima de la jornada ordinaria laboral, ni para el cómputo del número máximo de las horas extraordinarias autorizadas, el exceso de las trabajadas para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes, sin perjuicio de su compensación como horas extraordinarias» (*art. 35.3*)⁷⁸.

⁷⁶ *Vid.* el CC de Thyssenkrupp Elevadores, SLU, Madrid y Valencia (BOE 3-7-2021), cuyo artículo 12 señala: «toda hora extraordinaria que supere los límites legales se compensará únicamente con su disfrute en descansos».

⁷⁷ *Vid.* SSTs (Contencioso-Administrativo) de 27 y 31 de mayo de 1988 y 27 de enero de 1990.

⁷⁸ Casi todos los CC publicados en el BOE desde marzo de 2021 hasta febrero de 2022 tratan de esta materia. A título de ejemplo *Vid.* estos ejemplos singulares varias veces citados: 1.º) el VIII CC de Iberdrola Grupo, cuyo artículo 38 dispone: «Teniendo en cuenta el carácter de servicio esencial a la comunidad que presta Iberdrola, se realizarán obligatoriamente las horas extraordinarias que vengan exigidas por la necesidad de prevenir o reparar siniestros u otros daños extraordinarios y cuyas causas objetivas constan en el catálogo de Horas Extraordinarias, adaptándose éste al ámbito funcional de este Convenio. La realización de estas horas extraordinarias por fuerza mayor es de carácter obligatorio para la persona trabajadora, que podrá optar por su cobro o compensación con descansos de la forma regulada en el artículo 36. La Empresa procurará que no se superen 200 horas al año por persona trabajadora. Cuando se supere este límite, la Dirección correspondiente lo justificará ante las Secciones Sindicales más representativas en Iberdrola Grupo; 2.º) el CC de la Compañía Logística de Hidrocarburos CLH, SA (BOE 3-3-2021), cuyo artículo 35 regula las causas obligatorias con las siguientes palabras: «Será obligatorio para la Compañía y su personal la realización de horas extraordinarias cuando se planteen situaciones que no admiten demora en la carga y descarga de buques tanques, en el abastecimiento de puertos, aeropuertos y poblaciones, y siempre que se trate de evitar o remediar accidentes, averías o entorpecimiento en el normal desarrollo de los servicios» 3.º) el VII CC intersocietario de Roca Corporación Empresarial, SA, y Roca Sanitario, SA (BOE 6-9-2021), cuyo art. 39 señala: «Para los trabajos de urgente reparación, prevención de daños y fuerza mayor, en instalaciones propias y de clientes (S. A. T.) será de aplicación el Artículo 35.3 del ET. Dado el proceso continuo de fabricación de las Empresas y la necesidad de preservar las instalaciones, prevenir riegos y daños o reparar siniestros, se consideran incluidos dentro de las horas conceptuadas en

A efectos ejemplificativos, cabe señalar que el artículo 16 del RD 1561/1995, sobre jornadas especiales de trabajo, relativo al trabajo en el mar, cita como supuesto de horas extraordinarias por razón de fuerza mayor los trabajos necesarios para garantizar la seguridad inmediata del buque o de las personas o la carga a bordo, o para socorrer a otros buques o personas que corran peligro en alta mar, o cuando se trate de proveer al buque de víveres, combustible o material lubricante en casos de apremiante necesidad, de la descarga urgente por deterioro de la mercancía transportada o de la atención debida por maniobras de entrada y salida a puerto, atraque, desatraque y fondeo⁷⁹. En tales casos, pues, la jornada se podrá prolongar por el tiempo que resulte necesario.

Caben los dos tipos de compensación: económica o mediante descanso y cuanto se dijo sobre el tema del pago o de su compensación, pues se rigen por reglas idénticas.

Las horas urgentes no entran dentro del total posible de las ochenta horas anuales.

Este tipo de horas extraordinarias, tanto dará que se compensen dentro como fuera de los cuatro meses siguientes a su realización, pues no existe un número o tope máximo de realización. Habrá que ver el CC o lo pactado en el contrato individual.

No se pretende, ni se puede pretender, con este tipo de horas lograr un mayor beneficio empresarial a través de un incremento forzoso de la actividad,

el Artículo 35.3 del ET las dedicadas a: «1) Averías mecánicas y eléctricas graves de los hornos, cadenas de producción, robots u otras instalaciones, cuya consecuencia, de no repararse, pudiera ocasionar la paralización de la producción. 2) Averías y contaminación en los depósitos de maduración de pastas y esmaltes y 3) Averías en los sistemas informáticos generales que produzcan paros en los procesos. Se llevará a cabo, en cada centro, una reunión mensual para informar de las horas extraordinarias efectuadas»; 4.º) el CC del sector de mataderos de aves y conejos (BOE 12-1-2022), cuyo artículo 16 señala: «Cuando por causas de fuerza mayor no pueda terminarse la producción prevista en el horario normal y dado el carácter perecedero de la materia prima y del producto en curso de fabricación, se prolongará la jornada de trabajo hasta acabar con la citada producción, en cuyo supuesto el exceso de las mismas se abonará como horas extraordinarias, no computándose la prolongación de jornada a efectos del máximo de las horas extraordinarias autorizadas anualmente. Se entiende por causa de fuerza mayor, entre otras, las que se especifican a continuación: 1) Problemas de suministro de materia prima. 2) Falta de fluido eléctrico, agua y otras fuentes de energía y 3) Averías y puesta a punto de nueva maquinaria, etc.»

⁷⁹ Vid. el CC para el personal de flota de Compañía Trasmediterránea, SA (BOE 12-4-2021), cuyo artículo 9 regula con detalle la tipología de horas extraordinarias en este sector señalando: 1) En ningún caso tendrán la consideración de horas extraordinarias las realizadas en: a) Relevo de guardias de navegación durante las horas de comida, training de tripulantes, cambios de turno y cambios de categoría; b) Cualquier trabajo necesario en relación con la Sanidad, Policía, o regulaciones de aduanas; c) Cualquier servicio asignado en casos de emergencia que afecten a la seguridad del buque, tripulación, pasajeros, carga, combustible, provisiones, pertrechos u otros equipos, o lo relativo al mantenimiento del orden, del cual el Capitán es el responsable máximo con facultades decisorias y d) El trabajo realizado para el salvamento de otros buques, vidas o cargamentos o para realizar prácticas de incendios, botes salvavidas u otra emergencia.

sino tan sólo proteger vidas humanas, salvaguardar las estructuras de la empresa o sus medios, o materias primas, bien evitando la presencia de daños, bien reparando los producidos, o propiciando la más rápida recuperación si estos daños ya se hubieran materializado⁸⁰.

El precepto no ampara los trabajos que forman parte de la actividad normal de la empresa, que deben ser objeto de previsión o programación: por ejemplo, paradas técnicas anuales⁸¹.

No son consideradas horas extraordinarias por fuerza mayor, al ser previsibles, las horas provocadas por interrupciones del suministro eléctrico pactadas con la compañía suministradora en el marco de un Contrato-Ahorro⁸².

Se trata de un supuesto excepcional o excepción de emergencia y, por ello, sujeto a una interpretación restrictiva, o sea no es admisible su utilización cuando se trata de hacer frente a la actividad normal de la empresa o a actividades previamente programadas o programables, ni servir de salida o remedio ante una mala gestión empresarial⁸³.

En síntesis: 1.º) estas horas son obligatorias⁸⁴; 2.º) comportan una ampliación impuesta de la jornada de trabajo por encima de los topes máximos legales

⁸⁰ Vid. los Convenios de la OIT núms. 1, 31 y 67.

⁸¹ Vid. STS Cont-Admvo. de 6 de julio de 1988.

⁸² Vid. STSJ de Andalucía/Granada, de 1 de octubre de 2002.

⁸³ Vid. STSJ de Madrid (Sala de lo Social, Sección 4.ª) núm. 698/2020 de 30 septiembre, relativa al sector de Vigilancia y Seguridad, donde se concluye que «Si bien la realización de horas extraordinarias es de libre aceptación del trabajador, cuando se inicie un servicio de vigilancia o de conducción de caudales, deberá proseguir hasta su conclusión o la llegada del relevo. El período de tiempo que exceda de la jornada ordinaria de trabajo, siempre que no se haya compensado en descanso, se abonará como horas extraordinarias».

Ya la STS (4.º) de 27 de junio de 2018 señaló que «Si bien la realización de horas extraordinarias es de libre aceptación del trabajador, cuando se inicie un servicio de vigilancia o de transporte de seguridad, deberá proseguir hasta su conclusión o la llegada del relevo. El período de tiempo que exceda de la jornada ordinaria de trabajo, siempre que no se haya compensado en descanso, se abonará como horas extraordinarias».

Vid. el citado CC Nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo, para actividades de reposición y servicios de marketing operacional (BOE 11-6-2021), cuyo artículo 34 dispone: «No obstante dada la naturaleza de la actividad de la empresa, las personas trabajadoras se comprometen, a finalizar los trabajos correspondientes al servicio originalmente asignado, que estén iniciados antes de finalizar la jornada ordinaria de trabajo».

Asimismo, el III CC de Ilunion Seguridad, SA (BOE 1-9-2021), en su artículo 57 señala: «Si bien la realización de horas extraordinarias es de libre aceptación del trabajador, cuando se inicie un servicio de vigilancia o de transporte de seguridad, deberá proseguir hasta su conclusión o la llegada del relevo. El período de tiempo que exceda de la jornada ordinaria de trabajo, siempre que no se haya compensado en descanso, se abonará como horas extraordinarias».

⁸⁴ Vid. SSTs (Cont.-Administrativo) de 24 de julio de 1989 y 24 de noviembre de 1993, Vid. el II CC de Bureau Veritas Inspección y Testing, SLU, Bureau Veritas Solutions, SA, e Instituto de la Calidad, SAU (BOE 10-3-2021), cuyo artículo 23 señala: «El personal está obligado a realizar horas extraordinarias por razones de fuerza mayor cuando vengan exigidas por la necesidad de prevenir o reparar siniestros u otros daños extraordinarios urgentes cuya no realización produzca graves perjuicios a las Empresas o a terceros», y el CC de Nippon Gases España, SLU (BOE 18-1-2022), cuyo artículo 40 dispone: «Las horas extraordinarias, en todo caso por su naturaleza, serán voluntarias, de acuerdo con la Ley, exceptuando

ya analizados;3.º) no computan dentro de las ochenta anuales y 4.º) se pagan o compensan del mismo modo que las otras horas extraordinarias, aunque da igual que se descansen dentro como fuera de los cuatro meses siguientes, pues no existe cómputo de dichas horas, aunque si se cotiza por todas ellas a la Seguridad Social, tanto sean legales como ilegales, por superar el tope máximo legal⁸⁵.

3. BILIOGRAFÍA

- ALFONSO MELLADO, C. L. y GARCÍA ORTEGA, J.: *Jornada y ordenación del tiempo de trabajo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- DE LA PUEBLA PINILLA, A.: «Comentarios a los arts. 34 a 38», en VVAA. *Comentarios al Estatuto de los trabajadores* (De la Villa Gil, L. E., Dir.). IUSTEL, Madrid: 2010, pp. 612-663.
- EZQUERRA ESCUDERO, L.: *Tiempo de trabajo: duración, ordenación y distribución*. Atelier, Barcelona: 2006.
- FITA ORTEGA, F.: *Límites legales a la jornada de trabajo*. Tirant lo Blanch, Valencia: 1999.
- GARCIA NINET, J. I.: «Ordenación del tiempo de trabajo», en *Comentarios a las leyes Laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores* (Borrajo Dacruz, E., Dir.), Madrid: EDERSA, 1994, pp. 7-103.
- «Consecuencias de la desregulación sobre la jornada laboral», en VVAA (UGT). *Desregulación de las relaciones laborales: la importancia del Derecho del Trabajo*. Cantabria: Artes Gráficas Campher-UGT), 2009, pp. 29-79.
- «La jornada de trabajo», en VVAA. *El contrato de trabajo* (Sempere Navarro, A. V., Dir.). Cizur Menor: Aranzadi-Thomson Reuters, 2010, pp. 1075-1164.
- GARCÍA NINET, J. I. y ARRIETA IDIAKEZ, J. *El tiempo de la prestación de trabajo en el sector pesquero*, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 60 (2021).
- LÓPEZ AHUMADA, J. E. (2004). *Descansos laborales y tiempo de trabajo*. Madrid: Centro de Estudios Financieros, 2004.
- MARTÍN VALVERDE, A.: *El Reglamento de jornadas especiales de trabajo de 1995*. Relaciones Laborales, núm. 2, 1995, pp. 13-28.
- ROA RICO, L. F.: «El nuevo régimen jurídico de las horas extraordinarias», en *Comentarios a las leyes Laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores* (Borrajo Dacruz, E., Dir.), Madrid: EDERSA, 1994, pp. 105-142;

aquellas cuya no realización produzca a la Empresa graves perjuicios e impida la continuidad de la producción y los demás supuestos de fuerza mayor contenidos en el apartado 2.º del presente artículo».

⁸⁵ Vid. art.149 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS). BOE 31-10-2015.

- RODRÍGUEZ PASTOR, G.: *El régimen jurídico de la distribución de la jornada*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: «Las interrupciones de la prestación laboral», en VVAA. *El contrato de trabajo* (Sempere Navarro, A. V., Dir.). Cizur Menor: Aranzadi-Thomson Reuters, 2010, pp. 1229-1313.
- SEMPERE NAVARRO, A. V. (1983): *Distribución de las jornadas laborales*. CEOE, Madrid: 1983.
- SEMPERE NAVARRO, A. V. y CHARRO BAENA, P. (2010): «Los descansos laborales», en VVAA. *El contrato de trabajo* (Sempere Navarro, A. V., Dir.). Cizur Menor: Aranzadi-Thomson Reuters, 2010, pp. 1165-1227.
- VVAA. «Salario y tiempo de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores» (de 1980 a 2005). *Homenaje al Profesor Doctor Luis Enrique de la Villa Gil* (García Ninet, J. I., Dir.). Madrid: Centro de Estudios Financieros, especialmente, 2005, pp. 287-664.
- VVAA. *Derecho del trabajo* (García Ninet, J. I., Dir.). Cizur Menor: Aranzadi-Thomson Reuters, 2020, pp. 703-843.
- VVAA. *Manual Básico de Derecho del Trabajo* (García Ninet, J. I; Ballester Pastor, I y García Viña, J., directores), Editorial Atelier, Barcelona, 2021, pp.283 y ss.

CAPÍTULO VIII

TRABAJO NOCTURNO Y TURNOS DE TRABAJO

JOSEFA ROMERAL HERNÁNDEZ
Profesora Titular de Universidad
Universidad Rey Juan Carlos

1. INTRODUCCIÓN

El tiempo de trabajo constituye una de las variables clave de la organización del trabajo en la empresa para adaptarse a las circunstancias económicas de un mercado globalizado altamente exigente. A la vez la ordenación del tiempo de trabajo y su flexibilidad permiten obtener un buen aprovechamiento y rendimiento de los medios de producción utilizados y de la tecnología implementada en el sistema de producción. Por ello, a la hora de organizar la actividad, el empresario debe fijar la forma en que se van a prestar los servicios y los horarios de los mismos, eligiendo aquellas modalidades que más se ajusten a sus necesidades productivas y tecnológicas para conseguir la flexibilidad y competitividad que el mercado demanda. De las distintas formas posibles de organización del tiempo de trabajo a las necesidades empresariales, todas ellas relacionadas, como son las propias de la jornada, duración de los contratos, horario, horas extraordinarias, etc., en este trabajo nos vamos a centrar en el trabajo nocturno, a turnos y el ritmo de trabajo.

El trabajo nocturno, a turnos y el ritmo de trabajo en que se desempeñe este son circunstancias que en la mayoría de ocasiones son impuestas al trabajador por necesidades empresariales, y que lo obligan a prestar servicios en circunstancias especiales y horarios inusuales, imponiéndole rotaciones y ritmos que pueden ocasionarle perjuicios tanto sociales como personales de orden físico y psicológico, además de que pueden entrar en colisión con diferentes derechos del trabajador como el derecho a la seguridad y salud o la conciliación de la vida laboral y familiar. Por ello, el ordenamiento jurídico laboral, equilibrador de intereses contrapuestos en la relación laboral por cuenta ajena, cuando por necesidades organizativas el trabajador deba prestar servicios en periodo nocturno, a turnos o a un ritmo que pueda ocasionarle perjuicios, introduce determinadas limitaciones a fin de evitar o minimizar los daños a la salud y seguridad del trabajador y hacerlos compatibles con el resto de derechos que asisten al empleado como cotitular de la organización de su jornada de trabajo ¹.

Por tanto, en este estudio se profundizará en las particularidades normativas, límites y garantías, del trabajo nocturno, a turnos y ritmo de trabajo a la luz de la jurisprudencia para hacer compatible el derecho de las partes titulares del contrato de trabajo.

2. MARCO NORMATIVO

La regulación vigente del tema de estudio se encuentra prevista en el artículo 36 del Estatuto de los Trabajadores (ET), RD Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, con el título «Trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmo de trabajo», desarrollado por el RD 1461/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, y complementado por otros preceptos del ET como son los artículos 6.2 y 6.3 relativos a la limitación del trabajo de menores, 34 duración de la jornada, 37 el descanso semanal, fiestas y permisos, y 4.2 d), 5 b) y 19 relacionadas con el derecho/deber en materia de seguridad y salud en el trabajo. En lo relativo al derecho a la salud, el precepto se ve desarrollado por la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales, especialmente los artículos 14, derecho genérico a la seguridad y salud, 25 relativo a los trabajadores sensibles y 26 la protección de las trabajadoras en periodo de maternidad.

El antecedente más inmediato del actual artículo 36 del ET se encuentra en la reforma laboral de 1994, en concreto la Ley 11/1994, de 19 de mayo,

¹ TRILLO PÁRRAGA, J. F.: «Las dos direcciones de la flexibilización del tiempo de trabajo», *Relaciones Laborales*, núm. 12, Sección Doctrina, julio, 2010, p. 694.

por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, entre otros el que abordamos en este estudio para adecuar el texto de 1980 a las prerrogativas marcadas por la Unión Europea, especialmente en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo. Así pues, el actual artículo 36 del ET, fruto de la reforma de 1994 que modifica el original de 1980, está inspirado en normas comunitarias, concretamente la Directiva 93/104/CE del Consejo de 23 de noviembre de 1993, sustituida por la Dir. 2003/88/CE, de 4 de noviembre, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. La Directiva se ocupa, además de aspectos conexos del tiempo de trabajo (como la duración, los descansos, las pausas y las vacaciones) de las implicaciones preventivas específicas del tiempo del trabajo nocturno, a turnos y ritmo de trabajo, a lo que dedica el Capítulo 3, artículos 8 a 13. A su vez, con esta Directiva, se incorpora al Derecho Comunitario las previsiones establecidas en los artículos 4 a 10 del Convenio 171 de la OIT de 1980 sobre trabajo nocturno.

Además de esta Directiva específica, en el ámbito europeo ya se contaba con la Dir. 89/391/CE, de 12 de junio, sobre la aplicación de medidas para promover la mejora de la Seguridad y de la salud en los trabajadores en el trabajo, que establecía la obligación general del empresario de «garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo». Con la misma finalidad preventiva, aunque con ámbitos objetivos y subjetivos más específicos, la Dir. 92/85/CE, de 19 de octubre, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, establece medidas para evitar la exposición de la trabajadora en situación de maternidad al trabajo nocturno, cuando el facultativo médico certifique la necesidad de evitarlo o adoptar medidas para salvaguardar la seguridad y salud de la trabajadora afectada.

3. TRABAJO NOCTURNO

La normativa utiliza dos conceptos diferentes en la regulación del trabajo nocturno, por un lado, hace referencia al trabajo nocturno en cuanto delimitación horaria, y por otro se refiere al concepto de trabajador nocturno como sujeto activo que desarrolla su prestación dentro del margen horario delimitado como nocturno. De manera que, aunque estamos ante conceptos relacionados, no son coincidentes puesto que la persona que realiza un trabajo nocturno, puede que desde el punto de vista legal no sea un trabajador nocturno, como se verá.

A) Delimitación objetiva del trabajo nocturno

El artículo 36 del ET comienza la regulación delimitando de forma objetiva el trabajo nocturno, al que encuadra en el margen horario de prestación de servicios entre las diez de la noche y las seis de la mañana. El precepto fija el margen temporal que se considera de nocturnidad, con independencia de la forma o sistema de ejecución. Este periodo de nocturnidad se reconoce con carácter de derecho necesario relativo, lo que significa que, como mínimo, se respetará la franja de ocho horas, pero que tanto el inicio como el final del periodo horario establecido pueden ampliarse por medio de convenio colectivo o acuerdo individual entre las partes², así como mejorarlo decidiendo sobre la aplicabilidad de retribución específica a las ampliaciones de límites horarios³.

Resultado de la habilitación al Gobierno para establecer limitaciones y garantías adicionales a la realización del trabajo nocturno (art. 36.1 ET), la regla general es excepcionada por la Disposición Adicional Cuarta del RD 1561/1995, de 21 de diciembre, sobre jornadas especiales de trabajo que, a efectos de la prohibición del trabajo nocturno a menores de dieciocho años contenida en el artículo 6.2 del ET, considera trabajo nocturno el desarrollado entre las diez de la noche y las siete de la mañana en el caso de trabajo a bordo de buques de la marina mercante y en la pesca.

Este margen horario no sólo sirve para calificar como nocturno el trabajo desarrollado en tales horas, sino que sirve de base para la definición legal del trabajador nocturno y para la generación del derecho a la retribución nocturna.

B) Información a la autoridad laboral

Tras definir el trabajo nocturno, el precepto establece la obligatoriedad del empresario de informar a la autoridad laboral cuando recurra regularmente a la realización de trabajo nocturno (art. 36.1 ET). A diferencia de lo que establece la Dir. 2003/88, según la cual la información se debe suministrar cuando lo soliciten las autoridades competentes (art. 11), en la norma nacional la información debe suministrarla el empresario con independencia de que sea requerido para ello por la autoridad laboral. El único requisito es que el empleador recurra regularmente al trabajo nocturno. Recurrir regularmente puede entenderse en el sentido de utilizar

² Ver en este sentido PÉREZ AMORÓS, F.: «Trabajo nocturno y a turnos y ritmo de trabajo» *REDT* núm. 100, 2000, p. 768.

³ MONTOYA MELGAR, A.: «Comentario al artículo 36. Trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmo de trabajo», en *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Thomson Aranzadi, 2005, p. 274.

el horario nocturno de forma regular para el desempeño de la actividad empresarial, en este caso quedarían exentos de esta obligación quienes acudan excepcionalmente, por necesidades puntuales a la realización del trabajo en dicho periodo⁴. Por horario nocturno debe entenderse tanto el establecido legalmente como periodo nocturno, como el fijado por convenio colectivo o pacto individual, y ello con independencia de que el trabajo sea realizado por un trabajador que legalmente deba ser considerado trabajador nocturno o por un trabajador diurno que esporádicamente deba realizar sus funciones en horario nocturno.

De ello se desprende que la finalidad del precepto es permitir a la autoridad laboral controlar y vigilar el cumplimiento por parte del empresario de las reglas que se establecen para el trabajo nocturno y, especialmente, para los trabajadores nocturnos dirigidas a la preservación de su seguridad y salud, como son las prohibiciones, limitaciones de jornada y adopción de medidas de prevención, que en la mayoría de los casos son derivadas de la condición de trabajador nocturno, como se verá. La falta de comunicación empresarial a la Autoridad Laboral cuando se recurra regularmente al trabajo nocturno está tipificada como una infracción laboral grave (art. 7.5 LISOS).

C) Limitaciones subjetivas en relación al trabajo nocturno

En virtud del artículo 6.2 del ET los trabajadores menores de 18 años no pueden realizar trabajos en horario nocturno. La misma prohibición se establece para los trabajadores vinculados mediante contrato para la formación y el aprendizaje por el artículo 8.4 del RD 1529/2012 de 8 de noviembre, que desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual. Según el artículo 11 del Real Decreto-Ley 32/2021 de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación Digital⁵, «excepcionalmente, podrán realizarse actividades laborales en periodo nocturno cuando las actividades formativas para la adquisición de los aprendizajes previstos en el plan formativo no puedan desarrollarse en otros periodos, debido a la naturaleza de la actividad». Tampoco podrán realizar trabajo nocturno los trabajadores a los que se les reconozca un problema de salud relacionado con el hecho de trabajar de noche (art. 36.4). Y en el caso de las trabajadoras en

⁴ MURCIA CLAVERÍA, A.: «Trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmo de trabajo» en AAVV, *La reforma del mercado laboral*, Dir. VALDÉS DAL-RÉ, F.: Ed. Lex Nova, Valladolid, 1994.

⁵ BOE de 30 de diciembre de 2021.

periodo de maternidad (embarazo y lactancia) cuando así lo indique el servicio de salud que atienda a la trabajadora (art. 26.1 LPRL).

D) **Retribución del trabajo nocturno**

Las especiales características que comporta la realización de trabajo en horario nocturno y los trastornos individuales y familiares que puede generar motiva que el artículo 36.2 del ET contemple una compensación específica para el trabajo nocturno, lo que tradicionalmente se ha definido como «Plus de nocturnidad». Según la norma la cuantía que corresponda se determinará por negociación colectiva. Dada la dicción legal en términos imperativos «determinará», se entiende que existe una obligación para el convenio colectivo de negociar este complemento, salvo que concurra alguna de las excepciones que el precepto recoge, y a las que nos referiremos más adelante⁶. El Tribunal Supremo establece que el mandato legal tiene naturaleza de derecho necesario y reconoce al trabajador el derecho, inderogable, por la negociación colectiva, a una retribución específica⁷. En caso de que el convenio no regule cuantía alguna, la laguna debe cubrirse a través del contrato de trabajo (art. 26.3 ET)⁸.

En cuanto a la remuneración el precepto no impone una retribución al trabajador nocturno, sino que lo que se retribuye es el trabajo realizado en periodo nocturno, por tanto, lo que se debe compensar son las horas de trabajo realizadas en este margen temporal (ya sea el legal o el que se establezca en negociación colectiva o contrato de trabajo), y ello con independencia de que las haya realizado un trabajador considerado nocturno conforme a la definición legal, o un trabajador diurno que preste servicios en horas nocturnas, al margen de la hora en que se inicie o concluya la jornada⁹. Según el artículo 36.2 la retribución debe ser «específica» de lo que se deduce que, dado el perjuicio que conlleva para el trabajador el desarrollo de actividad en horario nocturno, el complemento es adicional a la retribución asignada al mismo trabajo en horario diurno¹⁰.

⁶ Con el mismo criterio un sector doctrinal, entre otros: LLOMPART BENNÁSSAR, M.: *El salario: concepto, estructura y cuantía*, La Ley, Madrid, 2007, p. 413.

⁷ STS 10 de abril de 2001 (rec. 3192/2000).

⁸ El artículo 26.3 del ET otorga la posibilidad de que en contrato individual y solo en defecto de negociación colectiva, pueda establecerse la estructura salarial, entre la que puede incluirse el complemento de nocturnidad.

⁹ Así lo ha entendido la Jurisprudencia, por todas SSTs 18 de junio 2012 (rec. 3755/2011), y 1 de diciembre 1997 (rec. 1709/1996) que establece el número de horas necesarias en horario nocturno para su percibo.

¹⁰ Así lo entiende el conjunto de la doctrina, por todos: LÓPEZ GARCÍA DE LA RIVA, I.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Libro homenaje a Tomás Sala Franco. Tiran lo Blanch, 2016, p. 675.

En cuanto complemento salarial vinculado al puesto de trabajo, el Tribunal Supremo ya señaló que no es consolidable, salvo acuerdo individual o colectivo en contrario (art. 26.3 ET), por lo que solo se percibirá en tanto se realicen las funciones en horario nocturno¹¹. Con la excepción del supuesto de movilidad de un puesto no correspondiente al grupo o categoría equivalente de una trabajadora en los supuestos de embarazo o lactancia, contemplados en el artículo 26 de la LPRL, para el que se prevé que la trabajadora conservará el derecho al conjunto de las retribuciones de su puesto de origen, por lo que según doctrina del Tribunal Supremo deben incluirse todos los complementos que la trabajadora percibía, incluido el plus de nocturnidad¹².

En el caso de los permisos y licencias retribuidas, la jurisprudencia señala que, el silencio del convenio en cuanto al cómputo del tiempo desempeñado en horario nocturno, lleva a entender que el trabajador tiene derecho a percibir la remuneración equivalente al salario real, esto es, tanto el salario base más los complementos salariales¹³. Lo mismo cabe aplicar respecto de las vacaciones en virtud de lo dispuesto en el artículo 7 del Convenio 132 de la OIT, por el que se garantiza para el salario de las vacaciones «por lo menos su remuneración normal o media» el promedio del plus de nocturnidad debe repercutir en la retribución de las vacaciones. En este sentido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en Sentencia de 22 de mayo de 2014¹⁴ establece con rotundidad que cualquier disposición o práctica nacional que excluya las comisiones de la retribución de las vacaciones se opone al artículo 7.1 de la Directiva 2003/88. Esta conclusión se entiende extensible a cualquier otra retribución variable correspondiente a la jornada ordinaria, puesto que el derecho a las vacaciones y el derecho a percibir una retribución en concepto de vacaciones son parte del mismo derecho. A nivel interno, nuestros tribunales asumen esta interpretación vinculante; en consecuencia, es unánime la doctrina al señalar que si no cabe excluir las retribuciones variables, no hay razón para excluir los

¹¹ STS 18 de marzo 2009 (rec. 98/2007).

¹² Así lo establece en su Sentencia de 24 enero de 2017 (rec. 1902/2015), apartándose del criterio fijado por el TJUE en su Sentencia de 1 de julio de 2010 (Asunto Parviainen C-471/08) en la que se excluye la idea de que la Directiva 92/85 garantice el derecho al mantenimiento íntegro del salario). Nuestro Tribunal considera que nuestro ordenamiento jurídico contiene una regulación más favorable que la establecida en sede comunitaria, y apoyado en la facultad que la Dir. deposita en los Estados para mejorar lo dispuesto en las normas europeas, reconoce el derecho de la trabajadora a percibir la retribución correspondiente a las guardias médicas no realizadas durante el período de adaptación de su puesto de trabajo.

Para más información sobre el tema puede verse: ROMERAL HERNÁNDEZ, J.: «El riesgo durante la lactancia natural: Prevención y protección social», en Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 217, febrero 2019.

¹³ STS 21 de febrero de 2018 (rec. 50/2017); STSJ de País Vasco 5 de febrero de 2019 (rec. 93/2019).

¹⁴ Asuntos C-131/02 y C-539/12.

complementos de puesto de trabajo como el abonado en concepto de nocturnidad, por lo que su importe medio debe percibirse durante las vacaciones, dado que la exención de la obligación de trabajar conserva el derecho a la remuneración que corresponde a la prestación de servicios ¹⁵.

La regla general de retribución específica del trabajo nocturno cuenta con dos excepciones previstas en el artículo 36.2 ET, salvo mejora convencional o contractual:

- Que el salario se haya fijado atendiendo a que el trabajo sea nocturno por su propia naturaleza.
- Que se haya acordado la compensación del trabajo nocturno por descansos.

En relación con el primer supuesto se han intentado ponderar las circunstancias del caso concreto para comprobar si el trabajo es intrínsecamente nocturno, y evitar que la justificación de su naturaleza nocturna evite la aplicación del precepto. Así, se ha admitido que la demanda de pan recién horneado explica que se considere nocturno por su propia naturaleza ¹⁶. En el mismo sentido en el caso de vigilancia nocturna ¹⁷, y limpieza de edificios y locales ¹⁸. En alguna ocasión, la necesidad de que el trabajo se preste en horario nocturno, como es cuidado en centros de atención a minusválidos, a pesar de la existencia de turno diurno, no impide la concurrencia de la excepción ¹⁹. En otros, como el hecho de que el trabajo esté organizado en turnos diurno y nocturno no impide la concurrencia de la excepción ²⁰. Otro de los requisitos para aceptar la primera excepción es que el salario se haya fijado atendiendo a la naturaleza del trabajo nocturno, para evitar que los trabajadores nocturnos perciban la misma remuneración que los trabajadores en periodo diurno. La complicación surge al comprobar si tal circunstancia ya fue ponderada en la fijación del salario, lo que sólo parece seguro cuando la retribución es más elevada que la del trabajador diurno ²¹. En caso de existir convenio colectivo, lo más seguro es estar a lo que este diga ²².

¹⁵ Por todas SSTS 14 de febrero de 2017 (rec. 45/2016); 15 de septiembre de 2016 (rec. 258/2015).

¹⁶ STS 25 de febrero de 1994 (rec. 1036/1993).

¹⁷ STSJ Cantabria 27 de julio de 1999 (rec. 384/1998).

¹⁸ STSJ Valencia 13 de febrero de 1997 (rec. 2966/1994).

¹⁹ SSTSJ A. (Sevilla) 13 de octubre de 2010 (rec. 273/2009); y TSJ Cataluña 28 de noviembre de 2002 (rec. 1072/2002).

²⁰ SSTSJ Galicia 16 de julio de 2014 (rec. 5931/2012); y 14 de marzo de 2014 (rec. 2321/2012).

²¹ STSJ Cataluña 7 de febrero de 2018 (rec. 6110/2017).

²² STS Cataluña 28 de noviembre de 2002 (rec. 1072/2002).

La segunda excepción regulada en el artículo 36.2 del ET consiste en la posibilidad de compensar el trabajo nocturno por descanso en vez de retribuirlo económicamente. El precepto no señala instrucción alguna en cuanto al instrumento, individual o colectivo, a través del cual se llevará a cabo el pacto, de manera que en caso de no decir nada el convenio colectivo será válido el contrato de trabajo. Tampoco establece la equivalencia de descanso que corresponde por hora de trabajo, de forma que las partes son las encargadas de fijar que reducción de jornada respecto de la prevista para el trabajo diurno corresponde a la prestación de servicios en periodo nocturno.

4. TRABAJADOR NOCTURNO

Según el ET no todo trabajador que presta servicios en el margen temporal considerado como trabajo nocturno tiene la consideración jurídica de trabajador nocturno. Al efecto, el artículo 36.1 reconoce tal condición al trabajador que:

- Realice normalmente en periodo nocturno una parte no inferior a tres horas de su jornada diaria de trabajo. De esta forma traspone de forma literal el primer supuesto previsto en el artículo 2.4 a) de la Dir. 2003/88.
- Se prevea que puede realizar en periodo nocturno una parte no inferior a un tercio de su jornada de trabajo anual. Desarrollando así la habilitación a los Estados que sin referencia cuantitativa en relación al porcentaje de jornada anual contiene el artículo 2.4 b) de dicha la Directiva.

La alternativa de la norma se prevé para poder abarcar tanto a quienes trabajan con horario fijo como a quienes lo hacen a turnos o en horarios alternos. De la dicción legal se desprende como elemento definidor el hecho de que el trabajador preste sus servicios en un periodo de tiempo coincidente con el periodo nocturno. Para determinar el periodo de coincidencia entre la jornada del trabajador y el periodo nocturno se utilizan dos vías: 1) Cuando el trabajador realice en periodo nocturno una parte no inferior a tres horas de su jornada diaria; 2) cuando se prevea que el trabajador puede realizar en periodo nocturno una parte no inferior a un tercio de su jornada anual.

Como nota común el periodo nocturno que se toma en consideración es el legalmente establecido (entre las diez de la noche y las seis de la mañana), o en su caso el de mayor duración concretado en normas convencionales o en contrato de trabajo. La duración del periodo de coincidencia en los dos supuestos: «una parte no inferior a tres horas de su jornada diaria», y «una parte no

inferior a un tercio de su jornada anual», tienen la consideración de mandato legal mínimo relativo, lo que puede mejorarse por reducción mediante el ejercicio de la autonomía colectiva o individual²³.

En la primera vía de definición, el concepto de normalidad debe entenderse como habitualidad, lo que exige observar el calendario laboral o el contrato de trabajo para cerciorarse de que la prestación de servicios se realiza en la proporción necesaria dentro del periodo nocturno. En el segundo supuesto, lo que se debe tomar en consideración no es la connotación real a final del año del número de horas de trabajo cumplidas en período nocturno por el trabajador, sino la programación prevista para el desarrollo del trabajo, puesto que la suma individualizada a final del año puede llevar a la inaplicación de las limitaciones que la norma prevé para el ajuste de la jornada, o el juego de las excepciones del artículo 32 del RD 1561/1995²⁴.

Para la consideración de trabajador nocturno, en ambos casos, la jornada de referencia no debe ser la habitual en la empresa, ni la prevista en convenio colectivo, sino la jornada habitual del trabajador de que se trate. La carga de acreditación que concurren las circunstancias exigibles para el reconocimiento de la condición de trabajador nocturno corresponde a quien afirme la condición. En el caso del trabajo a turnos rotatorios (mañana, tarde, noche), se considera trabajador nocturno con independencia de cuál sea finalmente el saldo de horas nocturnas realizadas²⁵. Con ello se puede concluir que para ser considerado trabajador nocturno no es necesario realizar la actividad durante todo el periodo nocturno, sino que basta con que lo haga en el periodo de intersección que la ley señala²⁶.

A) Limitaciones y garantías del trabajo nocturno

Como se ha visto, la norma regula una mayor remuneración al trabajo nocturno en compensación a las distorsiones tanto sociales como personales que puede ocasionar el desempeño de actividad en horario nocturno. Cuando estamos ante trabajadores nocturnos, con el objeto de preservar la seguridad y salud del empleado el legislador establece una serie de limitaciones y garantías a esta forma de prestación de servicios. Tales limitaciones aparecen en el artículo 36.1, segundo párrafo, del ET.

²³ PÉREZ AMORÓS, F.: «Trabajo nocturno y a turnos y ritmo de trabajo» *REDT* núm. 100, 2000, p. 771.

²⁴ SSTS 10 diciembre 2004 (rec. 63/2004) 18 de junio 2012 (rec. 132/2011), 23 de mayo 2011 (rec. 126/2010), y TSJ Cataluña 18 de febrero 2019 (rec. 5022/2018)

²⁵ STS 16 de enero 2014 (rec. 98/2013); y TSJ Cataluña 18 de febrero 2019 (rec. 5022/2018).

²⁶ STSJ C. Valencia 26 de octubre 2010 (rec. 2119/2010).

a) LIMITACIÓN DE LA JORNADA

Según el precepto, «la jornada de los trabajadores nocturnos no podrá exceder de ocho horas diarias de promedio, en un periodo de referencia de quince días». Lo primero a señalar es que estas limitaciones no se aplican a todos los trabajadores que prestan servicio en periodo nocturno, sino sólo a los que legalmente pueden ser calificados de trabajadores nocturnos (los que realicen al menos tres horas de su jornada diaria en periodo nocturno, entre las 22 y las 6 de la mañana, o los que realicen en tal período un tercio de su jornada anual). De manera que la limitación se aplicará a quién encaje en el concepto legal, pero no afectarán a los que realicen alguna hora diaria en nocturnidad sin llegar al margen numérico establecido.

La limitación no significa que el trabajador nocturno no pueda realizar más de ocho horas, sino que las horas trabajadas deben computarse en periodos de quince días, de tal forma que su promedio sea de ocho horas diarias. Este límite y promedio pueden ser reducidos para mejorarlos por la negociación colectiva o contrato individual. El promedio de 15 días, dado que el legislador no se pronuncia, lo correcto sería aplicar lo dispuesto en el artículo 16 de la Dir. 2003/88 relativa a los periodos de referencia, en su apartado c) se refiere al trabajo nocturno, señalando que si el periodo mínimo de veinticuatro horas de descanso semanal quedase comprendido en este período de referencia no se tomará en consideración para el cálculo del promedio. Es decir que en el plazo de promedio para el trabajo nocturno se debe descontar el tiempo de descanso semanal.

No está demás señalar que la restricción especial de la jornada de los trabajadores nocturnos también debe tener en cuenta las limitaciones de jornada en general, como son el descanso entre jornadas (art. 34.3 ET), el descanso semanal (art.37.1 ET), y las limitaciones de jornada de los trabajadores menores de dieciocho años (art. 34.3. 3.º párrafo, ET).

b) PROHIBICIÓN DE REALIZAR HORAS EXTRAORDINARIAS

El artículo 36.1 2.º párrafo ET, contiene otra restricción para los trabajadores nocturnos: la prohibición de realizar horas extraordinarias²⁷. Una vez más la restricción no afecta al trabajo nocturno, serán los trabajadores nocturnos los que no podrán realizar horas extras en ningún momento del día. En cambio, un tra-

²⁷ Esta prohibición no viene impuesta en la Dir. 2003/88, lo que entraría dentro de las mejoras dictadas por los Estados, previsión prevista en el artículo 15.

bajador que desempeñe trabajo en horario nocturno menos tiempo del establecido para ser considerado trabajador nocturno si podrá realizar horas extras. Como se observa, se trata de un derecho necesario absoluto, frente a la negociación colectiva o individual, de forma que no podrá pactarse la realización de horas extras por los trabajadores nocturnos, sin que ello impida entender aplicable el artículo 35.3 del ET, relacionado con las horas extraordinarias para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes²⁸.

c) JORNADAS ESPECIALES AMPLIADAS

Las limitaciones analizadas pueden ser objeto de excepciones en atención a diversas consideraciones. Al efecto, el artículo 36.1, párrafo 4.º, ET habilita al gobierno en los términos del artículo 34.7 ET para que pueda realizar ampliaciones o limitaciones en la ordenación y duración de la jornada de trabajo y en los descansos, para aquellos sectores y trabajo que por sus peculiaridades así lo requieran. La previsión legal ha sido utilizada por el artículo 32 del RD 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, permitiendo excepcionalmente ampliar la jornada o realizar horas extraordinarias a los trabajadores nocturnos en determinados supuestos tasados, utilizando las vías y respetando las condiciones y límites establecidos al respecto.

La ampliación de jornada sólo es posible en algunos de los siguientes supuestos, y siempre respetando los límites que se indican:

1. Para ampliar las jornadas laborales de trabajadores nocturnos que presten sus servicios en los sectores a los que se refiere el Capítulo II del RD 1561/1995 (empleados de fincas urbanas, guardias y vigilantes no ferroviarios, trabajo en el campo, comercio y hostelería, transporte y trabajo en el mar, trabajo a turnos, trabajos de puesta en marcha y cierre, trabajos en condiciones de aislamiento, y trabajos en actividades con jornadas fraccionadas). En este supuesto no podrá superarse una jornada de ocho horas diarias de trabajo efectivo de promedio en un periodo de referencia de cuatro meses (art. 32 RD 1561/1995). No obstante, los convenios colectivos podrán pactar la ampliación del periodo de referencia hasta un máximo de seis meses (art. 32.3 RD 1561/1995).

2. Cuando resulte necesario para prevenir y reparar siniestros u otros daños extraordinarios y urgentes.

²⁸ PÉREZ AMORÓS, F., «Trabajo nocturno y a turnos y ritmo de trabajo» REDT núm. 100, 2000, p. 773.

3. En el supuesto de irregularidades en el relevo de los turnos por causas imputables a la empresa, como puede ser el retraso imprevisible del trabajador entrante en el turno.

Respecto de la posibilidad de realizar horas extraordinarias se establece que con independencia de la compensación que se haya pactado al amparo del artículo 35 del ET, se deberá reducir la jornada de los trabajadores nocturnos afectados en los días subsiguientes a la realización de las horas extraordinarias hasta alcanzar el correspondiente promedio de ocho horas en el periodo de referencia correspondiente (art. 32.2. 2.º párrafo, RD 1561/1995). En este sentido el Tribunal Supremo dijo que no se trata de una doble compensación, sino de la obligación de aplicar la reducción del límite de jornada previsto en la norma con independencia de la aplicación del régimen económico pactado para compensar las horas extras realizadas²⁹.

5. TRABAJO A TURNOS

El empresario, en atención a sus necesidades productivas y organizativas tiene la facultad de organizar la actividad laboral y con ella la distribución de la jornada y el horario, dentro de lo que cabe la producción en procesos continuos con prestación de servicios en turnos rotatorios. Cabe destacar que si bien la facultad inicial de establecer un sistema productivo con turnos de trabajadores corresponde al empresario en virtud de su poder de dirección y organización (art. 20 ET), una vez vigente la actividad si se quiere alterar el sistema de turnos para introducir modificaciones o suprimirlo, y el cambio excede el *ius variandi* empresarial, ha de operarse conforme a lo exigido para las modificaciones sustanciales del contrato de trabajo (art. 41.1 ET).

Al igual que en el trabajo nocturno, derivado de los efectos perniciosos que la rotación horaria puede ocasionar a los trabajadores, tanto en su vida social como familiar y personal, el ordenamiento regula limitaciones en las condiciones de trabajo, y garantías para preservar la seguridad y salud de los empleados. El régimen jurídico del trabajo a turnos se encuentra en el artículo 36 del ET, complementado por el RD 1561/1995 en cuanto a condiciones especiales.

²⁹ STS 10 de diciembre de 2004 (rec. 63/2004); STSJ C. Valenciana 20 de septiembre de 2011 (rec. 1724/2011).

A) **Delimitación objetiva del trabajo a turnos**

Según la redacción del artículo 36.3, párrafo 1.º del ET, procedente de la contenida en la Dir. 2003/88 sobre ordenación del tiempo de trabajo (art. 2.5), «se considera trabajo a turnos toda forma de organización del trabajo en equipo, según el cual los trabajadores ocupan sucesivamente los mismos puestos de trabajo, según un cierto ritmo, continuo o discontinuo, implicando para el trabajador la necesidad de prestar sus servicios en horas diferentes en un período determinado de días o de semanas». Del precepto se desprenden tres notas características del trabajo a turnos:

- a) En primer lugar, se trata de una organización del trabajo en equipos.
- b) La sucesión de los trabajadores en los mismos puestos de trabajo debe responder a un cierto ritmo, continuo o discontinuo.
- c) Sea cual sea la forma de organización del trabajo deberá implicar para el trabajador la realización de su prestación laboral en horas diferentes en un periodo determinado de días o semanas.

De estas notas definidoras deriva el concepto de trabajador por turnos contenido en el artículo 2.6 de la Dir. 3003/88, que define como «todo trabajador cuyo horario de trabajo se ajuste a un régimen de trabajo por turnos», para diferenciarlo así del trabajador que presta servicios sin cambios de horario. El trabajador a turnos, además, puede ser trabajador nocturno cuando realice en periodo nocturno el número de horas exigidas para ello (art. 36.1 ET). En este caso, al trabajador a turnos también se le aplicarán las reglas previstas para el trabajador nocturno.

Según la dicción legal, el sistema de trabajo a turnos supone para los trabajadores afectados la necesidad de prestar sus servicios en horas diferentes (mañana, tarde o noche) en periodos determinados de días o semanas. Ello sin perjuicio del derecho que reconoce el artículo 23.1 ET en favor de los trabajadores para elegir turno de trabajo, y al acceso al trabajo a distancia, si tal es el régimen instaurado en la empresa, y el puesto o funciones son compatibles con esta forma de realización del trabajo, cuando cursen con regularidad estudios para la obtención de un título académico o profesional. Entendiendo que el derecho de preferencia a elegir turno por la realización de estudios surge tanto en el supuesto de turnos fijos como en el de turno rotatorio. Con esta finalidad los Tribunales admiten una interpretación flexible del concepto «turnar», señalando que en el término cabe subsumir tanto el sistema de trabajo consistente en la ocupación sucesiva en los mismos puestos de trabajo a distintos trabajadores, como el caso de que se adscriban

de manera permanente a los trabajadores a cada uno de los turnos establecidos sin la obligación de rotar³⁰. Por el contrario, la doctrina mayoritaria entiende que el precepto no se refiere a sistemas de turnos cerrados, siendo consustancial al concepto de turnicidad la prestación de servicios en diferentes horarios dentro de periodos determinados³¹.

Aunque la conceptualización del trabajo a turnos es relevante en el propio artículo 36 del ET, a diferencia de lo que ocurre con el trabajo nocturno, el precepto no contempla previsiones específicas en materia de retribución, de manera que el eventual devengo de complementos salariales derivados de la mayor onerosidad que el trabajo pueda comportar se difiere a la negociación colectiva, quien fijará, en su caso, las condiciones y cuantía.

B) Limitaciones subjetivas en relación con el trabajo a turnos

Igual que en el caso del trabajo nocturno, los trabajadores vinculados a la empresa mediante contrato para la formación y el aprendizaje no pueden realizar trabajo a turnos [art. 8.4 RD 1529/2012 y 11. k) RD-Ley 32/2021], lo que implica que estos trabajadores no podrán ser incluidos en sistemas de organización que impliquen cambios de ritmo en el horario de trabajo. Ello con la finalidad de impedir situaciones que dificulten el desarrollo de las actividades formativas propias del contrato formativo³².

C) Prescripciones para la organización del trabajo a turnos

a) ROTACIÓN DE TURNOS

El artículo 36.3 párrafo 2.º señala que «en las empresas con procesos productivos continuos durante las 24 horas del día, en la organización del

³⁰ SSTS 6 de julio 2006 (rec. 1861/2005), 25 de octubre 2002 (rec. 4005/2001); TSJ la Rioja 8 de octubre 2015 (rec. 233/2015); Castilla-La Mancha 23 de enero 2020 (rec. 1173/2019).

³¹ Entre otros: GARCÍA RODRÍGUEZ, B.: «comentario Capítulo II (sección 5.ª)» en *Estatuto de los trabajadores, Comentarios y Jurisprudencia*, Edt. Jurídica Sepín, S. L. Madrid, 2014, p. 306. DE LA PUEBLA PINILLA, A.: «Trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmo de trabajo», en VVAA, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Ed., Iustel, Madrid 2001, p. 635. CARCELÉN GARCÍA, J.: *El sistema de trabajo a turnos y su problemática*, Fundación Confemetal, Madrid, 2000, p. 137.

³² ROMERO MURILLO, M. Á.: «La actividad formativa en el contrato para la formación y el aprendizaje: nuevas cuestiones». *Revista Aranzadi Social*, núm. 9, 2014. LÓPEZ GARCÍA DE LA RIVA, I.: «Trabajo nocturno y a turnos», *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, libro homenaje a Tomás Sala Franco, Tirán lo Blanch, 2016, p. 678.

trabajo de los turnos se tendrá en cuenta la rotación de los mismos y que ningún trabajador estará en el de noche más de dos semanas consecutivas salvo adscripción voluntaria». Como se observa, la intención de la norma es minimizar los perjuicios del trabajo nocturno y distribuir entre los empleados las incomodidades que este sistema de trabajo puede generar; por lo que el derecho a rotar se encontraría no tanto en la turnicidad, sino en la prestación de trabajo nocturno, de manera que se aplicarían los mismos criterios aunque el proceso productivo no comprenda las veinticuatro horas, pero incluya trabajo nocturno³³.

Cuando la actividad no comprenda trabajo durante la noche, el legislador recomienda, pero no impone, la rotación en los diversos turnos, en estos casos habrá que estar a lo que diga el convenio, la costumbre o el acuerdo entre las partes. De manera que si solo existen turnos diurnos (mañana y tarde) la norma no ampara la rotación³⁴. Por el contrario, si la actividad es continua la limitación legal opera en la imposición de que ningún trabajador estará en turno de noche más de dos semanas consecutivas. En todo caso se admite la prestación en turnos de noche por periodos superiores al establecido en la Ley, siempre que la adscripción sea por voluntad del trabajador. Como señala la doctrina judicial, la decisión voluntaria de adscribirse al turno de noche es revocable cuando así lo decida el trabajador, salvo que se hubiera establecido en contrato de trabajo³⁵, o por razones de salud, como más adelante se analiza. Como se observa, se trata de una posibilidad que la norma reconoce al trabajador, y no a la empresa; es decir que la empresa no puede imponerlo ni puede obstaculizar el retorno preavisado al sistema rotatorio, salvo maniobras abusivas por parte del empleado³⁶.

De otro lado, el artículo 36.3 párrafo 3.º permite expresamente que el trabajo incluya la prestación de servicios en domingos y días festivos. Para la organización del trabajo en estos casos ofrece la posibilidad de que los equipos de trabajo desarrollen su actividad por semanas completas, acumulando los periodos de descanso, o se contrate personal a tiempo parcial para completar los equipos necesarios durante uno o más días o semanas.

³³ MONTROYA MELGAR, A.: «Comentario al artículo 36. Trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmo de trabajo», en *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2005, p. 277.

³⁴ SSTs 28 de junio 2002 (rec. 2745/2001), 23 de febrero 2003 (rec. 990/2002).

³⁵ STSJ A. (Granada) 24 de abril 1996 (rec. 77/1994).

³⁶ GARCÍA NINET, J. I.: «La jornada de trabajo», en *El contrato de trabajo*, Vol. I, Aranzadi, Navarra, 2010, p. 1153.

b) CONDICIONES DE TRABAJO ESPECIALES

A pesar de que el desarrollo de trabajo a turnos ya implica unas condiciones especiales, el descanso diario y semanal pueden estar sometidos a alteraciones en algunos supuestos.

a') *Descanso semanal*

En las empresas con equipos de trabajadores en régimen de turnos, y cuando así lo requiera la organización del trabajo, se podrá acumular por períodos de hasta cuatro semanas el medio día de descanso semanal legalmente previsto en el artículo 37.1 ET, o separarlo del correspondiente al día completo de descanso para su disfrute en otro día de la semana (art. 19.1 RD 1561/1995).

b') *Descanso diario*

En las mismas empresas, cuando el trabajador al cambiar de turno de trabajo no pueda disfrutar entre jornadas sucesivas del descanso legalmente establecido en el artículo 34.3 del ET (mínimo 12 horas), el mismo se podrá reducir, en el día que ocurra, hasta un mínimo de siete horas, compensándose la diferencia en los días inmediatamente siguientes (art. 19.2 RD 1561/1995).

6. PREVISIONES EN MATERIA DE SEGURIDAD Y SALUD

Tanto el trabajo nocturno y a turnos como condiciones laborales, han sido objeto de numerosos estudios técnicos y médicos por su potencial riesgo para el trabajador, especialmente los más vulnerables y sensibles como son menores, mujeres en periodo de maternidad y trabajadores con patologías, y por su repercusión en la accidentabilidad. Los problemas que plantean se centran en las consecuencias derivadas del cambio constante de horarios que afectan a la salud, además de perjuicios importantes en sus relaciones sociales y familiares que pueden, igualmente, incidir sobre sus condiciones de salud.

A los efectos de prevenir los riesgos derivados tanto del trabajo a turnos como el nocturno, son muchas las normas jurídicas y técnicas³⁷ que se ocupan de

³⁷ En España, El Instituto Nacional de Seguridad e higiene en el trabajo ha publicado diferentes notas técnicas de prevención (NTP) sobre la temática: NTP 260, efectos médicos-patológicos de la turnicidad; Síndrome del trabajador nocturno; NTP 310, condiciones nutricionales para estos los trabajadores nocturnos

regular y dar instrucciones en cuanto a su ordenación para intentar evitar o minimizar los riesgos. Es precisamente la potencialidad lesiva de estas condiciones de trabajo las que motivan al legislador europeo a introducir previsiones expresas y específicas en materia de seguridad salud en la Dir. 2003/88 sobre ordenación de tiempo de trabajo. Haciéndose eco de los postulados europeos e internacionales, el legislador español introduce una serie de derechos y obligaciones tendentes a garantizar la protección de la salud y seguridad de estos trabajadores. La regulación se encuentra en el artículo 36.4 del ET donde se establece que «Los trabajadores nocturnos y quienes trabajen a turnos deberán gozar en todo momento de un nivel de protección en materia de salud y seguridad adaptado a la naturaleza de su trabajo, y equivalente al de los restantes trabajadores de la empresa.

El empresario deberá garantizar que los trabajadores nocturnos que ocupe dispongan de una evaluación gratuita de su estado de salud, antes de su afectación a un trabajo nocturno y, posteriormente, a intervalos regulares, en los términos establecidos en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), y en sus normas de desarrollo. Los trabajadores nocturnos a los que se reconozcan problemas de salud ligados al hecho de su trabajo nocturno tendrán derecho a ser destinados a un puesto de trabajo diurno que exista en la empresa y para el que sean profesionalmente aptos. El cambio de puesto de trabajo se llevará a cabo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 39 y 41, en su caso, de la presente ley».

Estas previsiones deben ser interpretadas con arreglo a los criterios, principios y exigencias establecidos por la LPRL y su normativa de desarrollo, no sólo por la remisión del precepto a la normativa específica en la materia, sino porque desde la estricta perspectiva normativa la inclusión del trabajo nocturno y a turnos queda dentro de la normativa jurídico-preventiva. Al efecto, el artículo 4 de la LPRL define como riesgo laboral: la posibilidad de que un trabajador sufra un riesgo derivado del trabajo, que pueda materializarse en un daño a su salud.

Aunque esta Ley debería haberse ocupado de los mandatos en relación a los trabajadores nocturnos y a turnos, no contiene menciones específicas por lo que debemos guiarnos por los principios y normas generales aplicados a la protección que recoge el artículo 36.4 y 5 del ET. En unos casos el régimen de protección es especial para los trabajadores nocturnos, y en otros es común para ambos grupos, dado que en muchas ocasiones se produce una superposición de ambos tipos de trabajo al ser habitual que en un trabajo a turnos se incluya el turno de noche.

y a turnos; NTP 455, Trabajo a turnos y nocturno: aspectos organizativos; y NTP 502, sobre prevención de implicaciones sobre la salud de los trabajadores, físicas, psicológicas o de interacción social.

A) **Medidas de protección comunes para el trabajo a turnos y nocturno**

El primer párrafo del artículo 36.4 ET contiene un principio general de protección común para los trabajadores nocturnos y a turnos, que consiste en garantizar, por un lado, un nivel de protección de su seguridad y salud adaptado a la naturaleza de su trabajo, proporcionándoles para ello una prevención adecuada y equivalente al resto de los trabajadores. Esto debe interpretarse en el sentido de que la protección que el empresario debe proporcionar a estos trabajadores debe ser acorde a las peculiaridades de este tipo de organización del trabajo y a los riesgos específicos que, debido a la especialidad de esta organización de trabajo, inciden en la salud del trabajador, lo que responde a la obligación del empresario de «garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo» (art. 14.2 LPRL).

Este requisito general de protección aparece detallado a lo largo del articulado de la Ley a través de las distintas obligaciones preventivas. De manera que aunque el precepto estatutario no prevea acciones concretas, el empresario debe adecuar la acción preventiva a la concurrencia del trabajo nocturno y a turnos³⁸. Para conseguir la equiparación de derechos con el resto de los trabajadores, como establece el artículo 16.1 de la LPRL, lo primero que deberá realizar el empresario es una evaluación de riesgos, tanto al principio de la actividad como cuando cambien las condiciones de trabajo, así como cada vez que se produzcan daños a su salud. En la evaluación de riesgos, como factor importante, debe tenerse en cuenta la condición de trabajo nocturno o a turnos para adecuar la evaluación a las circunstancias y los riesgos, además de realizar los controles periódicos de la actividad preventiva a fin de detectar situaciones potenciales de peligro.

B) **Medidas de protección para los trabajadores nocturnos**

El artículo 36.4 ET en su párrafo segundo contiene reglas más precisas y específicas para los trabajadores nocturnos como son 1) la obligación de reconocimiento médico al inicio de la actividad y de forma periódica para detectar posibles efectos del trabajo sobre la salud o determinada sensibilidad para el desarrollo de la actividad en periodo nocturno, y 2) El derecho a cambio de puesto por razones de salud.

³⁸ Lo que para la Doctrina científica significa un carácter meramente enfático de la exigencia del precepto. GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: «Trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmo de trabajo», en *Salario y tiempo de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores (de 1980 a 2005)*, Centro de Estudios Financieros, 2005, p. 424.

En este punto hay que señalar que en los casos en que el sistema de trabajo a turnos incluya el turno considerado nocturno, puede haber trabajadores nocturnos cuando realicen su jornada en el margen que la norma exige para ser considerados trabajadores nocturnos (art. 36.1ET).

a) RECONOCIMIENTOS MÉDICOS

Una primera obligación-derecho consiste en garantizar la disposición de una evaluación gratuita de su estado de salud previo a la adscripción al trabajo nocturno y, posteriormente, a intervalos regulares, en los términos establecidos en la LPRL y en sus normas de desarrollo. Como se observa, la dicción legal regula el derecho, pero no concreta el contenido y alcance de la obligación, por lo que desconocemos si la obligación del empresario de proporcionar los reconocimientos médicos comporta obligación del trabajador a su realización. Y, tampoco se establece la periodicidad con que se deben realizar dichos reconocimientos. Para su concreción nos remite a lo dispuesto en la LPRL y sus normas de desarrollo, como normas específicas en materia preventiva.

En principio, el derecho a la intimidad, reconocido en el art. 18 de la CE y el 4.2 e) ET engloban el derecho del trabajador a no ser obligado a realizarse reconocimientos médicos ya que la información relativa a la salud se integra en el derecho a la intimidad, y por tanto a la protección que ello exige. El artículo 22 de la LPRL que se encarga de regular la vigilancia de la salud, también presta especial atención a la protección del derecho a la intimidad del trabajador y la confidencialidad de los datos médicos. Sin embargo, tenemos que tener en cuenta que la finalidad principal de los reconocimientos de salud es conocer el estado de salud del trabajador antes de su asignación a un puesto nocturno, o en caso de ya estar ocupándolo comprobar si el trabajo nocturno puede estar incidiendo en perjuicio para su salud; por lo que se plantea si es esta una excepción a la voluntariedad de vigilancia de la salud por parte del trabajador.

El artículo 22.1 de la LPRL, como norma general parte de que los reconocimientos médicos se llevarán a cabo cuando lo consienta expresamente el trabajador; de manera que la obligación del empresario es garantizar la puesta a disposición del reconocimiento, pero será decisión del trabajador su realización o no. A su vez, y con el objeto de hacer viable el cumplimiento de la obligación empresarial, y con ello la prevención de riesgos, introduce una serie de excepciones a la voluntariedad, siempre previo informe de los representantes de los trabajadores: 1. Cuando la realización de los reconocimientos sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la

salud de los trabajadores. 2. Para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa. 3. Cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad.

Así pues, con base en el derecho del trabajador a ser protegido y la obligación del empresario de adoptar las medidas necesarias para preservar su salud, parece claro que de no realizar el reconocimiento médico y los controles periódicos de salud no es posible evaluar los riesgos para detectar las medidas a llevar a cabo a fin de cumplir con el derecho-deber; lo que tendría encaje dentro de la primera excepción. Por otro lado, dentro de la tercera excepción, encontramos el mandato del artículo 243.1 LGSS de obligación empresarial de realizar reconocimiento médico previos y periódicos cuando el trabajador vaya a ocupar un puesto con riesgos de enfermedad profesional. El punto segundo indica la gratuidad de los reconocimientos y el carácter obligatorio para los trabajadores. El punto tercero del artículo 243 contiene prohibición expresa de ocupar al trabajador en su puesto cuando no se mantenga la declaración de aptitud en los reconocimientos sucesivos. Por último, el artículo 244 LGSS regula que la no realización de reconocimientos médicos previos y periódicos en caso de trabajos con riesgos, supone la asunción directa por parte del empresario del pago de las prestaciones por enfermedad profesional, equiparándose al no aseguramiento.

Por todo ello, parece claro que en el caso de los trabajadores nocturnos estamos ante una excepción a la voluntariedad de vigilancia de la salud, como establece el artículo 37.3 b) 1.º del RD 39/1997 de los Servicios de Prevención³⁹. Claro está, en la práctica de los reconocimientos se deberán observar los principios que el artículo 22 de la LPRL establece: 1. En todo caso deberán realizarse los reconocimientos o pruebas que causen las menores molestias al trabajador y que sean proporcionales al riesgo. 2. Los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores no podrán ser usados con fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador. 3. Se respetará siempre el derecho a la intimidad y la confidencialidad de la información relacionada con el estado de salud, por lo que el acceso a los datos médicos de carácter personal se limitará al personal médico y a las autoridades sanitarias que lleven a cabo la vigilancia de la salud, sin que puedan facilitarse al empresario u otras personas sin consentimiento del trabaja-

³⁹ El precepto establece que se deberá realizar una evaluación de la salud de los trabajadores inicial después de la incorporación al trabajo o después de la asignación de tareas específicas con nuevos riesgos para la salud.

dor. 4. Las medidas de vigilancia y control de la salud se llevarán a cabo por personal sanitario con competencia técnica, formación y capacidad acreditada.

b) MOVILIDAD POR RAZONES DE SALUD

En línea con lo estipulado en el artículo 9 de la Dir. 2003/88, el artículo 36.4 ET establece el derecho del trabajador, al que se le reconozca problemas de salud ligados al trabajo nocturno, a ocupar un puesto en horario diurno que exista en la empresa y para el que sea profesionalmente apto. El cambio debe llevarse a cabo conforme a lo dispuesto en los artículos 39 y 41 del ET.

En este caso nos encontramos con una medida preventiva para cuando las medidas organizativas y/o técnicas adoptadas tras la detección de riesgos para el trabajador nocturno no hayan conseguido solucionar el problema, o a pesar de adoptadas la evaluación de la salud del trabajador siga manifestando incompatibilidad con su condición de trabajador nocturno. El precepto no contempla el derecho al cambio de puesto como un derecho absoluto, sino que para que nazca es preciso que se den varios requisitos:

1. Que sea un trabajador de los considerados nocturnos según el punto tercero del artículo 36 (analizado más arriba)

2. Que se le haya reconocido algún problema de salud ligado al hecho de su trabajo nocturno, con independencia de cuál sea el estado de salud previo al desempeño del trabajo nocturno, lo importante es que la nocturnidad interfiera en el desarrollo o evolución de la enfermedad. Requisito que tendrá que ser dictaminado por un facultativo médico que asista al trabajado, una vez que el Servicio de prevención determine la imposibilidad de adaptación de puesto de trabajo que pueda eliminar o minimizar el riesgo hasta valores que eviten la afectación.

3. Que exista un puesto de trabajo diurno en la empresa para poder realizar el cambio, de lo contrario será de imposible ejecución el derecho⁴⁰. La empresa no está obligada a crear un puesto diurno para posibilitar el cambio si no es necesario, y en todo caso habrá que acreditar, por parte de quien lo reclame, la existencia del puesto como de posible ocupación⁴¹.

⁴⁰ En este sentido GARCÍA NINET, J. I.: «Trabajo nocturno y a turnos y protección de la salud», *Tribuna Social*, núm. 5234, 2010, p. 5, señala que de ser el trabajo únicamente en desempeño de nocturnidad, no cabría la posibilidad de cambio a puesto diurno al no existir dicho puesto en la empresa.

⁴¹ SSTSJ Cataluña 18 de enero de 2002 (rec. 5520/2001), y 25 de abril de 2002 (rec. 8991/1999); TSJ Madrid 26 de febrero 2007 (rec. 5153/2006).

4. Que el trabajador sea profesionalmente apto para el desempeño del trabajo del puesto a asignar.

Según los requisitos y la necesidad, el derecho puede suscitar una movilidad funcional y geográfica hacia arriba o hacia abajo por razones objetivas de salud, incluso cambio de actividad que nada tenga que ver con el trabajo desarrollado hasta el momento, pero para las que el trabajador pueda resultar profesionalmente apto. En cualquier caso, el precepto indica que debe hacerse de conformidad con los artículos 39 y 41 del ET. Lo que se interpreta como una garantía de que el cambio se realiza a un puesto apto profesionalmente para el empleado y, en última instancia, asisten al trabajador las alternativas que se conceden para los supuestos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 41.3 ET)⁴².

En este sentido, la observación del artículo 39 ET implica que la movilidad por razones objetivas de salud puede operar, siempre que sea posible, tanto dentro del *ius variandi ordinario*, (mismo grupo profesional o equivalente), o aplicando los criterios del *ius variandi extraordinario*, en cuyo caso pueden realizarse funciones inferiores o superiores no correspondientes al grupo profesional para los que esté facultado por el tiempo necesario en tanto su estado de salud permite volver al puesto de origen. El trabajador tendrá derecho a la retribución correspondiente a las funciones que efectivamente realice, salvo cuando realice funciones inferiores en las que mantendrá la retribución de origen. En cualquiera de los casos al pasar a turno de mañana no corresponde el abono del complemento de nocturnidad al no realizarse.

Cuando la movilidad se realice superando los límites del artículo 39 ET, el cambio requiere el acuerdo de las partes, en su defecto entraría en acción las reglas previstas para la modificación sustancial de condiciones de trabajo del artículo 41 ET, incluida la posibilidad de rescisión de contrato con indemnización de veinte días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses (art. 41.3 ET). Hay que señalar que el cambio también puede suponer movilidad geográfica dado que la norma se refiere a puesto de trabajo que exista en la empresa no en el mismo centro de trabajo, por lo que en principio tendría encaje en el derecho la posibilidad de traslado a un puesto disponible en otro centro de la empresa para el que fuera apto.

⁴² PÉREZ AMORÓS, F.: «Trabajo nocturno y a turnos y ritmo de trabajo», *REDT* núm. 100, 2000, p. 776.

C) **Medidas de prevención para las trabajadoras en periodo de maternidad**

En el ámbito Europeo la Directiva 92/85/CE, de 19 de octubre, de aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada que haya dado a luz o en periodo de lactancia⁴³, constituye el primer instrumento normativo a nivel comunitario que establece un sistema de protección integral y unitario de la maternidad, combinando medidas de tutela de la salud y seguridad laboral de la trabajadora junto a mecanismos de protección del empleo y de su capacidad económica durante dicha situación. Esta Directiva en su artículo 7.1 ordena a los Estados miembros que adopten las medidas necesarias para que las trabajadoras en situación de maternidad no se vean obligadas a realizar trabajo nocturno que resulte perjudicial para su salud y/o para el hijo nacido o por nacer; ello a reserva de presentación de un certificado médico que dé fe de la necesidad para la seguridad y salud de la trabajadora afectada. En el apartado 2 el artículo precisa que las medidas preventivas deben incluir la posibilidad del traslado a un trabajo diurno, o de una dispensa de trabajo cuando el traslado no sea técnica y/u objetivamente posible o no pueda razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados.

En el ámbito interno hemos visto como el legislador en el artículo 36.1 ET otorga al Gobierno una habilitación para poder establecer límites al trabajo nocturno para determinadas categorías de trabajadores cuando dicha forma de prestar servicios afecte a su salud. Entre estas categorías de trabajadores hay que incluir a las trabajadoras en periodo de maternidad (embarazo y lactancia).

En cumplimiento del mandato comunitario, la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales incluye en su artículo 26 una serie de medidas preventivas para evitar la influencia perjudicial de la prestación laboral sobre su salud o la del hijo. Las medidas operan de forma escalonada según vaya siendo necesario su implementación derivado de las características del trabajo y los riesgos a los que la trabajadora esté expuesta. Partiendo de que existe una obligación genérica de todo empresario de evaluar los riesgos del puesto de trabajo, en el caso de las trabajadoras en periodo de maternidad se establece la necesidad de repetir esta evaluación cuando el empresario tenga conocimiento de su estado para determinar la naturaleza, el grado y la duración de la exposición

⁴³ Décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CE de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo (DOCE L 183, 1989).

de la trabajadora a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en su salud, para adoptar las medidas necesarias a fin de evitarlos.

Si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia, entre las medidas que el empresario adoptará para evitar la exposición al riesgo, se menciona en primer lugar la adaptación de las condiciones o el tiempo de trabajo. Dichas medidas incluirán, cuando resulte necesario, la no realización de trabajo nocturno o a turnos. Al igual que la Directiva 92/85 prevé la adopción de medidas necesarias al caso, sin que sea obligatorio el cambio de horario o de puesto salvo en los supuestos en que la evaluación de riesgos demuestre que estas circunstancias son generadoras de riesgo para la salud de la trabajadora o el hijo, o así lo certifique el servicio médico de salud en función de las particularidades de la trabajadora o el hijo. Siguiendo el criterio normativo, el Reglamento de los Servicios de prevención no incluye el trabajo nocturno o a turnos como factores de riesgo en periodo de maternidad en sus Anexos VII y VIII⁴⁴. A la hora de resolver los conflictos planteados relacionados con esta materia, el Tribunal Supremo tiene en cuenta que el trabajo a turnos y nocturno no son condiciones laborales prohibidas por la LPRL, luego para que sean considerados riesgos hay que demostrar el perjuicio que conllevan para la madre o el hijo⁴⁵.

El apartado 2 del artículo 26 LPRL, aplicable también a la situación de riesgo durante la lactancia (art. 26.4 LPRL), regula el cambio de puesto de trabajo cuando la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resulte posible o, a pesar de tal adaptación, el puesto de trabajo siga influyendo negativamente en la salud de la trabajadora lactante o el hijo. En estos supuestos la trabajadora deberá pasar a prestar servicios en un puesto de trabajo o función distinta que sea compatible con su situación. A los efectos de favorecer que el cambio sea posible y razonable la norma establece la obligación del empresario de confeccionar una relación de puestos de trabajo en la empresa exentos de riesgo para las trabajadoras en periodo de maternidad, previa consulta con los representantes de los trabajadores, lo que garantizará el conocimiento de dichos puestos y su disponibilidad.

⁴⁴ Anexo VII, recoge una lista no exhaustiva de agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que pueden influir negativamente en la salud de las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia natural, del feto o del niño durante el periodo de lactancia natural.

Anexo VIII, recoge la lista no exhaustiva y condiciones de trabajo a los cuales no podrá haber riesgo de exposición por parte de trabajadoras embarazadas o en período de lactancia natural.

⁴⁵ Así se argumenta en las SSTs 1 de octubre de 2012 (rec. 2373/2011) y 28 de octubre de 2014 (rec. 2542/2013).

En este punto, la norma establece que la necesidad de cambio debe ser certificada por los Servicios Médicos del Instituto Nacional de Seguridad Social o de la Mutua, en función de la entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, previo informe del médico del Servicio Nacional de salud que asista facultativamente a la trabajadora o al hijo (art. 26.2 y 4 LPRL).

En cuanto a las reglas del cambio, la Ley, al igual que el artículo 36.4 ET, lo configura aplicando los criterios propios de la movilidad funcional (art. 39 ET). Así pues, como en el caso general, primero se deberá proceder al cambio funcional ordinario, con lo que la trabajadora podrá ocupar uno de los puestos disponibles, dentro de la relación de puestos exentos de riesgo, que esté dentro de su categoría profesional o equivalente. Cuando la movilidad funcional ordinaria no sea posible, por no existir puesto exento de riesgo, se pasará a la movilidad extraordinaria. En este caso la trabajadora puede ser trasladada a un puesto no correspondiente a su grupo profesional, por tanto, de igual o superior categoría.

En relación con la retribución, el artículo 26.2 de la LPRL establece que la trabajadora conservará el derecho al conjunto de retribuciones del puesto de origen, lo que ha generado bastante conflicto en relación con los complementos salariales derivados del trabajo en nocturnidad. Recordemos que el artículo 39.3 ET únicamente establece que en la movilidad funcional «el trabajador tendrá derecho a la retribución correspondiente a las funciones que efectivamente se realicen, salvo en el caso de encomienda de funciones inferiores, en los que se mantendrá la retribución de origen». Ante esta discrepancia los Tribunales han ido modificando su criterio a lo largo del tiempo en virtud de los pronunciamientos del TJUE⁴⁶. El Tribunal Supremo, separándose del criterio del Tribunal Europeo y mejorando lo dispuesto en el Dir. 92/85, en Sentencia de 24 de enero de 2017⁴⁷, concluye que la trabajadora tiene derecho a percibir la retribución completa, incluidos los complementos del puesto de origen⁴⁸. Ello lo fundamenta en que el espíritu de la LPRL no es trasladar los costes de la prevención a la trabajadora –en este caso por la vía del perjuicio en el salario–, y en la protección que la LPRL y las Normas de Seguridad So-

⁴⁶ Sentencia 1 de julio de 2010 (Asunto Parviainen C-471/08) en la que se excluye la idea de que la Directiva 92/85 garantice el derecho al mantenimiento íntegro del salario.

⁴⁷ STS 24 de enero de 2017 (rec. 1902/2015), reconoce el derecho de la trabajadora a percibir la retribución correspondiente a las guardias médicas no realizadas durante el período de adaptación de su puesto de trabajo.

⁴⁸ El Tribunal Supremo se separa del criterio europeo al considerar que nuestro ordenamiento jurídico contiene una regulación más favorable que la establecida en sede comunitaria, y la Dir. 92/85 faculta a los Estados para mejorar lo dispuesto en las normas europeas.

cial contienen para el supuesto de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo y lactancia.

Al respecto, el Tribunal señala que, si nuestro ordenamiento jurídico dispensa una protección equilibrada en el caso de la necesidad de abandonar la efectiva prestación de servicios por riesgo en el embarazo o lactancia, cabe afirmar que está estableciendo un nivel de compensación mínima respecto del cual cualquier minoración tiene que ser rechazada. Advierte que no es posible sostener que, cuando la adaptación del puesto es posible, la trabajadora pueda sufrir una disminución económica en relación a lo que hubiera cobrado si se hubiera producido la suspensión del contrato de trabajo. Considera que de sostener la reducción del salario estaríamos ante una situación que va más allá de la pérdida de un concreto complemento, situando a la trabajadora en un nivel de tratamiento retributivo inferior incluso a la situación de no prestación de servicios, con lo que se pone en juego el objetivo de protección de la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas y lactantes perseguido por la legislación nacional en consonancia con la Directiva 92/85, y por tanto estaríamos ante una situación de discriminación⁴⁹.

D) Ritmo de trabajo y salud del trabajador

El artículo 36.5 advierte que el empresario que organice el trabajo en la empresa según un cierto ritmo deberá tener en cuenta el principio de adaptación del trabajo a la persona, como medida de prevención de riesgos, especialmente de cara a atenuar el trabajo monótono y repetitivo en función del tipo de actividad y de las exigencias en materia de seguridad y salud de los trabajadores. Estas exigencias deberán tenerse en cuenta especialmente a la hora de determinar los periodos de descanso durante la jornada de trabajo. El mandato tiene su referencia en el artículo 13 de la Dir. 2003/88. En este punto debe señalarse que la LPRL introduce este principio en el artículo 15.1 d) indicando que el empresario deberá adaptar el trabajo a la persona y elegir equipos y métodos de trabajo y de producción, con miras, en particular, a atenuar el trabajo monótono y repetitivo.

Esta medida preventiva de adaptación del trabajo a la persona, en principio genérica, debe entenderse en sentido amplio para dar cabida a los diferen-

⁴⁹ Puede verse un estudio en profundidad sobre el tema en ROMERAL HERNÁNDEZ, J.: «El riesgo durante la lactancia natural: Prevención y protección social», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 217, febrero 2019.

tes sistemas de trabajo sometidos a cierto ritmo y/o turnos, y a diferentes tipos de trabajo (monótonos y repetitivos). Como garantía instrumental para evitar los principales riesgos de este tipo de trabajo (fatiga, estrés, alteraciones de la salud), el legislador entiende que el principio de adaptación del trabajo a la persona debe incidir especialmente en el diseño y organización de los ritmos, a través de una de las medidas más efectiva para su prevención como son los descansos entre jornadas y pausas necesarias durante la jornada que permitan la recuperación del trabajador.

7. BIBLIOGRAFÍA

- CARCELÉN GARCÍA, J.: *El sistema de trabajo a turnos y su problemática*, Fundación Confemetal, Madrid, 2000.
- GARCÍA NINET, J. I.: «La jornada de trabajo», en *El contrato de trabajo*, Vol. I, Aranzadi, Navarra, 2010.
- «Trabajo nocturno y a turnos y protección de la salud», *Tribuna Social*, núm. 5234, 2010.
- GARCÍA RODRIGUEZ, B.: «Comentario Capítulo II (sección 5.ª)» en *Estatuto de los trabajadores, Comentarios y Jurisprudencia*, Edt. Jurídica Sepín, S. L. Madrid, 2014.
- GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: «Trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmo de trabajo», en *Salario y tiempo de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores (de 1980 a 2005)*, Centro de Estudios Financieros, 2005.
- LLOMPART BENNÁSSAR, M.: «El salario: concepto, estructura y cuantía», *La Ley*, Madrid, 2007.
- LÓPEZ GARCÍA DE LA RIVA, I.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores, Libro homenaje a Tomás Sala Franco*. Tiran lo Blanch, 2016.
- «Trabajo nocturno y a turnos», *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores, libro homenaje a Tomás Sala Franco*, Tirán lo Blanch, 2016.
- MONTOYA MELGAR, A.: «Comentario al artículo 36. Trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmo de trabajo», en *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Thomson Aranzadi, 2005.
- MURCIA CLAVERÍA, A.: «Trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmo de trabajo» en AAVV, *La reforma del mercado laboral*, Dir. Valdés Dal-Ré, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1994.
- PÉREZ AMORÓS, F.: «Trabajo nocturno y a turnos y ritmo de trabajo», *REDT* núm. 100, 2000.
- PUEBLA PINILLA, A.: «Trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmo de trabajo» en VVAA, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Ed. Iustel, Madrid 2001.

- ROMERAL HERNÁNDEZ, J.: «El riesgo durante la lactancia natural: Prevención y protección social», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 217, febrero 2019.
- ROMERO MURILLO, M. Á.: «La actividad formativa en el contrato para la formación y el aprendizaje: nuevas cuestiones». *Revista Aranzadi Social*, núm. 9, 2014.
- TRILLO PÁRRAGA, J. F.: «Las dos direcciones de la flexibilización del tiempo de trabajo», *Relaciones Laborales*, núm. 12, Sección Doctrina, julio 2010.

CAPÍTULO IX

TIEMPOS DE DESCANSO. DESCANSOS INTRA-JORNADA, ENTRE JORNADAS Y SEMANAL. FESTIVOS LABORALES

FERNANDO BARBANCHO TOVILLAS

Profesor TEU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Barcelona

1. EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LOS DESCANSOS Y FESTIVOS LABORALES

El descanso intra-jornada, el descanso nocturno (entre jornadas) y el descanso semanal, junto con los festivos laborales y las vacaciones anuales, configuran lo que tradicionalmente se ha denominado interrupciones periódicas de la prestación laboral. No obstante, en este capítulo no se analizan las vacaciones anuales, al integrar el contenido específico de otro capítulo de esta obra colectiva.

La regulación del descanso intra-jornada, el descanso nocturno (entre jornadas), y el descanso semanal en España ha pasado por tres fases o etapas en la ordenación del tiempo de trabajo hasta la actualidad: la etapa inicial, limitadora de la jornada de trabajo; la etapa intermedia, como elemento de flexibilidad interna de las empresas; y la etapa actual –y de futuro–, como factor determinante de la nueva ordenación del tiempo de trabajo, conjugando las circunstancias personales y familiares con los intereses de las empresas y organizaciones (conciliación, nuevas formas de trabajo y responsabilidad social de las empresas).

A) **Etapa inicial. De las primeras normas laborales hasta el Estatuto de los Trabajadores de 1980**

a) **DE LAS PRIMERAS NORMAS LABORALES HASTA LA TRANSICIÓN Y LA CONSTITUCIÓN DE 1978**

La etapa inicial o primera fase de la regulación de esos descansos, que se sitúa desde los albores del Derecho del Trabajo en España hasta la Reforma Laboral de 1994¹, se caracteriza por el papel limitador de la duración máxima de la jornada trabajo, a efectos de la protección –psicofísica– de la salud y seguridad de las personas trabajadoras, además de que estas dispongan de un tiempo de ocio. Sin olvidar que, desde un punto de vista economicista, también sirven para evitar los rendimientos decrecientes.

Si la primera ley laboral en España estableció la jornada laboral de los menores (Ley de 24 de julio de 1873, conocida como Ley Benot), la regulación de los descansos también formó parte de las primeras normas laborales, impulsadas por la Comisión de Reformas Sociales y el posterior Instituto de Reformas Sociales², que se mantuvo –prácticamente– durante la Dictadura de Pri-

¹ Sobre la evolución histórica de los descansos en la ordenación de la jornada y del tiempo de trabajo, *Vid.* GARCÍA NINET, J. I.: «Elementos para el estudio de la evolución histórica del derecho español del trabajo: regulación de la jornada de trabajo de 1855 a 1931 (I parte)», en *Revista de Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1975, núm. 51, pp. 37-132; GARCÍA NINET, J. I.: «Elementos para el estudio de la evolución histórica del derecho español del trabajo: regulación de la jornada de trabajo de 1855 a 1931 (II parte)», en *Revista de Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1975, núm. 52, pp. 9-124; ESPUNY TOMÁS, M.: «La jornada laboral: perspectiva histórica y valoración jurídica», en *Trabajo: Revista iberoamericana de relaciones laborales*, Universidad de Huelva, Huelva, 2004, núm. 13, pp. 115-144; LÓPEZ AHUMADA, J. E.: *Evolución normativa de los descansos laborales: primer centenario de la promulgación de la Ley de descanso dominical de 1904*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2004; LÓPEZ AHUMADA, J. E.: «Orígenes y formación del derecho al descanso semanal», en *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2003-2004, pp. 58-89.

² De este periodo cabe señalar la Ley sobre el descanso dominical, de 3 de marzo de 1904 (desarrollada reglamentariamente por los Reales Decretos de 19 de agosto de 1904 y de 19 de abril de 1905, y por las Reales Órdenes de 17 de septiembre de 1904 y de 17 de abril de 1906), que estableció el descanso de veinticuatro horas consecutivas, computándose desde las doce de la noche del sábado hasta las doce de la noche del día siguiente; la Ley de prohibición del trabajo nocturno de las mujeres en talleres y fábricas, de 11 de julio de 1912 (que la fijó como descanso de noche, de una duración mínima de once horas consecutivas, comprendidas entre las nueve de la noche y las cinco de la mañana), que entró en vigor el 14 de enero de 1914 (si bien en la industria textil esa prohibición se aplicaba a las mujeres casadas y viudas con hijos, pero para las mujeres solteras y viudas sin hijos la prohibición entraría en vigor el 14 de enero de 1920); la Ley sobre la jornada de la dependencia mercantil, de 4 de julio de 1918 (desarrollada reglamentariamente por la Real Orden de 16 de octubre de 1918), que fijó un descanso entre jornadas de doce horas consecutivas; y el Real Decreto de 3 de abril de 1919, que estableció la duración máxima de la jornada de trabajo en ocho horas diarias o cuarenta y ocho semanales en todos los trabajos a partir del 1 de octubre de 1919 (desarrolladas por dos Órdenes Ministeriales de 15 de enero de 1920), como consecuencia de la huelga de «La Canadiense» en Barcelona.

mo de Rivera³, la II República⁴ y el Franquismo⁵, aunque en este último período con algunas novedades en la configuración de los descansos y festivos⁶ que llegó hasta la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (ET), si bien con algunos cambios relevantes.

³ De este periodo cabe señalar el Real Decreto-ley de 8 de junio de 1925 sobre el descanso dominical (desarrollado reglamentariamente por el Real Decreto de 17 de diciembre de 1926), que mantuvo las condiciones de disfrute del descanso dominical previstas en la Ley de 1904, incorporando que el descanso se disfrutara en uno de los días de reposo laboral tradicional –domingo– sin merma alguna de salario; y el Decreto-ley sobre descanso nocturno de la mujer trabajadora, de 15 de agosto de 1927 (desarrollado reglamentariamente por el Real Decreto de 6 de septiembre de 1927, que derogó la Ley de 1912), que fijó un descanso mínimo entre jornadas de doce horas consecutivas para todas las mujeres, sin distinción de edad, comprendiendo siempre las horas de la noche. Cabe apuntar que el Código de Trabajo (aprobado por el Decreto-Ley 23 de agosto de 1926) no reguló el descanso semanal.

⁴ La regulación precedente a la II República se mantuvo por el Decreto de 24 de junio de 1931, sin que se legisase en materia de descanso dominical.

En este sentido, cabe señalar, por una parte, que la Ley sobre jornada máxima legal de 1 de julio de 1931 (se aprobó por Decreto y se convirtió en ley por la Ley de 9 de septiembre de 1931) modificó el Real Decreto de 3 de abril de 1919, pero manteniendo la misma regulación del tiempo de trabajo ordinario e introduciendo como novedades las excepciones y las ampliaciones de la jornada ordinaria por medio de horas extraordinarias, y contemplando el descanso en su texto. Así, se ha destacado que «La fórmula de distribución del día obrero que antaño se había popularizado entre los propagandistas de la jornada de ocho horas: *ocho horas para el trabajo, ocho para el descanso, ocho para la cultura e instrucción*, se refleja en el articulado de la ley de 1 de julio de 1931 al prohibir «emplear a un obrero, fuera de las horas indicadas para el trabajo, durante las horas dedicadas al descanso»» (ESPUNY TOMÁS, M.: «El tiempo de trabajo: La ordenación histórica de una conquista laboral», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, Ministerio de Justicia-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1997, núm. 67, pp. 1823-1841).

Por otra parte, que la Ley del Contrato de Trabajo de 21 de noviembre de 1931 preveía el descanso dominical al regular la relación individual de trabajo, manteniendo la previsión del 1925 con las modificaciones de la Ley de jornada máxima de 1931.

Y, por último, la propia Constitución de 9 de diciembre de 1931 sólo preveía en su artículo 46 (del Capítulo II, sobre «Familia, economía y cultura». del Título III sobre «Derechos y deberes de los españoles») que «*La República asegurará a todo trabajador las condiciones necesarias de una existencia digna. Su legislación social regulará: (...); la jornada de trabajo y el salario mínimo y familiar; las vacaciones anuales remuneradas; (...)*», sin referencia alguna al resto de descansos.

De todas formas, sí cabe destacar de este periodo que, al configurar a España como un Estado aconfesional («*El Estado español no tiene religión oficial*», artículo 2 Constitución), se pasó del descanso dominical a descanso semanal.

⁵ Del periodo de la dictadura franquista cabe destacar: el Fuero del Trabajo (Decreto de 9 de marzo de 1938), que recuperó el descanso dominical; la Ley de 13 de julio de 1940 sobre el descanso dominical (desarrollada reglamentariamente por el Decreto de 25 de enero de 1941), que mantuvo la regulación anterior, aunque introduciendo cambios; y la Ley del Contrato de Trabajo de 26 de enero de 1944, que no preveía el descanso dominical al regular la relación individual de trabajo, manteniendo la previsión de 1940.

⁶ Las novedades más relevantes que introdujo la Ley de 13 de julio de 1940 sobre el descanso dominical fueron las siguientes: además de recuperar el domingo como día de descanso, incluyó los días festivos («*fiestas oficiales de carácter religioso*»), prohibiendo el trabajo en domingo y festivos (y en el caso de trabajos continuos o eventuales en los que se exceptonaba el trabajo en domingo o festivo, había que disfrutar de un descanso continuo de veinticuatro horas dentro de los siete días, comenzados a contar por el mismo domingo o festivo); que el descanso en domingo y en festivo se computara desde las doce de la noche del día anterior, siendo de veinticuatro horas consecutivas; y que el descanso semanal y los festivos tenían carácter retribuido («*Todo trabajador tendrá derecho a percibir el salario íntegro del domingo o día de descanso semanal obligatorio*»). Además, el carácter retribuido del descanso semanal y de los días festivos también se recogió en la Orden de 5 de febrero de 1963 (art. 1.5) de desarrollo del Decre-

Pero antes de abordar cómo se regularon esos descansos desde la Transición hasta el ET, se debe señalar la incidencia de la regulación internacional en esos periodos precedentes.

Así, el Tratado de Versalles, de 28 de junio de 1919, recogió como una de las mejoras de las condiciones de trabajo que las legislaciones nacionales de los Estados partes del convenio debían incorporar un descanso semanal de veinticuatro horas, que debería comprender, dentro de lo que fuese posible, el día del domingo, (art. 427).

En cuanto a los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo –OIT– (creada por el Tratado de Versalles, Parte XI II, arts. 384-427), cabe apuntar que de los primeros que se adoptaron muchos se dedicaron al tiempo de trabajo⁷. Ahora bien, aunque el Convenio núm. 1, sobre las horas de trabajo (industria), 1919, establecía la semana laboral de cuarenta y ocho horas y la jornada diaria de ocho horas (art. 2), no recogía expresamente ni un descanso mínimo diario ni semanal (si bien hacía una mera referencia al día de descanso semanal en su art. 4). En cambio, el Convenio núm. 14, sobre descanso semanal (industria), 1921, sí recogía el descanso semanal de veinticuatro horas (en su artículo 2, se establecía que en el curso de cada período de siete días se deberá disfrutar de un descanso que comprenda como mínimo veinticuatro horas consecutivas y que este descanso semanal deberá coincidir, siempre que sea posible, con los días consagrados por la tradición o las costumbres del país o de la región)⁸. Y en parecidos términos actuó la OIT en materia de descansos

to 55/1963, de 17 de enero, de salarios mínimos; el Decreto 2380/1973, de 17 de agosto, sobre ordenación del salario (art. 2) y la Orden de 22 de noviembre de 1973 (art. 2.2) de desarrollo del mismo.

Sobre el carácter retribuido del descanso semanal, *Vid.* GARCIA NINET, J. I.: «Retribución del Descanso dominical y de las vacaciones», en *Estudios sobre la ordenación del salario*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valencia, Valencia, 1976, p. 241.

⁷ Estos Convenios de la OIT son los siguientes: núm. 1, sobre las horas de trabajo (industria), 1919; núm. 4, sobre el trabajo nocturno, 1919; núm. 6, sobre trabajo nocturno de los menores (industria), 1919.

A estos Convenios iniciales, se deben añadir: el núm. 14, sobre descanso semanal (industria), 1921; núm. 20, sobre el trabajo nocturno (panaderías), 1925; núm. 30, sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas), 1930; núm. 31, sobre las horas de trabajo (minas de carbón), 1931; núm. 46, sobre las horas de trabajo (minas de carbón), revisado, 1935; núm. 47, sobre las cuarenta horas, 1935; núm. 52, sobre las vacaciones pagadas, 1936; núm. 79, sobre el trabajo nocturno de los menores (trabajos no industriales), 1946; núm. 89, sobre el trabajo nocturno (mujeres), revisado, 1948; núm. 90, sobre el trabajo nocturno de los menores (industria), revisado, 1948; núm. 91, sobre las vacaciones pagadas de la gente del mar (revisado), 1949; núm. 101, sobre las vacaciones pagadas (agricultura), 1952; núm. 106, sobre el descanso semanal (comercio y oficinas), 1957; núm. 109, sobre salarios, horas de trabajo a bordo y dotación (revisado), 1958; núm. 132, sobre las vacaciones pagadas (revisado), 1970; núm. 146, sobre las vacaciones anuales pagadas (gente de mar), 1976; núm. 179, sobre duración del trabajo y periodos de descanso (transporte por carretera), 1979; núm. 171, sobre el trabajo nocturno, 1990. Además, se debe destacar la Recomendación núm. 116, sobre la reducción de la duración del trabajo, 1962.

⁸ Se ha señalado que «*La adopción del Convenio sobre las horas de trabajo (industria), 1919 (núm. 1), que establece la semana de 48 horas y la jornada de 8 horas, implicó el reconocimiento implí-*

intra-jornadas (pausas durante la jornada), ya que no se recogen en los Convenios núm. 1, 30 ni 47.

De todas formas, se debe señalar que, en materia de duración de la jornada y su limitación mediante los descansos, la legislación española ha sido desde sus inicios más avanzada que las previsiones de los Convenios de la OIT⁹, aunque con excepciones¹⁰. En este sentido, también se debe señalar que si bien la Declaración de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 1948 recogió como derecho humano fundamental la necesidad que *«toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre»*, cuando en España ya el Fuero del Trabajo de 1938 declaraba que *«el Estado mantendrá el descanso dominical como condición sagrada en la prestación del trabajo»* (Declaración II, número 2) regulándose el descanso semanal en la Ley de 13 de julio de 1940 sobre el descanso dominical.

b) LA TRANSICIÓN Y LA CONSTITUCIÓN DE 1978

Del periodo de la Transición, por un lado, se debe destacar el relevante papel de la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales (LRL) en materia de descansos¹¹, y por otro lado la ratificación por España de Tratados Internacionales en 1977.

cito del principio del descanso semanal. Como se señaló en los trabajos preparatorios del Convenio núm. 14, el día de descanso semanal es un complemento inmediato del Convenio núm. 1 o, dicho de otro modo, la consecuencia natural de restringir explícitamente la cantidad de horas de trabajo semanales» (Organización Internacional del Trabajo: «Estudio general relativo a los instrumentos sobre el tiempo de trabajo. Garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro», OIT, Ginebra, 2018, p. 73; este Estudio se incluye en el Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución). Informe III (Parte B), adoptado en la Conferencias Internacional del Trabajo, 107.ª Reunión, Tercer punto del orden del día: Informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones).

⁹ Un ejemplo de nuestra legislación avanzada respecto de la OIT se puede apreciar en que el Convenio núm. 14, sobre descanso semanal, 1921, solo afectaba a la industria, y no sería hasta el Convenio núm. 106, sobre el descanso semanal, 1957, que afectase al comercio y a las oficinas, cuando la Ley de 13 de julio de 1940 sobre el descanso dominical incluía a las industrias, comercio y oficinas.

¹⁰ La ratificación por España del Convenio núm. 14, sobre descanso semanal (industria), 1921, en 1924, comportó la aprobación del Real Decreto-ley de 8 de junio de 1925 sobre el descanso dominical. Sobre los Convenios de la OIT y la normativa española sobre tiempo de trabajo, Vid. SALIDO BANÚS, J.L. y BARCELÓ FERNÁNDEZ, J.: «El tiempo de trabajo: los compromisos asumidos por España por la ratificación de diferentes convenios de la OIT y su cumplimiento por la ley y los convenios colectivos estatutarios», en Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2015, núm. 117 (dedicado a: Derecho social internacional y comunitario), pp. 213-237.

¹¹ La previsión de la LRL sobre el descanso semanal y las fiestas laborales se vería desarrollada por el Real Decreto 860/1976, de 23 de abril, sobre trabajo a turno y el comercio (en el sector del comercio preveía la fracción del descanso semanal), el Real Decreto 1095/1976, de 7 de mayo, sobre régimen de

La LRL dedicó su Sección VIII a las «Jornadas, horarios y descanso laborales»(arts. 23 a 27) e iniciaba su regulación reduciendo la duración máxima de la jornada ordinaria semanal (la situó en 44 horas) y manteniendo la duración máxima de la jornada diaria (en 9 horas –art. 23.1–). Respecto de los descansos, por una parte, amplió el derecho al descanso semanal (dejó de denominarse descanso dominical), un mínimo de un día y medio ininterrumpidos –que, como regla general, comprendería la tarde del sábado o la mañana del lunes y el día completo del domingo (art. 25.1)¹². Por otra parte, estableció el descanso mínimo entre jornadas (descanso nocturno) en doce horas (art. 23.1, párrafo 2.º), y el descanso intra-jornada («descanso del bocadillo») en caso de jornada continuada de, al menos, quince minutos –sin perjuicio de lo dispuesto en las Ordenanzas Laborales o convenios colectivos–, siendo retribuido como de trabajo –excepto los complementos salariales de calidad y cantidad– y computándose como jornada de trabajo a todos los efectos (art. 23.6). Y, por último, estableció un máximo de catorce fiestas laborales –12 de ámbito nacional y 2 locales– de carácter retribuido y no recuperables (art. 25.2).

En cuanto a la ratificación por España de Tratados Internacionales, se debe destacar el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. En su artículo 7 establece que «*Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo, equitativas y satisfactorias, que le aseguren en especial: (...) d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos.*». España lo ratificó el 13 de abril de 1977 y ese artículo 7 serviría para recoger en el futuro texto constitucional los descansos.

En este sentido, la Constitución española de 1978 (CE), partiendo de que «*España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político*» (art. 1.1), recoge dentro de los Principios rectores de la política social y económica (Capítulo Tercero del Título I –De los derechos y deberes fundamentales–) que «*... los poderes públicos ... garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros*

horas extraordinarias en los transportes por carretera y ferrocarril, y el Real Decreto 2279/1976, de 16 de septiembre, sobre jornada y descanso en el trabajo en el mar.

¹² «(...), salvo disposición legal expresa o autorización del Ministerio de Trabajo, previo informe de la Organización Sindical, que permita otro régimen de descanso laboral para determinadas actividades o Empresas concretas, teniendo en cuenta sus necesidades y los intereses de las partes afectadas.»

adecuados.» (art. 40.2). Al tratarse de un principio rector de la política social y económica, su reconocimiento, respeto y protección «informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos», y sólo podrá ser alegado ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con la ley que lo desarrolle (art. 53.3). Y esta ley no fue otra que el ET, según el mandato constitucional previsto en el artículo 35.2 CE.

c) EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES DE 1980

El ET reguló los descansos y los festivos laborales dentro de la sección dedicada al «Tiempo de trabajo»¹³ –a diferencia de las precedentes leyes reguladoras del contrato de trabajo¹⁴–, e iniciaba la regulación del tiempo de trabajo reduciendo la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo semanal respecto de la prevista en la LRL (la situó en 42 horas de trabajo efectivo en jornada continuada y en 43 horas en jornada partida –entendiendo por jornada partida aquella en la que haya un descanso ininterrumpido de una hora como mínimo–, cuando la LRL la había fijado en 44 horas) y manteniendo la misma duración máxima de la jornada diaria que la LRL (9 horas –art. 34.2 ET–)¹⁵.

En cuanto a los descansos, a diferencia de la LRL, el ET no hacía referencia alguna al descanso intra-jornada en caso de jornada continuada¹⁶. En cam-

¹³ Concretamente, la Sección Quinta del Capítulo II (sobre el Contenido del contrato de trabajo) de su Título primero (De la relación individual de trabajo) sobre el «Tiempo de trabajo» incluía la Jornada (art. 34), las Horas extraordinarias (art. 35), el Horario flexible y trabajo a turnos (art. 36), el Descanso semanal, fiestas y permisos (art. 37) y las vacaciones anuales (art. 38). Estructura de la sección y de los preceptos 34 a 38 que se ha mantenido hasta la actualidad. En este Capítulo se omiten las referencias a las horas extraordinarias, horario flexible, trabajo a turnos permisos, reducciones de jornada y vacaciones, ya que integran el contenido de diversos capítulos de esta obra colectiva. En cuanto a la duración y distribución de la jornada, se hacen algunas referencias, pero solo cuando están relacionadas directamente con los descansos y las fiestas laborales.

¹⁴ Leyes de Contrato de Trabajo del Franquismo y de la II República y del Código de Trabajo de la Dictadura de Primo de Rivera.

¹⁵ Se debe tener en cuenta que el ET derogó la LRL y la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, si bien mantuvo en vigor en calidad de normas reglamentarias todas las disposiciones con rango de ley anteriores al ET que regulaban cuestiones relativas a la jornada y cualesquiera otros aspectos y circunstancias de las relaciones laborales individuales no reguladas por el ET, pudiéndose derogar o modificar por el Gobierno. A su vez, mantuvo expresamente vigentes el Decreto de 17 de agosto de 1973 sobre ordenación del salario, el Decreto de 23 de abril de 1976 sobre descanso semanal en las empresas con sistemas de trabajo a turnos y en el comercio, el Decreto de 16 de septiembre de 1976 sobre régimen de jornada y descansos en el trabajo en el mar, y la normativa específica sobre jornada, descansos y movilidad geográfica en el sector transporte –respetándose en todo caso el tiempo máximo anual de trabajo, hasta que el Gobierno aprobase las normas de adecuación del ET a dicho sector en tales materias (Disp. Final 4.^a).

¹⁶ No obstante, como el ET mantuvo expresamente vigente el Decreto de 17 de agosto de 1973 sobre ordenación del salario, la Orden de 23 de noviembre de 1973 para el desarrollo del mismo establecía en su artículo 2 los periodos de descanso computables como de trabajo a los que hacía referencia el artículo 2 del

bio, mantuvo la previsión de la LRL respecto del descanso mínimo entre jornadas (12 horas –art. 34.2 ET–) y del descanso semanal (mínimo de 1 día y medio ininterrumpidos, y que como regla general comprendería la tarde del sábado o la mañana del lunes y el día completo del domingo –artículo 37.1 ET–, sin hacer referencia al carácter retribuido del mismo¹⁷), permitiendo cierta flexibilización por medio de los convenios colectivos en la línea introducida en el artículo 34 ET en materia de jornada de trabajo¹⁸.

Y respecto de las fiestas laborales, mantuvo el mismo número máximo que la LRL (14, de las cuales 2 eran locales) y su carácter retribuido y no recuperables (art. 37.2), si bien introdujo como novedades: cuatro fiestas de ámbito nacional (Natividad del Señor, Año Nuevo y 1 de mayo, como Fiesta del Trabajo) que en cualquier caso debían respetarse; que el Gobierno podría trasladar a los lunes todas las fiestas de ámbito nacional que tuvieran lugar entre semana –salvo las tres señaladas y las que por su arraigo local deban disfrutarse el día de su fecha–; y reconoció a las Comunidades Autónomas la facultad de fijar las fiestas que por tradición les fuesen propias pero dentro del límite anual de catorce días festivos (esto es, que podían utilizar algunas de las ocho

mencionado Decreto a efectos del concepto de salario, entre los que estaba «*Media hora de interrupción de la labor, que será obligatorio conceder al trabajador, siempre y cuando concurren las circunstancias siguientes:*

– *Que la jornada legal de trabajo que está obligado a realizar, sea de ocho horas diarias y cuarenta y ocho semanales.*

– *Que dicha jornada sea continuada, entendiéndose por tal aquella en que no exista, dentro de las expresadas ocho horas, una interrupción intermedia superior a treinta minutos.».*

¹⁷ Aunque el artículo 37.1 ET, de la misma forma que la LRL, no hacía referencia al carácter retribuido del descanso semanal, se podía deducir de una interpretación sistemática con el artículo 26.1 ET al definir el salario («*Se considerará salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los períodos de descanso computables como de trabajo.»*). Además, al mantener el ET la vigencia del Decreto de 17 de agosto de 1973 sobre ordenación del salario, y, por tanto, la Orden de 23 de noviembre de 1973 para el desarrollo del mismo, esta establecía en su artículo 2 los períodos de descanso computables como de trabajo a efectos del artículo 2 del mencionado Decreto, en los que estaba «*El descanso dominical o semanal, y el de los días festivos no recuperables.»*

¹⁸ El artículo 37.1 ET añadía que «*Todo ello sin perjuicio de que por disposición legal, convenio colectivo, contrato de trabajo o permiso expreso de la autoridad competente se regule otro régimen de descenso laboral para actividades concretas.»*, de forma similar a lo previsto en la LRL («*salvo disposición legal expresa o autorización del Ministerio de Trabajo, previo informe de la Organización Sindical, que permita otro régimen de descanso laboral para determinadas actividades o Empresas concretas, teniendo en cuenta sus necesidades y los intereses de las partes afectadas.»*).

En materia de jornada, el ET establecía que «*La duración de la jornada de trabajo será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo»* (art. 34.1) y que con independencia de la jornada máxima semanal fijada, «*en los convenios colectivos podrán regularse jornadas anuales respetando el máximo de horas extraordinarias diarias»* (art. 34.2).

fiestas que fijaba el Gobierno, sin contar las tres señaladas como fiestas nacionales).

Además, el ET preveía que «*El Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo y previa consulta a las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, podrá establecer ampliaciones o limitaciones a la jornada de trabajo*» (art. 34.5), lo que dio lugar a la aprobación del Decreto de jornadas especiales en 1983¹⁹.

d) LAS MODIFICACIONES DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES DE 1980

De la redacción inicial del ET²⁰ hasta la Reforma Laboral de 1994 se produjeron los siguientes cambios y novedades en la regulación de los descansos y fiestas laborales.

En primer lugar, el Real Decreto 2819/1981, de 27 de noviembre (que entró en vigor el 1 de enero de 1982), fijó las fiestas laborales de ámbito nacional con carácter permanente, fruto de la previsión del ET y del Acuerdo de 3 de enero de 1979 entre la Santa Sede y el Estado español²¹, distinguiendo cuatro grupos de festivos: a) de conformidad con el ET; b) de acuerdo con la Conferencia Episcopal; c) Fiesta Nacional y de la Hispanidad y d) que incluía seis festivos, cinco de los cuales de acuerdo con la Conferencia Episcopal²². Además, estableció que el calendario de fiestas laborales de cada año debía comprender las fiestas de los grupos a), b) y c) que no coincidieran

¹⁹ En parecidos términos se recogía en el artículo 23.1 LRL y en las regulaciones precedentes (v. gr. la Ley-Decreto- de Jornada máxima de trabajo de 1931).

²⁰ El texto del ET cumplía con el contenido del artículo 2 de la Carta Social Europea, hecha en Turín de 18 de octubre de 1961, que España ratificó el 29 de abril de 1980, sobre el Derecho a unas condiciones de trabajo equitativas, que establecía que «*Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a unas condiciones de trabajo equitativas, las Partes Contratantes se comprometen:*

1. *A fijar una razonable duración diaria y semanal de las horas de trabajo, reduciendo progresivamente la semana laboral en la medida en que lo permitan el aumento de la productividad y otros factores pertinentes.*

2. *A establecer días festivos pagados.*

3. *A conceder vacaciones anuales pagadas de dos semanas como mínimo.*

4. *A conceder a los trabajadores empleados en determinadas ocupaciones peligrosas o insalubres una reducción de la duración de las horas de trabajo o días de descanso suplementarios pagados.*

5. *A garantizar un reposo semanal que coincida en la posible con el día de la semana reconocido como día de descanso por la tradición y los usos del país o la región.».*

²¹ En virtud del artículo III del Acuerdo de 3 de enero de 1979, entre la Santa Sede y el Estado español (ratificado por instrumento de 4 de diciembre de 1979), que establecía que de común acuerdo se determinarían que otras festividades religiosas, aparte de los domingos, serán reconocidas por el Estado como días festivos. Conferencia Episcopal Española fijó las fiestas.

²² Los cuatro grupos de fiestas de ámbito nacional que serían días inhábiles a efectos laborales eran los siguientes:

en domingo e incluiría hasta completar el máximo de doce festivos las del grupo d) por el orden en que se fijaron. Y, a su vez, concretó la facultad de las Comunidades Autónomas de fijar fiestas que por tradición les fuesen propias, permitiéndoles sustituir hasta tres fiestas del grupo d), bien con carácter permanente o en el calendario de fiestas laborales de cada año²³.

En segundo lugar, la Ley 4/1983, de 29 de junio, de fijación de la jornada máxima legal en cuarenta horas y de las vacaciones anuales mínimas en treinta días (que entró en vigor el 30 de julio de 1983), modificó el artículo 34.2 ET. Por un lado, redujo la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo semanal a cuarenta horas. Y, por otro lado, introdujo el descanso intra-jornada mínimo de quince minutos en caso de jornada continuada, considerándose «*tiempo de trabajo efectivo cuando por acuerdo individual o colectivo entre empresarios y trabajadores, así esté establecido o se establezca*». Además, estableció que el Gobierno debía revisar la normativa sobre jornadas especiales vigente en la fecha de entrada en vigor de esta Ley, ajustándola a la nueva jornada máxima legal, dictando a este respecto las normas procedentes (Disp. Adic.).

En tercer lugar, el Real Decreto 2001/1983, de 28 de julio, sobre regulación de la jornada de trabajo, jornadas especiales y descansos (que entró en vigor el 30 de julio de 1983), cuya finalidad principal era sistematizar en un solo texto la hasta entonces dispersa normativa sobre las denominadas «jornadas especiales»²⁴ (en virtud del artículo 34.5 y de la Disp. Final 4.^a ET y de la Disp. Adic. Ley 4/1983), pero también sirvió de desarrollo reglamentario de diversos aspectos del ET –tras su modificación por la Ley 4/1983– sobre jor-

a) De conformidad con el artículo 37.1 ET (3 festivos): 1 de enero, Año Nuevo; 1 de mayo, Fiesta del Trabajo; y 25 de diciembre, Natividad del Señor.

b) De acuerdo con la Conferencia Episcopal española (4 festivos): 15 de agosto, Asunción de la Virgen; 1 de noviembre, Todos los Santos; 8 de diciembre, Inmaculada Concepción; y Viernes Santo.

c) El 12 de octubre, con el carácter de Fiesta Nacional de España y de la Hispanidad.

d) El Lunes de Pascua de Resurrección (fiesta usual en toda la Europa Comunitaria) y 5 fijadas por la Conferencia Episcopal Española: 6 de enero, Epifanía del Señor; 25 de julio, Santiago Apóstol; 19 de marzo, San José; Corpus Christi; y el 29 de junio, San Pedro y San Pablo (esta última fiesta se substituyó por Jueves Santo, mediante el Real Decreto 3886/1982, de 29 de diciembre).

²³ La STC 96/1982, de 25 de enero (en los conflictos positivos de competencia acumulados 91 y 96//1982), declaró que no se invadían competencias autonómicas.

²⁴ Trató de «*aplicar a estas jornadas especiales el mayor número de aspectos de la normativa laboral común en materia de jornada, a cuyo fin se ha procedido asimismo a desarrollar reglamentariamente los aspectos del Estatuto de los Trabajadores que así lo requerían, salvo aquellos que resultasen manifiestamente incompatibles con las peculiaridades de estos sectores laborales; precisamente para tales peculiaridades se ha optado por simplificar las normas aplicables, dando una línea de tratamiento general, para que sea la negociación colectiva la que llene de contenido la regulación más específica y casuística*» (párrafo 2.º del Preámbulo).

nada, horas extraordinarias y descansos aplicables a la relación laboral común (excluía a las relaciones laborales especiales y al contrato de trabajo a domicilio), derogando toda la normativa reglamentaria anterior en materia de jornadas especiales²⁵, descansos y fiestas laborales²⁶.

Respecto de los descansos, cabe destacar lo siguiente: estableció con carácter general, que el «régimen jurídico de la jornada ordinaria de trabajo en lo referente a duración máxima, ordenación global y descanso» sería el establecido en el artículo 34 ET (art. 4.1, dentro del Título II sobre la Jornada ordinaria), si bien «el régimen de descansos aplicables serán los pactados en Convenios Colectivos o contrato de trabajo, que, en todo caso, respetarán lo establecido con carácter de derecho necesario en las disposiciones legales y reglamentarias» (art. 2, dentro del Título I sobre Disposiciones generales); determinó que el descanso intra-jornada («descanso del bocadillo») no inferior a quince minutos en jornadas continuadas «se ajustará a las modalidades que las partes acuerden» (art. 4.2); mantuvo la misma regulación del descanso semanal, a lo que añadió expresamente su carácter retribuido, (debiendo tenerse en cuenta al determinar los salarios que se comprenda la retribución del descanso, y la ausencia no justificada de horas de trabajo implicaba la pérdida proporcional de tal retribución –artículo 44.2, dentro del Título V sobre Descanso semanal y fiestas–); y permitió la «distribución irregular» de los descansos entre jornadas y semanal en las empresas con actividad laboral por equipos de trabajadores en régimen de turnos, y cuando así lo precisase la organización del trabajo, ya que se podrían «computar por períodos de hasta cuatro semanas» (art. 6, dentro del Título II sobre la Jornada ordinaria).

²⁵ En este Capítulo se omite toda referencia a las ampliaciones y limitaciones de jornada de las actividades y los supuestos incluidos en las jornadas especiales, ya que hay un capítulo de esta obra colectiva específico sobre las mismas.

²⁶ La Disp. Derogatoria incluía expresamente las siguientes normas:

1. La Ley de la Jornada de Dependencia Mercantil de 4 de julio de 1918.
2. Real Orden de 16 de octubre de 1918 sobre Reglamento para la aplicación de la Ley de Jornada de la Dependencia Mercantil.
3. Decreto-ley de 15 de agosto de 1927 sobre descanso nocturno de la mujer trabajadora.
4. Real Decreto de 6 de septiembre de 1927, que desarrolla el Decreto-ley de 15 de agosto de 1927.
5. Ley sobre Jornada Máxima Legal, de 1 de julio de 1931.
6. Ley de Descanso Dominical de 13 de julio de 1940.
7. Decreto de 25 de enero de 1941, sobre Reglamento de Descanso Dominical.
8. Real Decreto 860/1976, de 23 de abril, sobre trabajo a turno y el comercio.
9. Real Decreto 1095/1976, de 7 de mayo, sobre régimen de horas extraordinarias en los transportes por carretera y ferrocarril.
10. Real Decreto 2279/1976, de 16 de septiembre, sobre Jornada y Descanso en el trabajo en el mar.
11. Real Decreto 2819/1981, de 27 de noviembre, que determina las fiestas de ámbito nacional a efectos laborales.

En cuanto a las fiestas laborales, el artículo 45 (dentro del Título V sobre Descanso semanal y fiestas) recogió literalmente el contenido del Real Decreto 2819/1981, de 27 de noviembre, con la modificación introducida por el Real Decreto 3886/1982, de 29 de diciembre, además de lo previsto en el artículo 37.2 ET. Además, el artículo 46 (dentro del Título V) recogía las dos fiestas locales. Pero la novedad respecto del ET es que recogió que en caso de trabajo en día festivo o descanso semanal, la retribución de las horas trabajadas se incrementaba en un 75%, como mínimo, salvo descanso compensatorio (art. 47²⁷, dentro del Título V).

Además, se debe hacer especial mención a que estableció el contenido del calendario laboral de la empresa –el artículo 34.4 ET no hacía referencia alguna al mismo–, que comprendía *«el horario de trabajo y la distribución anual de los días de trabajo, festivos, descansos semanales o entre jornadas y otros días inhábiles, a tenor, todo ello, de la jornada máxima legal o, en su caso, la pactada»* (art. 4.3).

En cuarto lugar, el artículo 45 del RD 2001/1983 se modificó en dos ocasiones: la primera, por el Real Decreto 2403/1985, de 27 de diciembre, que introdujo como fiesta nacional el 6 de diciembre, Día de la Constitución y estableció una reordenación de los cuatro grupos de festivos²⁸. Y la segunda, por el Real Decreto 1346/1989, de 3 de noviembre, para asegurar una especie de calendario permanente, para que todos los años fuesen las mismas las fiestas de carácter laboral de alcance nacional y para garantizar el disfrute del descanso semanal del

²⁷ *«Cuando, excepcionalmente y por razones técnicas u organizativas, no se pudiera disfrutar el día de fiesta correspondiente o, en su caso, de descanso semanal, la Empresa vendrá obligada a abonar al trabajador, además de los salarios correspondientes a la semana, el importe de las horas trabajadas en el día festivo o en el período de descanso semanal, incrementadas en un 75 por 100, como mínimo, salvo descanso compensatorio.»*

²⁸ El listado de las fiestas laborales sería el siguiente:

- a) De carácter cívico:
 - 12 de octubre, Fiesta Nacional de España y de la Hispanidad.
 - 6 de diciembre, Día de la Constitución Española.
- b) De acuerdo con el Estatuto de los Trabajadores:
 - 1 de enero, Año Nuevo.
 - 1 de mayo, Fiesta del Trabajo.
 - 25 de diciembre, Natividad del Señor.
- c) En cumplimiento del artículo III del Acuerdo con la Santa Sede de 3 de enero de 1979:
 - 15 de agosto, Asunción de la Virgen,
 - 1 de noviembre, Todos los Santos.
 - 8 de diciembre, Inmaculada Concepción.
 - Viernes Santo.
- d) En cumplimiento del artículo III del Acuerdo con la Santa Sede de 3 de enero de 1979:
 - Jueves Santo.
 - Corpus Christi.
 - 6 de enero, Epifanía del Señor.
 - 25 de julio, Santiago Apóstol.
 - 19 de marzo. San José.

artículo 37.2 ET, por lo que: se volvió a reordenar el grupo d) de las fiestas laborales²⁹; se estableció trasladar el descanso laboral de las fiestas nacionales al lunes inmediatamente posterior cuando coincidieran en domingo; se dio a las Comunidades Autónomas la opción entre la celebración de la Fiesta de San José o la de Santiago Apóstol y en caso de no ejercerse esta opción antes del 30 de septiembre de cada año, correspondería la celebración de la primera de dichas fiestas; las Comunidades Autónomas también podrían sustituir las fiestas del grupo d) por otras que, por tradición, les fuesen propias; las Comunidades Autónomas también podrían sustituir el descanso del lunes de las fiestas nacionales que coincidan con domingo por la incorporación a la relación de fiestas de la Comunidad Autónoma de otras que les sean tradicionales. Además, el Real Decreto 1346/1989 extendió a las fiestas laborales lo establecido en el Real Decreto 2001/1983 para el descanso semanal en cuanto a régimen retributivo, sistema de descansos alternativos y otras condiciones de disfrute.

Y, en quinto lugar, el Real Decreto-ley 1/1986, de 14 de marzo, de medidas urgentes administrativas, financieras, fiscales y laborales, modificó el ET, por una parte, respecto del calendario laboral de la empresa previsto en el artículo 34.4 ET, ya que estableció que «*Anualmente se elaborará por la Empresa el calendario laboral, debiendo exponerse un ejemplar del mismo en un lugar visible de cada centro de trabajo.*» (art. 8). Y, por otra parte, introdujo un elemento de flexibilidad en la utilización del tiempo del trabajo al permitir que «*en los Convenios Colectivos podrán regularse jornadas anuales respetando el límite*» previsto para la jornada ordinaria diaria de un máximo de nueve

²⁹ El listado de las fiestas laborales sería el siguiente:

- a) De carácter cívico:
 - 12 de octubre, Fiesta Nacional de España y de la Hispanidad.
 - 6 de diciembre, Día de la Constitución Española.
- b) De acuerdo con el Estatuto de los Trabajadores:
 - 1 de enero, Año Nuevo.
 - 1 de mayo, Fiesta del Trabajo.
 - 25 de diciembre, Natividad del Señor.
- c) En cumplimiento del artículo III del Acuerdo con la Santa Sede de 3 de enero de 1979:
 - 15 de agosto, Asunción de la Virgen,
 - 1 de noviembre, Todos los Santos.
 - 8 de diciembre, Inmaculada Concepción.
 - Viernes Santo.
- d) En cumplimiento del artículo III del Acuerdo con la Santa Sede de 3 de enero de 1979:
 - Jueves Santo.
 - 6 de enero, Epifanía del Señor.
 - 19 de marzo. San José o 25 de julio, Santiago Apóstol.

horas ordinarias de trabajo efectivo y del descanso mínimo entre jornadas de 12 horas (art. 9 que modificó el artículo 34.2, párrafo 3.º, ET).

B) **Etapa intermedia. De la Reforma Laboral de 1994 hasta la Reforma laboral de 2019**

La etapa intermedia o segunda fase de la regulación de los descansos, que se sitúa desde la Reforma Laboral de 1994 hasta la Reforma Laboral de 2019, se caracteriza por la flexibilización de la jornada trabajo al introducirse la distribución irregular de la jornada, precisamente mediante la utilización flexible de los descansos de las personas trabajadoras, como un elemento de flexibilidad interna de las empresas.

Esta flexibilización del tiempo de trabajo, al tratarse de una de las principales condiciones de trabajo, venía condicionada por dos elementos: por una parte, por la evolución de la negociación colectiva, en la medida que anticipó medidas de flexibilidad interna en las empresas que la Reforma Laboral de 1994 incorporó (v. gr. la distribución irregular de la jornada)³⁰; y, por otra parte, por la crisis económica tras los grandes eventos del año 1992 (Juegos Olímpicos de Barcelona, Exposición Universal de Sevilla y Madrid como Capital Europea de la Cultura).

Pero antes de abordar la Reforma Laboral de 1994, se debe hacer mención a la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, en la medida que el legislador nacional la tuvo en cuenta.

a) LA DIRECTIVA 93/104/CE SOBRE LA ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO

La Directiva 93/104/CE establecía las disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo³¹, en la medida que se entendió que *«el establecimiento de disposiciones mínimas relativas a la ordenación del tiempo de trabajo puede mejorar las condiciones de trabajo de los trabajadores»*. Así, a efectos de garantizar la salud y la seguridad de los trabajadores, se consideró que deben *«poder disfrutar de períodos mínimos de descanso –diario, semanal*

³⁰ Sobre la negociación colectiva y los descansos y festivos en esta etapa, Vid. LÓPEZ AHUMADA, J. E.: «Las condiciones de descanso en la negociación colectiva: descansos diarios y semanal, días festivos», en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Iustel, Madrid, 2004, núm. 5.

³¹ Se trata de una de tantas Directivas que derivan de la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo (conocida como Directiva Marco sobre seguridad y salud en el trabajo).

y anual— y de períodos de pausa adecuados; que, en este contexto, es conveniente establecer, asimismo, un límite máximo de duración de la semana de trabajo».

En materia de descanso diario —esto es, descanso entre jornadas—, estableció que todos los trabajadores de los Estados miembros debían disfrutar de un período mínimo de descanso de once horas consecutivas en el curso de cada período de veinticuatro horas (art. 3). Respecto del descanso semanal, estableció que todos los trabajadores de los Estados miembros debían disfrutar por cada período de siete días, de un período mínimo de descanso ininterrumpido de veinticuatro horas —que incluía, en principio, el domingo³²—, a las que se añadirán las once horas de descanso diario establecidas en el artículo 3, pero que podría establecerse un período mínimo de descanso de veinticuatro horas cuando se justificase por razones objetivas, técnicas o de organización del trabajo (art. 5). Y en cuanto a las denominadas «Pausas», esto es, descanso intra-jornada, estableció que los trabajadores de los Estados miembros cuyo tiempo de trabajo diario fuese superior a seis horas tuvieran derecho a disfrutar de una pausa de descanso cuyas modalidades y, en especial, la duración y las condiciones de concesión, se determinarían mediante convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales o, en su defecto, mediante la legislación nacional (art. 4).

b) LA REFORMA LABORAL DE 1994

La Ley 11/1994, de 19 de mayo, modificó determinados artículos del ET (además del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social), y entre los afectados estaban los artículos 34 y 37.1 y 2 ET³³.

De estas modificaciones cabe destacar, en cuanto a los descansos y festivos laborales, lo siguiente: por una parte, en la medida que la duración máxima de la jornada ordinaria semanal se sitúa en cuarenta horas de promedio en cómputo anual (art. 34.1 ET) y que se puede establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año mediante convenio colectivo o acuerdo colectivo de empresa, esta distribución irregular solo tiene el límite del respeto de los períodos mínimos de descanso entre jornadas y semanal previstos en el ET (art. 34.2 ET).

³² Se señala en los Considerandos de la Directiva que *«conviene tener en cuenta debidamente la diversidad de factores culturales, étnicos, religiosos y otros en los Estados miembros; que, en particular, corresponde a cada Estado miembro decidir en última instancia si y en qué medida el domingo debe incluirse en el descanso semanal».*

³³ Sobre los cambios introducidos por la Ley 11/1994 en el ET en materia de tiempo de trabajo, *Vid. GARCÍA NINET, J. I.: «La ordenación del tiempo de trabajo», en Tribuna Social, CISS, Valencia, 1994, núm. 43 (julio), pp. 39-53.*

Así, el descanso mínimo entre jornadas se mantiene en las doce horas, que también se utiliza como límite a la posible distribución irregular del tiempo de trabajo diario –que se mantiene en nueve horas– (art. 34.3 ET).

En cuanto al descanso semanal, se mantiene el día y medio ininterrumpido –que, como regla general, comprenderá la tarde del sábado o, en su caso, la mañana del lunes y el día completo del domingo– (que en caso de ser menor de edad son dos días ininterrumpidos), pero se añade como elemento de flexibilidad que puede acumularse por períodos de hasta catorce días (art. 37.1 ET).

Por otra parte, respecto del descanso intra-jornada, se recoge expresamente que, si la duración de la jornada diaria continuada exceda de seis horas, deberá establecerse un período de descanso durante la misma de duración no inferior a quince minutos (que en caso de ser menor de edad el período de descanso tendrá una duración mínima de treinta minutos, y deberá establecerse siempre que la duración de la jornada diaria continuada exceda de cuatro horas y media), considerándose este descanso como tiempo de trabajo efectivo cuando así esté establecido o se establezca por convenio colectivo o contrato de trabajo (art. 34.4 ET).

Y, por lo que hace referencia a las fiestas laborales, se incorpora en el artículo 37.2 ET los contenidos del RD 2001/1983 tras sus modificaciones, además de incorporar como una de las fiestas de ámbito nacional que se deben respetar el 12 de octubre, como Fiesta Nacional de España y la posibilidad de añadir una fiesta más, con carácter de recuperable, al máximo de catorce si alguna Comunidad Autónoma no pudiera establecer una de sus fiestas tradicionales por no coincidir con domingo un suficiente número de fiestas nacionales,

Por último, también se mantiene la facultad reglamentaria del Gobierno para establecer ampliaciones o limitaciones en la ordenación y duración de la jornada de trabajo y de los descansos, para aquellos sectores y trabajos, que por sus peculiaridades así lo requieran (art. 34.7 ET), así como regímenes de descanso alternativos para actividades concretas (art. 37.2 ET). Es decir, poder aprobar un Decreto de jornadas especiales.

c) EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES DE 1995 Y SUS MODIFICACIONES

Tras estas modificaciones, el ET se refundió mediante el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (ET/1995)³⁴, incorporando el contenido de los

³⁴ El ET/1995 derogó, entre otras normas, el ET, la Ley 4/1983, de 29 de junio, de fijación de la jornada máxima legal en cuarenta horas, y de las vacaciones anuales mínimas en treinta días, y

artículos 34 y artículo 37.1 y 2 del ET tras la última modificación realizada por la Ley 11/1994.

Si bien es cierto que el ET/1995³⁵ se modificó en muchas ocasiones, el artículo 37.1 y 2 no se vieron afectados, manteniendo su redacción, a diferencia del artículo 34 que se modificó en cuatro ocasiones con incidencia en el tema de los descansos.

Pero antes de analizar esas modificaciones del ET/1995, se debe recordar la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, que vino a sustituir la Directiva 93/104/CE y que prácticamente calcó su contenido en cuanto a los descansos diario (entre jornadas), semanal y las pausas (descanso intra-jornada).

Concretamente, respecto del descanso diario, también lo fijó en 11 horas consecutivas (art. 3). Sobre el descanso semanal, también lo fijó en un período mínimo de descanso ininterrumpido de 24 horas, a las que se añadirán las 11 horas de descanso diario por cada período de siete días, manteniendo la posibilidad que el período de descanso sea de 24 horas cuando se justifique por razones objetivas, técnicas o de organización del trabajo (art. 5), si bien suprimió la referencia al domingo. Y en cuanto a las denominadas «Pausas», esto es, descanso intra-jornada, prácticamente mantuvo la misma redacción (los trabajadores cuyo tiempo de trabajo diario sea superior a seis horas tengan derecho a disfrutar de una pausa de descanso cuyas modalidades, incluida la duración y las condiciones de concesión, se determinarán mediante convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales o, en su defecto, mediante la legislación nacional –artículo 4–).

Volviendo a las cuatro modificaciones del artículo 34 ET/1995, la primera se introdujo por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (Disp. Adic. 11.ª3), que añadió un nuevo apartado 8 al artículo 34 ET/1995 para introducir el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en relación con la adaptación de la duración y distribución de la jornada de trabajo, remitiéndose a la negociación colectiva o al acuerdo individual, pero siempre respetando los descansos mínimos –aunque no se recogiese expresamente–³⁶.

determinadas partes de la Ley 11/1994, de 19 de mayo.

³⁵ Un análisis exhaustivo de los descansos y las fiestas laborales con la regulación del ET/1995, *Vid. EZQUERRA ESCUDERO, L.: Tiempo de trabajo: duración, ordenación y distribución*, Atelier, Barcelona, 2006, pp. 233 a 313 y 351 a 376.

³⁶ El nuevo apartado 8 del artículo 34 ET/1995 decía: «8. *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*

La segunda se realizó por el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (que introdujo la Reforma Laboral de 2012), que modificó el artículo 34.2 ET/1995 para añadir en materia de distribución irregular de la jornada anual, que *«En defecto de pacto, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el 5 por ciento de la jornada de trabajo»*, pero se mantenía que a efectos de la distribución irregular se debían respetar en todo caso los períodos mínimos de descanso diario y semanal previstos legalmente.

La tercera se produjo por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (esto es, la ley de la Reforma Laboral de 2012), que, por una parte, mantuvo lo establecido por el RD-ley 3/2012 en materia de distribución irregular de la jornada anual (solo añadió que *«el trabajador deberá conocer con un preaviso mínimo de cinco días el día y la hora de la prestación de trabajo resultante de aquella»*). Y, por otra parte, en materia de derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en relación con la adaptación de la duración y distribución de la jornada de trabajo, también mantuvo el texto del apartado 8 del artículo 34 introducido por la LO 3/2007, de 22 de marzo, al que añadió un párrafo según el cual *«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 personal, familiar y laboral de los trabajadores y la mejora de la productividad en las empresas»*.

Y, la cuarta y última, por el Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores, que modificó el artículo 34.2 ET/1995 para añadir un nuevo párrafo en relación con las denominadas «bolsa de horas», aunque no se hacía referencia alguna a los descansos³⁷.

En materia de jornadas especiales, cabe señalar que se aprobó el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo (que entró en vigor el 27 de septiembre de 1995), derogando el RD 2001/1983, de 28 de julio, sobre regulación de la jornada de trabajo, jornadas especiales y descansos.

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 aquella.»

³⁷ *«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.»*

Ahora bien, del RD 1561/1995 de jornadas especiales, que mantuvo prácticamente la misma estructura que el RD 2001/1983, cabe destacar cinco cuestiones³⁸: la primera, que estableció como criterio general que las ampliaciones de jornada, al comportar una reducción de los descansos entre jornadas y semanal previstos en el ET/1995, *«deberán ser compensadas mediante descansos alternativos, de duración no inferior a la reducción experimentada, a disfrutar dentro de los períodos de referencia que en cada caso se señalan, en la forma que se determine mediante acuerdo o pacto.»*, pudiendo los convenios colectivos *«autorizar que, previo acuerdo entre la empresa y el trabajador afectado, la totalidad o parte de los descansos compensatorios debidos por las reducciones contempladas en este Real Decreto para los descansos entre jornadas pueda acumularse para su disfrute conjuntamente con las vacaciones anuales. Del mismo modo se podrán acumular las compensaciones contempladas para el medio día del descanso semanal.»*. No obstante, en los supuestos previstos de *«descanso entre jornadas de duración inferior a diez horas, la posibilidad prevista en el párrafo anterior quedará en todo caso limitada a la acumulación de aquellas horas que resten tras garantizar el disfrute, en los períodos de referencia indicados en cada caso, de un descanso mínimo de diez horas»* (art. 2.1).

La segunda, que el disfrute de los descansos compensatorios previstos en el mismo *«no podrá ser sustituido por compensación económica, salvo en caso de finalización de la relación laboral por causas distintas a las derivadas de la duración del contrato»* (art. 2.2).

La tercera, que la aplicación de los regímenes especiales de jornada previstos en el mismo a los trabajadores con contratos de duración determinada o temporal o a los contratados a tiempo parcial para prestar servicios en trabajos fijos discontinuos, estaría *«condicionada a la posibilidad de disfrute de los descansos compensatorios, dentro de los períodos de referencia establecidos en cada caso, antes de la finalización del contrato o período de actividad»* (art. 2.2, párrafo 2.º).

La cuarta, que en materia de fiestas laborales mantuvo la vigencia de los artículos 45, 46 y 47 del RD 2001/1983, ya que no incluía en su articulado ningún precepto sobre las fiestas laborales. Así, en cuanto a las fiestas laborales de ámbito nacional, a las fiestas locales y al incremento de la retribución del 75% por trabajar en festivo o en descanso semanal, se seguía aplicando el texto del RD 2001/1983, con sus modificaciones ya analizadas.

³⁸ Recuérdese que en este Capítulo no se analizan las jornadas especiales de trabajo al tener un capítulo específico en esta obra colectiva.

Y la quinta, que en materia de calendario laboral de la empresa suprimió toda referencia al su contenido, a diferencia del RD 2001/1983, ya que solo hacía referencia al calendario laboral de empresa en la letra a) de su Disposición Adicional Tercera para reconocer la facultad de los representantes de los trabajadores a «*Ser consultados por el empresario y emitir informe con carácter previo a la elaboración del calendario laboral a que se refiere el apartado 6 del artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores.*»

d) EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES DE 2015 Y SUS MODIFICACIONES

El ET/1995 al modificarse en muchísimas ocasiones, se tuvo que refundir y se realizó mediante el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (ET/2015). El ET/2015, de la misma forma que ocurrió con el ET/1995, se ha modificado en muchas ocasiones, pero en materia de descansos intra-jornadas, entre jornadas y semanal y las fiestas laborales el artículo 37.1 y 2 no se ha visto afectado, y el artículo 34 se ha modificado en dos ocasiones en 2019.

A su vez, en materia de jornadas especiales, el RD 1561/1995 se ha modificado en diversas ocasiones en este periodo, pero han afectado a las ampliaciones y limitaciones de jornada, esto es, a las actividades de las jornadas especiales (que se analizan en su Capítulo específico de esta obra colectiva), manteniéndose la vigencia de los artículos en lo que respecta a las fiestas laborales.

Por tanto, las cuestiones relativas a los descansos y festivos laborales del ET/2015 se han mantenido igual hasta el año 2019.

C) **Etapa actual. De la Reforma Laboral de 2019 hasta nuestros días**

La etapa actual –y de futuro–, que se sitúa a partir de la Reforma Laboral de 2019, se caracteriza por utilizar los descansos de las personas trabajadoras como un elemento más en la nueva ordenación del tiempo de trabajo, que permita compatibilizar los intereses de las personas trabajadoras a efectos de su conciliación laboral y personal-familiar con los intereses legítimos de las empresas ante una nueva realidad en la que predominan nuevas formas de organización del trabajo.

Se está ante una situación en la que el factor tiempo de trabajo (jornada, horarios y descansos) ha adquirido un papel preeminente para las personas trabajadoras y que las organizaciones deben tener muy presente para ser atrac-

tivas y competitivas desde el punto de vista de la gestión de personas a efectos de atraer y fidelizar talento. De esta forma, la gestión del tiempo de trabajo y de descanso se ha convertido –de *facto*– en un elemento tangible y muy valorable por los demandantes de empleo y personas trabajadoras en activo (a veces, más que el elemento retributivo), que las organizaciones incorporan como un factor de responsabilidad social de las empresas.

El Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, modificó el ET/2015 de forma relevante. No obstante, en materia de descansos y festivos laborales la regulación del ET/2015 no sufrió alteración alguna.

De todas formas, cabe destacar que sí modificó el artículo 34.8 ET/2015 respecto del derecho de conciliación de la vida familiar y laboral en relación con las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo. Concretamente, se pasa del «*derecho a adaptar*» –introducido por la LO 3/2007, de 22 de marzo– a que «*Las personas trabajadoras tienen derecho a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia*», que en caso de tener hijos o hijas «*el derecho a efectuar dicha solicitud durará hasta que los hijos o hijas cumplan doce años*». Y, lógicamente, en estas adaptaciones se deben respetar los descansos mínimos intra-jornadas, entre jornadas y semanal.

Además, el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, añadió, por una parte, que esas adaptaciones «*deberán ser razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa*».

Por otra parte, se remitió a la negociación colectiva para la determinación de los términos de su ejercicio, eso sí, acomodándose a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre personas trabajadoras de uno y otro sexo. Pero en caso de falta de previsión en la negociación colectiva, estableció el procedimiento a seguir: la empresa, ante la solicitud de adaptación de jornada, abrirá un proceso de negociación con la persona trabajadora durante un periodo máximo de treinta días; una vez finalizado, la empresa comunicará por escrito su decisión, que puede ser de aceptación de la petición, plantear una propuesta alternativa que posibilite las necesidades de conciliación de la persona trabajadora o manifestar la negativa a su ejercicio (en cuyo caso se indicarán las razones objetivas en las que se sustenta la decisión).

Además, reconoció el derecho de la persona trabajadora a solicitar el regreso a su jornada o modalidad contractual anterior, una vez concluido el periodo acordado o cuando el cambio de las circunstancias así lo justifique, aun cuando no hubiese transcurrido el periodo previsto.

Y, por último, estableció que las discrepancias entre la dirección de la empresa y la persona trabajadora se resolverán por la jurisdicción social a través del procedimiento de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente del artículo 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.

También se debe reseñar que el RD 1561/1995 se ha mantenido prácticamente igual, manteniéndose la vigencia de los artículos 45, 46 y 47 del RD 2001/1983 en lo que respecta a las fiestas laborales³⁹.

Para finalizar, se debe hacer referencia a que la Reforma Laboral de 2021, realizada por el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, que ha modificado de forma sustancial determinadas materias del ET/2015 (v. gr. modalidades de contratos de trabajo), tampoco ha alterado la regulación de los descansos y de los festivos laborales.

2. CONSIDERACIONES SOBRE UNA ADECUADA GESTIÓN DE LOS DESCANSOS Y FESTIVOS LABORALES EN LAS EMPRESAS Y ORGANIZACIONES

Una vez analizada la evolución normativa en materia de descansos –excluidas las vacaciones– y de las fiestas laborales, y ante la regulación actual, se deben plantear las cuestiones que se deben tener presentes para una correcta gestión de las relaciones laborales en las empresas y organizaciones, que permitan cumplir con la normativa –y su interpretación judicial– y, a su vez, permitan combinar de forma adecuada los derechos de seguridad y salud laboral y de conciliación de la vida laboral y familiar-personal de las personas trabajadoras con la organización del trabajo y de las nuevas formas de trabajo.

³⁹ Un análisis del tratamiento de los descansos y de las fiestas laborales con la regulación vigente justo antes de la Reforma Laboral de 2021, *Vid.* GARCÍA NINET, J. I.: «Lección 24. El tiempo de la prestación de trabajo (III)», en *Derecho del Trabajo*, Aranzadi Thomson Reuter, Cizur Menor, 2020, pp. 803 a 811; y GARCÍA NINET, J. I.: «Lección 12. El tiempo de la prestación de trabajo», en *Manual básico de Derecho del Trabajo*, Atelier, Barcelona, 2021, pp. 283 a 328.

En definitiva, realizar una racionalización del tiempo de trabajo, que permita una mejor adaptación a las necesidades de las empresas y de las personas trabajadoras, mediante una ordenación flexible y eficiente del tiempo de trabajo para la mejora de la productividad de las organizaciones y favorecer los intereses colectivos (empleo, empleo estable, reducción de horas extraordinarias) e individuales (conciliación de la vida laboral y familiar-personal) de las personas trabajadoras.

Como cuestión previa, se debe destacar que los descansos y los festivos laborales, en la medida que forman parte de la ordenación del tiempo de trabajo al constituir límites al tiempo de trabajo efectivo, son materias de indudable carácter colectivo en cualquier empresa u organización, por lo que la negociación colectiva, en todas sus manifestaciones (convenios colectivos, acuerdos colectivos de empresa, acuerdos interprofesionales), tiene un papel preeminente, como lo ha venido realizando hasta ahora (v. gr., la distribución irregular de la jornada, la creación de las bolsas de horas o la jornada de cuatro días), pero con concreción en cada empresa u organización⁴⁰.

La primera cuestión que se debe recordar es que el descanso intra-jornada, el descanso entre jornadas (diario), el descanso semanal y los festivos laborales –junto con las vacaciones–, son interrupciones periódicas de la prestación de trabajo, que tienen diversas causas y finalidades.

Por una parte, se tratan de limitaciones al tiempo de trabajo efectivo y, como tales, mejoran las condiciones de trabajo de las personas trabajadoras, por lo que son medidas de seguridad y salud (esto es, de prevención de riesgos laborales)⁴¹.

Por otra parte, y en virtud de lo anterior, se configuran como derechos de las personas trabajadoras⁴². Su regulación tiene el carácter de norma de dere-

⁴⁰ En este sentido se manifestaba el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015, 2016 y 2017 (III AENC) suscrito el 8 de junio de 2015 por CEOE, CEPYME, CC. OO. y UGT (publicado en el BOE de 20 de junio de 2015, mediante Resolución de 15 de junio de 2015, de la Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social). Concretamente, el punto 2 del Capítulo IV (sobre Instrumentos de flexibilidad negociada. Condiciones de trabajo) que tenía la rúbrica «Ordenación del tiempo de trabajo».

⁴¹ Recuérdese las Directivas 93/104/CE y 2003/88/CE. Sobre este aspecto de los descansos, Vid. el Capítulo de esta obra colectiva dedicado a la seguridad y salud en el trabajo.

⁴² En este sentido, cabe señalar que el artículo 31.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece que «*Todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas.*». Artículo 31 que tiene como rúbrica «*Condiciones de trabajo justas y equitativas*», recogiendo en su apartado 1 que «*Todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, seguridad y dignidad.*»

En parecidos términos se recoge en la Carta Social Europea (revisada), hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996, ratificada por España el 29 de abril de 2021 y en vigor en nuestro país desde el 1 de julio de 2021. Con-

cho necesario relativo, esto es, que la previsión legal o convencional se debe respetar siempre al constituir un mínimo, pero que puede ser mejorado por pacto colectivo (convenio colectivo, acuerdo colectivo de empresa) o pacto individual, e incluso por concesión unilateral del empresario o por condición más beneficiosa.

Y, por último, también constituyen medidas de conciliación de la vida laboral y familiar-personal, para que las personas trabajadoras puedan disponer de tiempo para cumplir con sus responsabilidades familiares y también puedan disponer de tiempo de ocio.

La segunda cuestión es tener claros los pronunciamientos judiciales que han interpretado la regulación (comunitaria⁴³ e interna) y los convenios colectivos en materia de descansos y festivos laborales.

Respecto del descanso intra-jornada («descanso del bocadillo» en jornadas continuadas): la vigente redacción del artículo 34.4 ET/2015 establece que *«Siempre que la duración de la jornada diaria continuada exceda de seis horas, deberá establecerse un periodo de descanso durante la misma de duración no inferior a quince minutos. Este periodo de descanso se considerará tiempo de trabajo efectivo cuando así esté establecido o se establezca por convenio colectivo o contrato de trabajo.»*. Y que *«En el caso de los trabajadores menores de dieciocho años, el periodo de descanso tendrá una duración mínima de treinta minutos, y deberá establecerse*

cretamente, su artículo 2, con la rúbrica «Derecho a unas condiciones de trabajo equitativas» establece que *«Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a unas condiciones de trabajo equitativas, las Partes se comprometen:*

1. *A fijar una duración razonable del horario de trabajo, diario y semanal, reduciendo progresivamente la semana laboral en la medida en que lo permitan el aumento de la productividad y otros factores pertinentes;*

2. *A establecer días festivos pagados;*

3. *A conceder vacaciones anuales pagadas de cuatro semanas como mínimo;*

4. *A eliminar los riesgos inherentes a las ocupaciones peligrosas o insalubres y, en los casos en que no haya sido posible eliminar o reducir suficientemente esos riesgos, a asegurar a los trabajadores empleados en dichas ocupaciones, bien una reducción de las horas de trabajo, o bien días de descanso pagados suplementarios;*

5. *A garantizar un reposo semanal que coincida en lo posible con el día de la semana reconocido como día de descanso por la tradición y los usos del país o la región;*

6. *A asegurar que se informe por escrito a los trabajadores lo antes posible, y sin que hayan transcurrido en ningún caso más de dos meses desde el inicio del empleo, de los aspectos esenciales del contrato o de la relación de trabajo;*

7. *A asegurar que los trabajadores que realicen un trabajo nocturno se beneficien de medidas que tengan en cuenta la naturaleza especial de ese trabajo.»*

A su vez, el artículo 151.

⁴³ Sobre la interpretación del TJUE sobre tiempo de trabajo, Vid. MARTÍN RODRÍGUEZ, O.: «Las directrices de la Unión Europea sobre tiempo de trabajo, su interpretación por el Tribunal de Justicia y sus repercusiones en el sistema español», en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2017, núm. 194, pp. 239-278.

siempre que la duración de la jornada diaria continuada exceda de cuatro horas y media».

Pues bien, la interpretación judicial sobre el «descaso del bocadillo» ha considerado que:

– El descanso del bocadillo no se considera como trabajo efectivo por la minoración de la jornada realizada por participación en huelga legal (STSJ PV 16 marzo 2010, rec. 72/2010).

– Se permite que en caso de que el descaso del bocadillo sea de 30 minutos, se compute como tiempo de trabajo 15 minutos y los otros 15 minutos como tiempo de trabajo si así se establece por convenio colectivo o contrato de trabajo (STSJ CVal 5 mayo 2011, rec. 2853/2010).

– Se reconoce el derecho a disfrutar del descanso del bocadillo a la persona trabajadora que presta servicios en régimen de jornada ininterrumpida de 8 horas cuando la empresa le abona una compensación económica cuando no es posible el disfrute del descanso (STSJ Ast 26 junio 2019, rec. 879/2019).

– Dada la finalidad del descaso del bocadillo y el carácter de norma de derecho necesario relativo del artículo 34.4 ET/2015, la imposibilidad de su disfrute por una conducta incumplidora de la empresa constituye un incumplimiento de la misma que produce un daño, el módulo indemnizatorio válido es el salario base (STSJ Cat 15 diciembre 2012, rec. 5074/2011).

– Aunque el artículo 34.4 ET/2015 es una norma de derecho necesario relativo, una interpretación sistemática del RD 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo (que da cumplimiento a la facultad el artículo 34.7 otorga al Gobierno para establecer ampliación en las jornadas de trabajo, así como para regular los descansos en aquellos sectores y trabajos que así lo requieran), permite que por vía convencional sea sustituido el «descanso del bocadillo» de la jornada continuada por indemnización en metálico (doctrina reiterada que recoge la STS 30 abril 2004, rec. 31/2003).

– Si las personas trabajadoras disfrutan del tiempo de descanso del bocadillo como tiempo efectivo de trabajo sin que tal disfrute constituya condición más beneficiosa, la empresa puede adaptar unilateralmente la distribución de la jornada anual para que se hagan las horas de trabajo efectivas establecidas en convenio, sin que deba acudir a los trámites de modificación sustancial de las condiciones de trabajo (STS 13 julio 2017, rcud. 2235/2015)⁴⁴.

⁴⁴ Sobre esta sentencia, *Vid.* SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Vídeo-comentario a la STS 622/2017, de 13 julio. Jornada laboral; si los trabajadores disfrutan del tiempo de descanso para bocadillo como tiempo efectivo de trabajo sin que tal disfrute constituya condición más beneficiosa», en *Aranzadi digital*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2020, núm. 1.

– Si el convenio colectivo no establece que se compute el descanso del bocadillo como tiempo efectivo de trabajo, el calendario laboral que establece su recuperación, al igual que en años anteriores, no genera una modificación sustancial de las condiciones de trabajo (STSJ Cat 27 julio 2021, rec. 1419/2021).

– Se ha permitido fumar durante el descanso del bocadillo fuera del centro de trabajo (STSJ Nav 14 enero 2008, rec. 350/2007), aunque en otros supuestos solo se ha admitido si no se considera como tiempo de trabajo efectivo (STJ Cat 5 junio 2006, rec. 1929/2007).

En cuanto al descanso entre jornadas (descanso diario)» en jornadas continuadas), previsto en el artículo 34.3 ET/2015 (*«Entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente mediarán, como mínimo, doce horas»*) y al descanso semanal del artículo 37.1 ET (*«Los trabajadores tendrán derecho a un descanso mínimo semanal, acumulable por periodos de hasta catorce días, de día y medio ininterrumpido que, como regla general, comprenderá la tarde del sábado o, en su caso, la mañana del lunes y el día completo del domingo. La duración del descanso semanal de los menores de dieciocho años será, como mínimo, de dos días ininterrumpidos. Resultará de aplicación al descanso semanal lo dispuesto en el artículo 34.7 en cuanto a ampliaciones y reducciones, así como para la fijación de regímenes de descanso alternativos para actividades concretas.»*), cabe señalar:

– Los descansos diario y semanal no pueden yuxtaponerse o solaparse, deben disfrutarse de manera diferenciada e independiente el uno del otro (STSJ Cant 16 abril 2021, rec. 184/2021).

– No existe solapamiento del descanso semanal con el descanso diario en caso de acumulación del descanso semanal con respeto en todo caso al descanso diario (STSJ Can 16 diciembre 2020, rec. 853/2020).

– Se entiende cumplido el descanso semanal si entre el fin de la jornada anterior y el comienzo de la siguiente media un descanso ininterrumpido de 48 horas (SAN 19 noviembre 2007).

– En caso de incumplimiento empresarial de la obligación de no yuxtaponer o solapar el descanso diario y el semanal causa daño moral a las personas trabajadoras al no disponer de dicho tiempo no sólo para recuperarse del cansancio y esfuerzo que conlleva todo trabajo, sino también para disfrutar de dicho ocio y poder compatibilizar su vida familiar, laboral y personal, por lo que procede indemnización de daños y perjuicios (STSJ Gal 1 julio 2020, rec. 5642/2019).

– No procede el abono del plus de festivo establecido en convenio colectivo por trabajar en domingo, al no tener la consideración de festivo (STSL Cat 14 enero 2021, rec. 2677/2020).

– Cuando un convenio colectivo equipara los domingos trabajados a los festivos a la hora de aplicar la compensación de los mismos, ya sea económica o en descanso, y posteriormente se cambia el sistema de remuneración producido en los mismos y la empresa empieza a retribuir los domingos trabajados únicamente con el abono de una cantidad económica algo superior a la hora ordinaria pero que nunca se les concede descanso supone una modificación nula e improcedente (STSJ And (Granada) 15 octubre 2020, rec. 651/2020).

– Lo establecido en la Directiva 2003/88/CE en materia de descanso semanal («por cada período de siete días» tendrán derecho los trabajadores, a un período de descanso ininterrumpido de 24 horas), se debe entender que el período de descanso puede concederse en cualquier momento, por cada período de referencia, de siete días; y se permite a los Estados miembros establecer excepciones en los trabajos por turnos, estableciendo un período de referencia más largo y por tanto, no necesariamente debe fijarse el momento en el que debe concederse ese período, o que este deba ser necesariamente el séptimo día (STJUE 9 noviembre 2017, Caso António Fernando Maio Marques da Rosa contra Varzim Sol-Turismo, Jogo e Animação SA)⁴⁵.

– Cuando una persona trabajadora ha celebrado con un mismo empresario varios contratos de trabajo, no es posible que se cumpla la exigencia del artículo 3 de la Directiva 2003/88/CE en materia de descanso entre jornadas (descanso diario) de que cada persona trabajadora disfrute diariamente de al menos once horas de descanso consecutivas, si esos períodos de descanso se examinan por separado para cada contrato de trabajo, por lo que el período mínimo de descanso diario se aplica a tales contratos considerados en su conjunto y no a cada uno de ellos por separado (STJUE 17 marzo 2021, Caso Academia de Studii Economice din București contra Organismul Intermediar pentru Programul Operațional Capital Uman-Ministerul Educației Naționale).

Y sobre los festivos laborales, previstos en el artículo 37.2 ET/2015⁴⁶, en relación con los artículos 45, 46 y 47 del RD 2001/1983, de 28 de julio, sobre

⁴⁵ Sobre esta STJUE, *Vid.* SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Video-comentario a la STJUE, de 9 de noviembre. Disposiciones sociales: Ordenación del tiempo de trabajo (Directiva 2003/88/CE): “descanso semanal”: “por cada período de siete días” tendrán derecho los trabajadores, a un período de descanso ininterrumpido de 24 horas», en *Aranzadi digital*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2020, núm. 1; y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: «El descanso semanal y el momento de su disfrute después de días de trabajo consecutivos. Asunto Maio Marques da Rosa», en *Unión Europea Aranzadi*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2018, núm 5.

⁴⁶ «Las fiestas laborales, que tendrán carácter retribuido y no recuperable, no podrán exceder de catorce al año, de las cuales dos serán locales. En cualquier caso se respetarán como fiestas de ámbito nacional las de la Natividad del Señor, Año Nuevo, 1 de mayo, como Fiesta del Trabajo, y 12 de octubre, como Fiesta Nacional de España.

regulación de la jornada de trabajo, jornadas especiales y descansos, cabe señalar:

– No es válida la retribución del trabajo desarrollado en festivos fijada en convenio colectivo sin descanso compensatorio, ya que está vigente el artículo 47 del RD 2001/1983, que establece un incremento mínimo del 75% sobre el valor de la hora ordinaria, teniendo en cuenta que este precepto al no exigir que se trabaje excepcionalmente en días festivos, es aplicable a las empresas que desarrollen habitualmente su actividad durante todos los días del año (STS 18 diciembre 2020, rec. 62/2019).

– Determinación de la forma de compensación de los descansos no efectuados: a) Festivos trabajados (en actividades planificadas): derecho al percibo salarial del 1,75% de la hora ordinaria, salvo elección del disfrute de descanso compensatorio, a razón también del 1,75% por cada hora trabajada en dichos períodos. b) Descansos semanales trabajados (en actividades planificadas): derecho exclusivo, en este caso, al correspondiente descanso compensatorio, a razón del 1,75% por cada hora trabajada en los reseñados períodos; pero no pudiéndose compensar económicamente, en virtud de la normativa aplicable al efecto, a fin de garantizar la salud de los trabajadores (SAN 23 septiembre 2019).

– Las fiestas locales constituyen un mínimo de derecho necesario e indisponible, sin que puedan alterarse ni por vía individual ni por pacto colectivo ni por acuerdo de la empresa y los trabajadores, no pudiendo sustituirse por las de otra localidad donde residen la mayor parte de los trabajadores (SJS Plasencia (Extremadura) 31 julio 2018).

La tercera cuestión es que, teniendo muy en cuenta las dos anteriores, se pueden adoptar en las empresas –previa negociación colectiva (convenios colectivos, acuerdos colectivos de empresa) o, ante la inexistencia de previsión en convenio colectivo y de representación legal de las personas trabajadoras en la empresa, por decisión del empresario en el uso de sus facultades de organización y dirección propias del poder de dirección que le atribuye el Estatuto de

Respetando las expresadas en el párrafo anterior, el Gobierno podrá trasladar a los lunes todas las fiestas de ámbito nacional que tengan lugar entre semana, siendo, en todo caso, objeto de traslado al lunes inmediatamente posterior el descanso laboral correspondiente a las fiestas que coincidan con domingo.

Las comunidades autónomas, dentro del límite anual de catorce días festivos, podrán señalar aquellas fiestas que por tradición les sean propias, sustituyendo para ello las de ámbito nacional que se determinen reglamentariamente y, en todo caso, las que se trasladen a lunes. Asimismo, podrán hacer uso de la facultad de traslado a lunes prevista en el párrafo anterior.

Si alguna comunidad autónoma no pudiera establecer una de sus fiestas tradicionales por no coincidir con domingo un suficiente número de fiestas nacionales podrá, en el año que así ocurra, añadir una fiesta más, con carácter de recuperable, al máximo de catorce.»)

los Trabajadores (art. 1.2 y 20 ET/2015)– medidas de flexibilidad en la ordenación del tiempo de trabajo, como la distribución irregular de la jornada anual y diaria, la acumulación del descanso semanal o la bolsa de horas, cuando no la propia actividad conlleva la organización del trabajo a turnos e incluso procesos productivos continuos durante las veinticuatro horas del día.

Lógicamente, estas y otras medidas se deben adaptar a las nuevas formas de trabajo, teniendo presente que algunas de las nuevas empresas de la economía digital (v. gr. *startups*) suelen establecer pausas en la prestación laboral y disponen de espacios para el esparcimiento de las personas trabajadoras, debiendo tener en cuenta si esas pausas computan o no como tiempo de trabajo efectivo, de forma similar al descanso intra-jornada (o descanso del bocadillo) o integrándose en este. Y, se debe recordar, que el artículo 89.2 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, estableció que «*En ningún caso se admitirá la instalación de sistemas de grabación de sonidos ni de videovigilancia en lugares destinados al descanso o esparcimiento de los trabajadores o los empleados públicos, tales como vestuarios, aseos, comedores y análogos.*».

En relación con las nuevas formas de trabajo⁴⁷, se señalan dos cuestiones con incidencia directa en los descansos: la desconexión digital y el trabajo a distancia y el teletrabajo⁴⁸.

Respecto de la desconexión digital, el artículo 88 de la LO 3/2018, añadió un nuevo derecho de las personas trabajadoras –y de los empleados públicos– consistente en «*la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar.*».

Para que este derecho sea efectivo, el empleador, previa audiencia de los representantes de los trabajadores, debe elaborar una política interna dirigida a las personas trabajadoras –incluidas las que ocupen puestos directivos–, «*en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática.*». Además, esa política empresarial debe tener presente que las modalidades

⁴⁷ Sobre las nuevas formas de trabajo y su incidencia en el tiempo de trabajo, Vid. GARCÍA MÉNDEZ, I.: «Nuevas formas de trabajo: comentario a diversos estudios de Eurofound y la OIT sobre la flexibilización del trabajo y sus implicaciones en materia de tiempo de trabajo», en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021, núm. Extra 13.

⁴⁸ En relación con las nuevas formas de trabajo derivadas del desarrollo tecnológico y la extensión del teletrabajo, dando lugar a la «jornada de trabajo líquida» y a las «zonas grises», y la desconexión digital y el registro horario y sus efectos en la ordenación del tiempo de trabajo, Vid. MARTÍN RIVERA, L.: «Tendencias recientes en la ordenación del tiempo de trabajo», en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2022, núm. 250, pp. 135-182.

de ejercicio del derecho a la desconexión digital *«atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral, potenciarán el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar y se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores»*.

En cuanto al trabajo a distancia y al teletrabajo, la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, considera que ese tipo de trabajo da lugar a una mayor flexibilidad en la gestión de los tiempos de trabajo y los descansos, pero también reconoce que se deben respetar los tiempos mínimos de descanso.

Así, por una parte, el artículo 13 –sobre Derecho al horario flexible en los términos del acuerdo– establece que *«De conformidad con los términos establecidos en el acuerdo de trabajo a distancia y la negociación colectiva, respetando los tiempos de disponibilidad obligatoria y la normativa sobre tiempo de trabajo y descanso, la persona que desarrolla trabajo a distancia podrá flexibilizar el horario de prestación de servicios establecido»*.

Por otra parte, el artículo 16 señala que en la evaluación de riesgos y planificación de la actividad preventiva *«deberá tenerse en cuenta la distribución de la jornada, los tiempos de disponibilidad y la garantía de los descansos y desconexiones durante la jornada»*.

Y por último, el artículo 18 reconoce expresamente el derecho a la desconexión digital fuera del horario de trabajo de las personas que trabajan a distancia, particularmente en teletrabajo, en los términos previstos en el artículo 88 de la LO 3/2018⁴⁹. Así, el deber empresarial de garantizar la desconexión digital *«conlleva una limitación del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los periodos de descanso, así como el respeto a la duración máxima de la jornada y a cualesquiera límites y precauciones en materia de jornada que dispongan la normativa legal o convencional aplicables»*. Y para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la desconexión en el trabajo a distancia –y teletrabajo– y la organización adecuada de la jornada de forma que sea compatible con la garantía de tiempos de descanso, los convenios o acuerdos colectivos de trabajo podrán establecer los medios y medidas adecuadas.

Para finalizar, se debe señalar que las Leyes 24, 25 y 26 de 1992, de 10 de noviembre, aprobaron los Acuerdos de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Judías de España y la Comisión Islámica de España (respectivamente). En el artículo 12 de cada una de esas leyes se establece la posibi-

⁴⁹ El art. 88 de la LO 3/2018 añadía que *«En particular, se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas»*.

lidad de disfrutar del descanso semanal⁵⁰ y de festividades⁵¹ propias de carácter religioso de cada una de esas confesiones, pero condicionando el disfrute a que medie acuerdo entre las partes.

Ante esas previsiones legales y dada la globalización de la economía, se puede plantear si se está ante las puertas de la «pluriconfesionalidad» y

⁵⁰ El art. 12.1 de la Ley 24/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, establece que «*El descanso laboral semanal, para los fieles de la Unión de Iglesias Adventistas del Séptimo Día y de otras Iglesias evangélicas, pertenecientes a la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, cuyo día de precepto sea el sábado, podrá comprender, siempre que medie acuerdo entre las partes, la tarde del viernes y el día completo del sábado, en sustitución del que establece el artículo 37.1 del Estatuto de los Trabajadores como regla general.*»

El art. 12.1 de la Ley 25/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Judías de España, establece que «*El descanso laboral semanal, para los fieles de Comunidades Israelitas pertenecientes a la FCI, podrá comprender, siempre que medie acuerdo entre las partes, la tarde del viernes y el día completo del sábado, en sustitución del que establece el artículo 37.1 del Estatuto de los Trabajadores como regla general.*»

Y el art. 12.1 de la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España, establece que «*Los miembros de las Comunidades Islámicas pertenecientes a la "Comisión Islámica de España" que lo deseen, podrán solicitar la interrupción de su trabajo los viernes de cada semana, día de rezo colectivo obligatorio y solemne de los musulmanes, desde las trece treinta hasta las dieciséis treinta horas, así como la conclusión de la jornada laboral una hora antes de la puesta del sol, durante el mes de ayuno (Ramadán).*»

En ambos casos, será necesario el previo acuerdo entre las partes. Las horas dejadas de trabajar deberán ser recuperadas sin compensación alguna.»

⁵¹ El art. 12.2 de la Ley 25/1992, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Judías de España, establece que «*Las festividades que a continuación se expresan, que según la Ley y la tradición judías, tienen el carácter de religiosas, podrán sustituir a las establecidas con carácter general por el Estatuto de los Trabajadores, en su artículo 37.2, con el mismo carácter de retribuidas y no recuperables, a petición de las personas a que se refiere el número anterior, y en los términos previstos en el mismo.*

- Año Nuevo (Rosh Hashaná), 1.º y 2.º día.
- Día de Expiación (Yon Kippur).
- Fiesta de las Cabañas (Succoth), 1.º, 2.º, 7.º y 8.º día.
- Pascua (Pesaj), 1.º, 2.º, 7.º y 8.º día.
- Pentecostés (Shavuot), 1.º y 2.º día.».

Y el art. 12.2 de la Ley 26/1992, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España, establece que «*Las festividades y conmemoraciones que a continuación se expresan, que según la Ley Islámica tienen el carácter de religiosas, podrán sustituir, siempre que medie acuerdo entre las partes, a las establecidas con carácter general por el Estatuto de los Trabajadores, en su artículo 37.2, con el mismo carácter de retribuidas y no recuperables, a petición de los fieles de las Comunidades Islámicas pertenecientes a la "Comisión Islámica de España".*

- AL HIYRA, correspondiente al 1.º de Muharram, primer día del Año Nuevo Islámico.
- ACHURA, décimo día de Muharram.
- IDU AL-MAULID, corresponde al 12 de Rabi al Awwal, nacimiento del Profeta.
- AL ISRA WA AL-MI'RAY, corresponde al 27 de Rayab, fecha del Viaje Nocturno y la Ascensión del Profeta.
- IDU AL-FITR, corresponde a los días 1.º, 2.º y 3.º de Shawwal y celebra la culminación del Ayuno de Ramadán.
- IDU AL-ADHA, corresponde a los días 10.º, 11.º y 12.º de Du Al-Hyyah y celebra el sacrificio protagonizado por el Profeta Abraham.».

«multiculturalidad» en materia de descanso semanal y de festivos laborales en las empresas y organizaciones⁵².

3. BIBLIOGRAFÍA

ESPUNY TOMÁS, M.: «El tiempo de trabajo: La ordenación histórica de una conquista laboral», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, Ministerio de Justicia-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1997, núm. 67, pp. 1823-1841.

ESPUNY TOMÁS, M.: «La jornada laboral: perspectiva histórica y valoración jurídica», en *Trabajo: Revista iberoamericana de relaciones laborales*, Universidad de Huelva, Huelva, 2004, núm. 13, pp. 115-144.

EZQUERRA ESCUDERO, L.: *Tiempo de trabajo: duración, ordenación y distribución*, Atelier, Barcelona, 2006, pp. 233 a 313 y 351 a 376.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: «El descanso semanal y el momento de su disfrute después de días de trabajo consecutivos. Asunto Maio Marques da Rosa», en *Unión Europea Aranzadi*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2018, núm. 5.

GARCÍA MÉNDEZ, I.: «Nuevas formas de trabajo: comentario a diversos estudios de Eurofound y la OIT sobre la flexibilización del trabajo y sus implicaciones en materia de tiempo de trabajo», en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021, núm. Extra 13.

GARCÍA NINET, J. I.: «Elementos para el estudio de la evolución histórica del derecho español del trabajo: regulación de la jornada de trabajo de 1855 a 1931 (I parte)», en *Revista de Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1975, núm. 51, pp. 37-132.

— «Elementos para el estudio de la evolución histórica del derecho español del trabajo: regulación de la jornada de trabajo de 1855 a 1931 (II parte)», en *Revista de Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1975, núm. 52, pp. 9-124.

⁵² En esta línea, se puede traer a colación el ATSJCV 148/2022, de 17 mayo 2022, en el que la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo admite como medida cautelar que una aspirante en un concurso-oposición para la provisión de vacantes de facultativo especialista de oftalmología de la Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública de la Generalitat Valenciana pueda realizar la primera prueba del concurso-oposición en horario no coincidente con el sábado religioso de la confesión religiosa que profesa (miembro de la Iglesia Adventista del Séptimo Día). Así, se le reconoce el derecho a presentarse en el lugar de la prueba en el día y la hora del llamamiento general (sábado 28 de mayo de 2022, a las 12 h), pero una vez identificada, se mantendrá incomunicada en una sala hasta que, a la hora oficial de la puesta del sol del sábado en cuestión, pueda comenzar la realización de su examen de igual contenido y duración que el resto de los aspirantes, ya que el sábado religioso para los adventistas comprende desde la puesta de sol del viernes a la del sábado, ya que en caso contrario resultaría contrario al derecho fundamental a la libertad religiosa no buscarse una alternativa para conciliar los derechos en conflicto. Para ello, se apoya en la STS, C-A, 6 julio de 2015, rec. 1851/2014, en las SSTSJ Madrid núm. 134/2022, 9 febrero y núm. 96/2020, 24 enero, rec. 1297/2018 y en las SSTSJ de Castilla y León, núm. 1242/2020, 30 noviembre, rec. 979/2019 y núm. 1019/2020, 15 octubre, rec. 980/2019.

- «Retribución del Descanso dominical y de las vacaciones», en *Estudios sobre la ordenación del salario*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valencia, Valencia, 1976, p. 241.
 - «La ordenación del tiempo de trabajo», en *Tribuna Social*, CISS, Valencia, 1994, núm. 43 (julio), pp. 39-53.
 - «Lección 24. El tiempo de la prestación de trabajo (III)», en *Derecho del Trabajo*, Aranzadi Thomson Reuter, Cizur Menor, 2020, pp. 803 a 811.
 - «Lección 12. El tiempo de la prestación de trabajo», en *Manual básico de Derecho del Trabajo*, Atelier, Barcelona, 2021, pp. 283 a 328.
- LÓPEZ AHUMADA, J. E.: *Evolución normativa de los descansos laborales: primer centenario de la promulgación de la Ley de descanso dominical de 1904*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2004.
- LÓPEZ AHUMADA, J. E.: «Orígenes y formación del derecho al descanso semanal», en *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2003-2004, pp. 58-89.
- «Las condiciones de descanso en la negociación colectiva: descansos diarios y semanal, días festivos», en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Iustel, Madrid, 2004, núm. 5.
- MARTÍN RIVERA, L.: «Tendencias recientes en la ordenación del tiempo de trabajo», en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2022, núm. 250, pp. 135-182.
- MARTÍN RODRÍGUEZ, O.: «Las directrices de la Unión Europea sobre tiempo de trabajo, su interpretación por el Tribunal de Justicia y sus repercusiones en el sistema español», en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2017, núm. 194, pp. 239-278.
- Organización Internacional del Trabajo: «Estudio general relativo a los instrumentos sobre el tiempo de trabajo. Garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro», OIT, Ginebra, 2018, pág. 73.
- SALIDO BANÚS, J.L. y BARCELÓ FERNÁNDEZ, J.: «El tiempo de trabajo: los compromisos asumidos por España por la ratificación de diferentes convenios de la OIT y su cumplimiento por la ley y los convenios colectivos estatutarios», en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2015, núm. 117 (dedicado a: Derecho social internacional y comunitario), pp. 213-237.
- SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Vídeo-comentario a la STS 622/2017, de 13 julio. Jornada laboral; si los trabajadores disfrutan del tiempo de descanso para bocadillo como tiempo efectivo de trabajo sin que tal disfrute constituya condición más beneficiosa.», en *Aranzadi digital*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2020, núm. 1.
- «Vídeo-comentario a la STJUE, de 9 de noviembre. Disposiciones sociales: Ordenación del tiempo de trabajo (Directiva 2003/88/CE): “descanso semanal”: “por cada período de siete días” tendrán derecho los trabajadores, a un período de descanso ininterrumpido de 24 horas», en *Aranzadi digital*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2020, núm. 1.

CAPÍTULO X

LA REORDENACIÓN DE LOS PERMISOS RETRIBUIDOS*

ROCÍO MARTÍN JIMÉNEZ
Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad San Pablo - CEU

1. APROXIMACIÓN AL TEMA, CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

La legislación española¹ recoge una serie de licencias o permisos, en virtud de los cuales la persona trabajadora puede ausentarse de su trabajo durante un período de tiempo en determinadas situaciones, sin que signifique la proporcional pérdida del salario, al ser considerados como permisos retribuidos².

La casuística de estos permisos es múltiple y variada, y la particularidad que todos ellos tienen en común, es que el trabajador queda exonerado de la prestación

* Estudio realizado en el ámbito del proyecto PID2020-112731RB-I00. Ministerio de Ciencia e Innovación.

¹ En los artículos 23.3, 37.3,4,5, 40.6, 53.2, 68 e) 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 (última actualización 19/01/22); y 9.2 Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (última modificación 28 de julio de 2011).

La regulación de los permisos laborales se contenía inicialmente en el artículo 80 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1931, pasando al artículo 67 de la Ley homónima de 1944, posteriormente al artículo 25.3 de la Ley 16/1976, de 8 abril, de Relaciones Laborales, y final y principalmente al artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores, conservada en el vigente texto refundido de 2015.

² Se mantiene la obligación retributiva y de cotización a la SS.

laboral, para atender a las diversas necesidades, recogidas por las normas, ya sean personales, familiares o de carácter social o cívico, previo aviso y justificación.

En cuanto al concepto se consideran permisos retribuidos las autorizaciones para faltar al trabajo, durante el tiempo y por las razones que se prevén en la legislación aplicable, con derecho a remuneración.

De acuerdo con el TS ³«los permisos retribuidos obedecen a situaciones transitorias en las que se encuentra el contrato de trabajo, en las que el trabajador afectado por alguna de las causas previstas legal o convencionalmente, queda liberado de la obligación de la prestación laboral, pero mantiene el derecho a la retribución», además sigue considerando el TS ⁴ que: «... los permisos retribuidos son permisos finalistas, cuyo objeto es atender a las situaciones de necesidad, a la necesidad de conciliar la vida profesional y familiar o al cumplimiento de determinados deberes, que deben disfrutarse en días laborables, con la excepción del permiso por matrimonio...»

El nacimiento de estos derechos se produce cuando ocurre un suceso determinado que imposibilita asistir al trabajo, es por lo que los permisos están unidos al momento en que se produce el hecho, con independencia de si coincide o no con la jornada laboral.

Estas situaciones se regulan en el ET con carácter de mínimos, lo que permite que, a través del contrato individual o convenio colectivo, se añadan otros motivos o, incluso la exigencia de determinados requisitos para su disfrute y control ⁵. Estamos ante una norma de derecho necesario relativo, puesto que es posible que sea mejorada, y en todo caso es de obligada observancia, lo recogido en la misma.

Con respecto a la naturaleza jurídica hay que hacer diversas precisiones:

En primer lugar, estos permisos, no se pueden considerar como tiempo de descanso en la jornada laboral, puesto que su sentido y fin no es que la persona trabajadora pueda o necesite recuperarse de la prestación de sus servicios, sino el disfrute de unos días que son considerados como de trabajo, pero que por imperativo legal se otorgan a la persona trabajadora para atender a determinadas necesidades.

A diferencia de las de las vacaciones, el descanso semanal o los festivos, estos permisos se disfrutan en días que, en principio, sí habrían sido contratados como de trabajo ⁶; los permisos laborales sólo tienen sentido si se proyectan sobre un período

³ STS de 3 de diciembre de 2019; (rec. 141/2018).

⁴ Esta interpretación finalista es la preponderante para el Tribunal Supremo en sentencia de 14 de enero de 2021 (rec. 3962/2018).

⁵ STS 25 de enero de 2011 (rec. 207/2010).

⁶ BASTERRA HERNÁNDEZ, M.: «Los permisos retribuidos del artículo 37.3 del ET: un análisis aplicativo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Navarra, 2017, núm. 195, febrero, p. 3.

de tiempo en el que existe obligación de trabajar⁷, pues en otro caso se anularía su principal efecto de poder «ausentarse del trabajo»⁸.

En segundo lugar, los derechos que se le conceden a la persona trabajadora no tienen carácter periódico (como puede ocurrir con los tiempos de descanso), están sujetos al nacimiento de la contingencia que de acuerdo con la ley hace que surjan.

En tercer lugar, la persona trabajadora mantiene el derecho a la retribución, quedando eximido de la prestación de sus servicios.

Por último y al ser un derecho necesario relativo que puede mejorarse en virtud de contrato o de convenio, cabe la posibilidad de aumentar las duraciones de estos, o añadir situaciones no recogidas por la norma.

2. MATRIMONIO

El Estatuto de los Trabajadores en su art. 37.3 apartado a) reconoce, al trabajador, previo aviso y justificación, el derecho de ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, durante quince días naturales en caso de matrimonio. Configura el legislador un permiso para que la persona trabajadora se ausente de su trabajo, sin que signifique una consecuencia desfavorable para quien ejerce el mismo. Socialmente está muy extendida la conveniencia de un permiso por contraer nupcias, la famosa «luna de miel», pero en realidad esta causa de interrupción de la prestación laboral no está relacionada con la necesidad o el deber de realizar algo, de forma obligada durante la relación laboral⁹, sino que «de hecho sería legítimo afirmar que se está más bien ante período de naturaleza vacacional que ante permiso verdadero»¹⁰.

El hecho objetivo que da derecho al nacimiento de este permiso tal y como señala el ET, es el matrimonio. Es el Código Civil, en los artículos 44 a 65, el que define el matrimonio, como el derecho que tienen el hombre y la mujer a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo. Con respecto a la forma será válida la civil

⁷ Las circunstancias que justifican la concesión de los permisos retribuidos deben de producirse durante un período de trabajo, en este sentido la STJUE (Gran Sala) de 4 junio de 2020 (C-588/18 FETICO) que sostiene que «en la medida en que únicamente tienen por objeto permitir a los trabajadores ausentarse del trabajo para atender a ciertas necesidades u obligaciones determinadas que requieren de su asistencia personal, los permisos retribuidos están indisolublemente ligados al tiempo de trabajo como tal, de modo que los trabajadores no pueden reclamarlos en períodos de descanso semanal o de vacaciones anuales retribuidas».

⁸ STS 11 de marzo de 2020 (rec. 193/2018).

⁹ En este sentido el TS considera que «los permisos retribuidos son permisos finalistas, cuyo objeto es atender a las situaciones de necesidad» 14 de enero 2021. (rec. 3962/2018)

¹⁰ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: «¿Debe extenderse el permiso por matrimonio a las parejas de hecho? STS-SOC núm. 717/2019, de 22 de octubre», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, Madrid, número 8/2019.

o religiosa siempre que se hayan observado los requisitos que marca el artículo 49 y concordantes del Código Civil.

El elemento subjetivo de este permiso son las personas trabajadoras que van a contraer matrimonio, siendo pues el acto de la unión matrimonial, la circunstancia que activa este derecho, sin que se pueden equiparar a este efecto, otras situaciones en las que exista una convivencia marital (tesis mantenida no solo por la legislación también por la jurisprudencia^{11 12}).

Aun así, cabe preguntarse si esa diferencia de trato establecida por la ley y secundada por los tribunales, significaría una discriminación para aquellos trabajadores que prefieren otras opciones, discriminando así, a cuantos eligen otros modelos, invocándose al efecto la genérica protección constitucional en favor de la familia¹³ y el principio de no discriminación.

A este respecto el TC¹⁴ ha reiterado en múltiples ocasiones que no son «incompatibles con el artículo 39.1 CE, ni tampoco con el principio de igualdad, las medidas de los poderes públicos que otorgan un trato distinto y más favorable a la unión familiar que a otras unidades convivenciales» y que, «siendo el derecho a contraer matrimonio un derecho constitucional, cabe concluir que el legislador puede, en principio, establecer diferencias de tratamiento entre la unión matrimonial y la puramente fáctica».

Pese a esto, es perfectamente posible que en los convenios colectivos se equiparen al matrimonio y para el disfrute de este permiso, los supuestos en que las personas trabajadoras constituyesen parejas de hechos o nuevos modelos de convivencia familiar continuada y de género, que sean distintos de las uniones matrimoniales.

Una reciente sentencia del TS¹⁵ resuelve en casación sobre una interpretación extensiva del III Convenio Colectivo Correos¹⁶, confirmando el criterio que acogió

¹¹ STS número 3544/2012 (ECLI: ES: TS:2012:3544).

¹² La norma continúa, a día de hoy refiriéndose en exclusiva al acto del matrimonio, sin incluir las ceremonias o actos administrativos de constitución o formalización de una pareja de hecho, salvo mejor régimen convencional, esto es, que el convenio colectivo aplicable así lo prevea, como establece la STS núm. 717/2019, de 22 octubre (rec. 78/2018).

En este sentido los video comentarios, SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Video-comentario a la STS núm. 717/2019 de 22 de octubre. Permiso por matrimonio en el convenio de Correos», *Aranzadi digital*, núm. 1/2020. BIB 2020\8848; y «Video-comentario a la STS 717/2019, de 22 de octubre (RJ 2019, 4625). Permiso por matrimonio. Uniones de hecho», *Aranzadi digital*, núm. 1/2020. BIB 2020\10288.

¹³ Recogida en el art. 39 de la CE que se refiere a la familia y no al matrimonio.

¹⁴ Sentencia número 184/1990, de 15 de noviembre. Cuestión de inconstitucionalidad 1.419/1988. STC número 3171991 de 14 de febrero; STC número 29/1992 de 9 de marzo.

¹⁵ STS-SOC 22 de octubre de 2019 (rec. 717/2019).

¹⁶ El Sindicato Federal de Correos y Telégrafos de la Confederación General del Trabajo (CGT) es quien suscita un conflicto colectivo activando la pretensión interpretativa del artículo 58.a) del III Convenio Colectivo de Correos consistente en la equiparación de derechos para disfrutar del permiso retribuido establecido en ese artículo entre las trabajadoras y los trabajadores que constituyan parejas de hechos o los nuevos modelos de convivencia familiar continuada y de género, distintos de las uniones matrimoniales.

la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, al interpretar el artículo 58.a)¹⁷ de este convenio, que rechaza la pretensión sindical de equiparar matrimonio y otras uniones familiares (como parejas de hecho), señalando que: a) el convenio es taxativo en la regulación del supuesto. b) la jurisprudencia constitucional¹⁸ admite las diferencias entre el matrimonio y la pareja de hecho. c) la jurisprudencia legitima que el permiso por matrimonio no se extienda a los supuestos de parejas de hecho.

Por otro lado, y volviendo a la causalidad cabe preguntarse si el hecho causante es la boda, surge la duda sobre si la persona trabajadora tiene derecho al permiso cada vez que contraiga matrimonio; esto es ¿cuántas veces tienen derecho a disfrutar el permiso (ya se casase con la misma u otra persona)?; la respuesta es clara, la finalidad del permiso está directamente relacionado con la celebración de la boda, por lo que, cada una de ellas da derecho a los 15 días de ausencia.

Otra cuestión objeto de estudio, es la duración del mismo establecido por ley en 15 días, que el propio art. 37.3 determina como «naturales».

Por días naturales entendemos todos los días del año (de lunes a domingo), con independencia de que sea festivo, fin de semana o laborable; de forma que a los efectos del permiso por matrimonio se absorberán los festivos y los descansos semanales que quedasen dentro de ese periodo.

El 13 de febrero de 2018 el Tribunal Supremo emitió una sentencia¹⁹, que resolvía sobre un recurso de casación ordinario frente a la sentencia de la Audiencia Nacional²⁰ de 13 de julio. El objeto de ambas resoluciones era determinar cuál era el *dies a quo* de los permisos retribuidos por matrimonio, nacimiento de hijo y fallecimiento de familiar, reconocidos en el artículo 28.1²¹ del Convenio Colectivo Estatal de Contact Center (Contact Center), en caso de que

¹⁷ Artículo 58. Permisos retribuidos. El personal de la empresa, previa justificación adecuada, tendrá derecho a solicitar permisos retribuidos por los tiempos y causas siguientes: a) Quince días naturales en caso de matrimonio, que se iniciará a solicitud del trabajador/a afectado, en el periodo comprendido entre los cinco días anteriores a la fecha de la boda o íntegramente después de ésta, a no ser que coincida con algún periodo vacacional, en cuyo caso se disfrutará seguido de aquél.»

¹⁸ Este trato desigual, ha sido avalado por el Tribunal Constitucional en múltiples ocasiones (entre otras, Auto TC 8/2019 de 12 de febrero) en las que ha declarado que no deviene inconstitucional dado que la unión de hecho no es una realidad equivalente al matrimonio, pudiendo legislador extraer consecuencias jurídicas distintas de realidades distintas.

¹⁹ Rec. 145/2018.

²⁰ Rec. 12472016.

²¹ El artículo 28.1 del Contact Center establece: «1. Los trabajadores, previo aviso y justificación, podrán ausentarse del trabajo, con derecho a retribución, y desde que ocurra el hecho causante, por alguno de los motivos y por el tiempo siguiente: a) Quince días naturales en caso de matrimonio. b) Tres días en caso de nacimiento de un hijo. c) (...) d) Cuatro días en caso de fallecimiento de cónyuge, padres, padres políticos, hijos y hermanos y dos días en caso de fallecimiento de pariente hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad y hermanos políticos».

el hecho causante de dichos permisos aconteciese en día festivo, ya que ninguno de estos permisos es por días laborables.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación frente a sentencia de la AN²² y determina que «si el día en que se produce el hecho que justifica el permiso no es laborable es claro que no se inicia el permiso por matrimonio, nacimiento de hijo o fallecimiento de familiar hasta el primer día laborable que le siga». Realiza el Alto Tribunal una interpretación finalista, literal, lógico-sistemática y sociológica del precepto del convenio.

Con posterioridad a esta sentencia llegan a la Audiencia Nacional²³ varias demandas solicitando la interpretación de los correspondientes artículos de permisos retribuidos de acuerdo con dicha doctrina. La Audiencia matiza la sentencia del TS y su posición queda fijada de la siguiente forma:

²² Sentencia de 13 de julio de 2016 (rec. 183/2016).

²³ La Audiencia Nacional emite el auto núm. 57/2018 el 3 de septiembre de 2018 planteando una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). En dicho auto, la Audiencia Nacional se cuestiona la compatibilidad del artículo 37.3 del Estatuto de los Trabajadores con los artículos 5 y 7 de la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, a los descansos semanales y a las vacaciones anuales. O lo que es lo mismo, si es posible disfrutar simultáneamente de un permiso retribuido y del derecho al descanso y/o a las vacaciones anuales.

Se ha dictado sentencia por la Gran Sala en fecha de 4 de junio de 2020. En ella se establece que los días de permiso retribuido previstos en el Ordenamiento Español para que los trabajadores puedan atender a necesidades u obligaciones determinadas no forman parte de la Directiva 2003/88, sino del ejercicio por un Estado miembro de sus competencias propias. El TJUE afirma rotundamente que, dada la finalidad y objeto de estos permisos retribuidos, los mismos están indisociablemente ligados al tiempo de trabajo como tal, de modo que los trabajadores no pueden reclamarlos en períodos de descanso semanal o de vacaciones anuales retribuidas, y que ello no merma la seguridad y salud de los empleados, que son los principios rectores de la ordenación del tiempo de trabajo en el Derecho Social Europeo. Por lo tanto, estos permisos retribuidos españoles no son subsumibles en la jurisprudencia europea dictada en caso de concurrencia de bajas médicas o de maternidad y vacaciones, en la que no se admite el solapamiento, doctrina que ya fue integrada en nuestro ordenamiento interno hace años.

En este sentido, en las conclusiones emitidas por el Abogado General de la cuestión prejudicial, se pone de relieve que las vacaciones anuales previstas en el Derecho de la Unión tienen una naturaleza distinta y persiguen finalidades diversas a los permisos, puesto que éstos se conceden para que el trabajador pueda atender, si así lo desea, situaciones de su vida privada o pública que tienen lugar durante el tiempo de trabajo; además, no merman la capacidad para trabajar del empleado —a diferencia de la incapacidad temporal— y, finalmente, su disfrute es voluntario, lo que no sucede en caso de baja médica o de suspensión del contrato por cuidado del recién nacido. A mayor abundamiento, los permisos retribuidos no se vinculan al derecho al descanso, que está garantizado en nuestra normativa interna por encima del Derecho Europeo tanto anual como semanalmente, sino a la necesidad ocasionada por circunstancias personales que provocan su posibilidad de disfrute como ausencia justificada y retribuida en tiempo de trabajo en caso de que esta acontezca cuando el trabajador viene obligado a prestar servicios profesionales; dado que si tal necesidad particular tiene lugar durante su tiempo de descanso, el empleado puede atenderla personalmente, si así lo considera, sin necesidad de faltar al trabajo y sin que, por ende, se ocasione el presupuesto básico para que tenga lugar el permiso retribuido, que es la superposición de tiempo de trabajo y situación personal que origina la licencia retribuida.

a) el permiso por matrimonio por «días naturales», en tanto que permiso largo, debe iniciarse el día del hecho causante y su cómputo debe incluir días laborales y festivos.

b) los permisos cortos por «días», son permisos por días laborales y, por tanto, tanto su inicio como su cómputo debe realizarse en días hábiles.

Las últimas sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo dictadas al respecto²⁴, en relación al día inicial del disfrute del permiso por matrimonio –único que está expresado en días naturales–, determinan que, en caso de que la ceremonia nupcial tenga lugar en día festivo o no laborable para el trabajador, el día inicial del permiso será el siguiente laborable a su celebración, ratificando así la doctrina establecida por la STS de 13 de febrero de 2018²⁵ relativa a otros permisos regulados sobre vida personal y familiar.

Y así, en términos prácticos, y atendiendo a la jurisprudencia del TS, de celebrarse la ceremonia del matrimonio en día festivo, se mantienen quince días de permiso además del propio de la ceremonia, mientras que, si se celebrare en día laborable, se habría de computar desde este mismo día el período de quince, porque, en caso contrario, el periodo total sería de dieciséis días, y la finalidad buscada por la ley es que en todo caso los beneficiarios del derecho disfruten de quince días de permiso retribuido, ni uno más ni uno menos²⁶.

Señalar como conclusiones dos, ante este tema de tan constante actualidad:

a) por un lado, la necesidad de legislar en esta materia los supuestos de parejas de hecho^{27 28}.

²⁴ STS 229/2020, 11 de marzo de 2020 (rec. 192/2018); STS 1181/2020 17 de marzo de 2020 (rec. 193/2018).

²⁵ Rec. 266/2016.

²⁶ Entiende PEÑA MONZO, J.: «Que esta interpretación debe limitarse a aquellos convenios colectivos que únicamente respeten los 15 días naturales del artículo 37.1.a) ET. Por ende, si se mejora convencionalmente dicha regulación, el cómputo debe iniciarse desde el hecho causante.» En «El inicio y cómputo de los permisos retribuidos Comentario a la STS 145/2018 de 13 de febrero y las reacciones generadas en la Audiencia Nacional» IUS Labor 1/2019, p. 350. <https://doi.org/10.31009/IUSLabor.2019.i01.11> [Consulta: 22-01-2022].

²⁷ El Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, modifica los aptdos. 3 b), 4, 5 y primer apdo. del 7 del artículo 37 del ET, modificación en la que se suprimió el permiso por nacimiento de hijo, pero no se aprovechó para especificar si los días de tal precepto eran naturales o laborables, si bien tal polémica en ese momento ya estaba en pleno auge, y de momento continúa.

²⁸ En este sentido muy interesante el artículo de BLASCO JOVER, C.: «La necesidad de adaptar ciertos derechos personales y familiares a parejas de hecho y núcleos monoparentales», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, Madrid, 451, 109-148. 2020.

b) por otro lado, queda pendiente si el cómputo de los días subsiguientes ha de ser bien en días naturales, o bien en días laborables; así como si se absorben o no los permisos retribuidos en los supuestos de concurrencia de los días de disfrute de estos con los días de descanso semanal o de vacaciones anuales.

3. INFORTUNIO FAMILIAR

Reconoce el art. 37.3 b) en su nueva redacción²⁹ el permiso retribuido de dos días por fallecimiento, accidente o enfermedad grave, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de parientes hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad; ampliables a cuatro, cuando el trabajador necesite hacer un desplazamiento efectivo³⁰.

Otorga la ley, una licencia a los trabajadores para poder compatibilizar las obligaciones laborales con los deberes familiares de asistencia y compañía³¹ que se derivan de las situaciones establecidas por ella, cuando se cumplan dos requisitos: el primero de ellos es de origen causal, esto es que coincida con alguna de los casos de infortunios que establece la norma y el segundo que exista una relación de parentesco entre ambos, la norma determina «parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad»(se extiende el ámbito subjetivo a los parientes que se consideran dentro del círculo más cercano del trabajador).

Vuelve la redacción del artículo 37.3 a plantear dudas³², sobre la marginación de los familiares por adopción³³ y de la omisión del cónyuge en el ámbito de inclusión del precepto. Como bien reconoce parte de la doctrina «parece ilógico que pueda denegársele este permiso por accidente, enferme-

²⁹ Con efectos de 8 de marzo de 2019 el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, modifica el Artículo 37.3.b) del ET que elimina el permiso de dos días por nacimiento de hijo.

Pese a la falta de una previsión legal sobre permiso por nacimiento no significa, como la doctrina judicial establece de forma reiterada, que a través de la negociación colectiva se mejore la regulación legal de los permisos retribuidos, y se añadan circunstancias no recogidas legalmente.

³⁰ Este modelo está recogido en el Estatuto Básico del Empleado Público y por la mayoría de los convenios colectivos. Y además enraíza con la Directiva 2010/18/UE de 8 de marzo que aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, y cuya cláusula 7, apartado 1 dispone que « los Estados miembros o los interlocutores sociales adoptarán las medidas necesarias para autorizar a los trabajadores a ausentarse del trabajo, conforme a la legislación, los convenios colectivos o los usos nacionales, por motivos de fuerza mayor vinculados a asuntos familiares urgentes en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia inmediata del trabajador».

³¹ SAN de 2 de febrero de 2015 (proc. 200/2015).

³² Muchas de ellas resueltas en los Convenios colectivos, con respecto a cónyuges, o hijos/as adoptados, o parejas de hecho.

³³ A nuestro juicio injustificado y contrario a los arts. 108 Cígo Civil y 14 CE.

dad, hospitalización, intervención quirúrgica o fallecimiento, máxime cuando es este el que otorga la protección a los familiares por afinidad. Por ello, no estaría de más, a fin de evitar hipotéticas controversias futuras, que se impusiera una reforma legislativa al respecto»³⁴.

Con respecto a las parejas de hecho y al igual que en otros derechos vinculados a la conciliación de la vida familiar y laboral, en el ánimo del legislador está la de excluir este derecho a las uniones no matrimoniales³⁵.

Se ha considerado por parte de la doctrina laboralista un ataque frontal al artículo 14 de la CE, pero la Audiencia Nacional en sentencia de 15 de febrero de 2021, considera que no vulnera el principio de igualdad denegar el permiso retribuido recogido en el convenio colectivo³⁶ para el caso de fallecimiento, enfermedad o accidente grave de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad cuando el sujeto causante es familiar de la pareja de hecho. El matrimonio y la pareja de hecho son realidades jurídicas distintas, lo que justifica un trato jurídico desigual³⁷. Sobre la interpretación de la expresión «parientes por afinidad» que emplea el convenio colectivo para referirse a las personas causantes del permiso retribuido por fallecimiento, enfermedad o accidente grave de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Considera la AN que la norma es clara al no equiparar a los parientes del cónyuge con los parientes de la pareja de hecho puesto que, según la RAE, «parientes por afinidad» es el «parentesco que, por el matrimonio, se establece entre cada cónyuge y los parientes del otro». Si se hubiera querido incluir a los parientes de las parejas de hecho se tenía que haber recogido expresamente. Esta interpretación en modo alguno vul-

³⁴ BLASCO JOVER, C.: «La necesidad de adaptar ciertos derechos personales...», *op. cit.*, p. 123. De la misma opinión SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: «Las interrupciones de la prestación laboral», p. 1269, en SEMPERE NAVARRO, A. AV(dir), «Régimen general del contrato de trabajo», Vol. I, Aranzadi, 2010. Navarra.

³⁵ En opinión de BLASCO JOVER, C.: «Este permiso debe hacerse extensible tanto a las parejas de hecho constituidas formalmente como a las que no lo estén. A las primeras, incluso, sin exigírseles que acrediten una convivencia estable, notoria e ininterrumpida antes del hecho causante, porque si nada de ello se requiere para el resto de los parientes, sería exagerado, a mi modo de ver, requerírsele a las parejas de hecho que ya hubiesen oficializado su unión. Por un motivo similar, no creo que pueda exigirse que tal formalización deba haber sido realizada con una antelación mínima al hecho causante, bastando, pues, como en el caso del matrimonio, con que se constate la correspondiente inscripción o formalización en documento público para que uno u otro elemento puedan erigirse como hecho constitutivo de la realidad y seriedad, en el plano jurídico, de la pareja. Requerir, además de ello, la verificación de que las personas convivientes hayan formalizado su unión con cierto lapso temporal de antelación al hecho causante no vendría a ser más, en mi opinión, que una exigencia probatoria duplicada sobre un mismo extremo, la existencia de la pareja de hecho.»

En «La necesidad de adaptar ciertos derechos personales.», *op. cit.*, p. 125.

³⁶ Convenio colectivo del grupo de empresas Día, S. A., y Twins Alimentación, S. A.,

³⁷ Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de febrero de 2021 (rec. 356/2021).

nera el principio de igualdad, ni puede merecer reproche legal alguno puesto que tampoco la regulación legal del permiso equipara al cónyuge con la pareja de hecho (ET art. 37.3.b). Por otro lado, es criterio constante del TCo el considerar que el matrimonio es una institución constitucionalmente protegida mientras que las uniones de hecho no. Por lo tanto, no son instituciones equivalentes.

Ante esto, sin duda, existen razones y argumentos para respaldar la necesidad de una reforma normativa del ámbito subjetivo de este precepto³⁸.

Termina el artículo 37.3 b) del ET estableciendo que en aquellos casos en los que sea necesario desplazamiento, la norma permite la ampliación a cuatro días. Se hace necesario determinar, si cualquier desplazamiento da derecho a la ampliación de la licencia retribuida, con independencia de cuales sean las circunstancias del trayecto. Si tenemos en cuenta el fin de la licencia, que es atender situaciones familiares, la duración de la misma depende de las circunstancias de todo tipo del desplazamiento como pueden ser la distancia entre poblaciones, los medios de transporte, la facilidad para el viaje, o la duración del mismo,... ya que no puede ser igual vivir en una localidad que tiene una buena red de carreteras, un buen transporte público con variados horarios y medios (metro, tren, avión, autobús), que vivir en un lugar con malas comunicaciones. «Es por ello, que se entiende que cualquier viaje a otra localidad no genera el derecho a una licencia de cuatro días, sino que para esa ampliación habrá de tenerse en cuenta la distancia entre los municipios, los medios de transporte existentes entre ellos, el tiempo que se tarda de un lugar a otro y otras circunstancias que permiten discriminar positivamente a quien tiene que realizar una travesía más larga y complicada. La ley no quiere beneficiar a quienes residen en grandes áreas metropolitanas, tienen fácil transporte y frecuentemente trabajan en un municipio distinto al de su residencia, donde se desplazan a diario en poco tiempo y tienen parientes en localidades cercanas con fácil y rápida comunicación, sino a quienes por motivos familiares deben realizar largos (en tiempo y distancia) y costosos recorridos que no es frecuente hacer a diario, ni semanalmente, para atender a un familiar. Otra solución supondría conceder más beneficios a quien vive en municipio próximo con buenas comunicaciones que le permiten un viaje corto y económico, objeto que no es el que persigue la norma»³⁹.

³⁸ Entre tanto la negociación colectiva corrige en muchas ocasiones esta carencia integrando en el radio de acción de este derecho a las parejas de hecho y, por irradiación, a los familiares de ésta.

³⁹ STS 4476/2012, de 4 /junio (ECLI: ES: TS:2012:4476).

El TS ⁴⁰ considera que a través de la negociación colectiva se pueden elegir otros criterios como pueden ser administrativos (provincial, Comunidad Autónoma), geográficos (kilómetros en línea recta o por carretera convencional), cronológicos (tiempo estimando en transporte público o privado) o funcionales (necesidad de pernocta o de almuerzo) a la hora de considerar el desplazamiento. Este es el caso que se resuelve en la interpretación del convenio colectivo Sociedad Estatal Correos y Telégrafos S. A., cuyo texto recoge «la ampliación de dos a cuatro días hábiles si para ello resulta preciso hacer un desplazamiento a otra localidad ⁴¹», cuando las dos localidades de residencia pertenecen a dos términos municipales diferentes, pero próximos entre sí. Para el TS estamos ante un supuesto en que la norma se refiere al desplazamiento a otra localidad, sin adicionar dato alguno por lo que tampoco lo debe hacer el juzgador, «cuando no se deja abierto el concepto, sino que se cierra y se habla de desplazamiento entre localidades, las posibilidades interpretativas de referencia decaen».

En este supuesto, la redacción del convenio colectivo se ha separado de la que establece el ET con la finalidad de aportar algo nuevo, y siguiendo el esquema de fuentes ⁴² los convenios colectivos pueden mejorar los derechos legalmente reconocidos. El artículo 58 del mencionado convenio «separándose de la incorporada por el ET, ha de comportar un significado útil: que basta el cambio de término municipal (desde el domicilio de residencia habitual al del lugar en que se encuentra el familiar) para que surja el derecho a permiso ampliado» ⁴³.

A) Fallecimiento

El hecho causante del permiso es la defunción del familiar de la persona trabajadora, considerando que éste hecho y las consecuencias que de él derivan ya sean psicológicas, sociales e incluso burocráticas, requiere de unos días de asueto para asimilar la pérdida y participar en determinados actos tanto sociales como administrativos ⁴⁴.

⁴⁰ STS, Sala de lo Social, de 17 de noviembre de 2021 (rec. 3105/2020).

⁴¹ Artículo 58 b) III Convenio Colectivo Sociedad Estatal Correos y Telégrafos SA.

⁴² Artículo 3 y 85 ET.

⁴³ STS Sala de lo Social, de 17 de noviembre de 2021 (re. 3105/2020).

⁴⁴ Quedan incluidos en este supuesto tanto el entierro como la incineración del fallecido, ya que están ineludiblemente unidos al hecho de la muerte por una relación causal.

Quizás, y en aras de un cumplimiento más satisfactorio de la finalidad de la norma sería necesaria una mayor precisión si, en función de las circunstancias concurrentes, se permitiese al trabajador determinar las fechas concretas de disfrute del permiso; de manera que pudiese hacerlas coincidir bien con el momento exacto de la muerte o, en cambio, con la fecha programada para el sepelio. No obstante, se considera que, a falta de acuerdo o desarrollo convencional sobre este particular, el disfrute del permiso habrá de ajustarse con exactitud a la fecha de la defunción.

B) Accidente o enfermedad grave

Estas dos situaciones son igualmente causa del permiso para el trabajador, teniendo en cuenta que «el objetivo perseguido por la norma no es que el trabajador se haga cargo de su familiar durante todo el proceso de su enfermedad y posterior recuperación, sino permitirle que, aunque sea durante un periodo de tiempo breve, pueda acompañarle en ese trance»⁴⁵.

El mayor obstáculo a la hora de valorar si procede o no el permiso es establecer cuándo el accidente o enfermedad revisten la requerida gravedad.

La primera precisión que hay que realizar es que dicha gravedad es independiente de la hospitalización, toda vez que accidente o enfermedad grave, por un lado, y hospitalización por otro, son supuestos perfectamente diferenciados e independientes dentro del elenco de situaciones previstas por el propio 37.3 b) ET.

En segundo lugar, no es posible unir o supeditar la valoración de la gravedad a que el accidente o la enfermedad signifiquen un peligro para la vida, ya que la norma no lo exige, y el propio sentido común permite desmarcar el concepto de gravedad del riesgo para la vida. Es por tanto necesario aplicar una cierta discrecionalidad dependiendo de las circunstancias.

En este sentido se manifestó el TSJ Cataluña «al establecer que «la consideración de si una enfermedad es grave o no, a efectos jurídicos, es obvio que radica en una cierta potestad discrecional, pues deben valorarse las condiciones objetivas o subjetivas que concurren en cada caso, especialmente la condición del paciente, edad, estado físico, riesgo para su vida, etc. No existe pues, un concepto definido de enfermedad grave, sino que en función de la trascen-

⁴⁵ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: «Los permisos retribuidos del trabajador», Elcano (Navarra) (Aranzadi), 1999, p. 84.

dencia de la dolencia o enfermedad y en relación con las circunstancias anteriormente apuntadas, se podrá considerar como grave o no»⁴⁶.

La expresión grave es, sin duda, un concepto jurídico indeterminado que requiere de interpretación y adaptación a las circunstancias del caso y al sentido común. Ejemplo de ello son: a) la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 1 de Ciudad Real de 24 de noviembre de 2010, que señala: «parece evidente que para conceder dos días de ausencia al trabajo no debe exigirse una especial gravedad, de peligro para la vida o la integridad física, sino que debe abarcar todos aquellos casos en los que la presencia del familiar no sea un mero capricho, sino una necesidad real para prestar ayuda y acompañar al enfermo en estas difíciles circunstancias»; b) la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 32 de Madrid, de 7 de junio de 2013 entiende por tal enfermedad «aquella que ofrece una peligrosidad e importancia objetiva en función de criterios hermenéuticos como el origen, la sintomatología, el tratamiento y sus efectos».

C) Hospitalización

Con relación a este permiso, la finalidad perseguida es que el trabajador pueda atender y acompañar a su familiar en el caso de hospitalización, por lo que basta el mero ingreso hospitalario del familiar, sin que sea necesaria ninguna intervención o tratamiento específico relacionado con ésta. Así, a través de este permiso, se permite al trabajador acompañar a su familiar durante períodos de observación o ingresos en urgencias, resultando el propio parte de ingreso hospitalario documento suficiente para justificar el permiso.

De acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo, la expresión «hospitalización» que da al trabajador el permiso que fija el ET, se asocia al ingreso del enfermo en un centro sanitario con sometimiento al régimen de vida de dicha institución lo que implica quedar sometido a las normas de régimen interno de la institución en la que ingresa⁴⁷.

Esta es la interpretación que ha mantenido el TS⁴⁸ utilizando diferentes criterios hermenéuticos como es el sentido propio de las palabras, que considera la hospitalización –como la acción o efecto de hospitalizar, que implica el internamiento de un enfermo en una clínica u hospital–, esto es, meter a un

⁴⁶ TSJ de Cataluña, sentencia de 14 de enero de 1997 Recurso contencioso-administrativo 1601/1993.

⁴⁷ STS n.º 652/2020, de 15 de julio de 2020 (rec. 652/2020).

⁴⁸ No solamente en la sentencia anterior también en STS de 5 de marzo de 2012 (rec. 57/2011).

enfermo en un establecimiento sanitario para que pueda recibir el tratamiento adecuado a su dolencia; estamos ante una situación que requiere la permanencia del enfermo internado en el establecimiento sanitario como la medida más adecuada para suministrarle los tratamientos oportunos o hacerle las pruebas diagnósticas, dado que en ese régimen de «hospitalización» es como mejor se pueden efectuar las pruebas o actuaciones médicas a que debe someterse. Acudiendo a criterios de interpretación sistemática, el término hospitalización implica, también, el internamiento del paciente en el establecimiento sanitario y, en modo alguno, comprende los diferentes tratamientos y atenciones que prestan que no requieren de tal internamiento.

Queda por lo tanto más patente, que la hospitalización requiere internamiento del enfermo en el centro sanitario para estar ingresado un determinado tiempo (a diferencia de otros supuestos, como puede ser la intervención que no requiere de tal ingreso, sino únicamente reposo en el propio domicilio).

Ha surgido la duda, ante la desaparición del permiso por nacimiento de hijo para el progenitor distinto de la madre biológica, si la «hospitalización» incluye (para el permiso retribuido) el supuesto del ingreso de una mujer en un centro sanitario para dar a luz. Si se considera hospitalizar ingresar a una persona para que reciba atención médica-sanitaria, el caso de una mujer que va a dar a luz ingresa para ser tratada con la necesaria asistencia médica que lleven a buen fin el parto y cuiden de la salud de la madre y del hijo; es causa suficiente para que se genere este permiso sin que estemos en presencia de una enfermedad más o menos grave de la parturienta⁴⁹.

En la actualidad, se ha producido de forma frecuente la hospitalización por COVID-19, que de acuerdo con la legislación laboral, supone para el trabajador el derecho al permiso retribuido. La cuestión suscita interés como consecuencia de las especiales características del tratamiento hospitalario de esta enfermedad, que en la mayoría de las ocasiones no permite realizar esa labor de acompañamiento físico al familiar que está hospitalizado.

Esta es la razón por la que nos preguntamos el alcance del artículo 37.3 b del ET ante estas situaciones en las que está prohibido el acompañamiento de los familiares infectados, con el fin de evitar el contagio o la propagación del COVID-19.

⁴⁹ En este sentido SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: «La hospitalización por parto como causa de permiso» REDT 239. Comentario a las STC 71/2020 de 29 de junio. Navarra.

«No puede estimarse que el legislador limita los permisos con ocasión del parto a los que disfrute el padre que tiene un hijo. El legislador sabe que el padre puede faltar o estar ausente y que esa falta no libera a la mujer que da a luz de necesitar la ayuda que le pueda proporcionar un familiar próximo. También conoce que no basta con la ayuda de un pariente, sino que a veces deben turnarse varios familiares para atender a la mujer todo el día y para cuidar de los otros hijos que pueda tener.»

No hay que olvidar que la finalidad de este permiso es proporcionar un auxilio o ayuda psíquica al enfermo y no físico o de asistencia en alimento, aseo, etc..., para cuya labor se encarga el personal del hospital por precisarse cierta especialización. Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, se podría considerar que este permiso no se concedería al trabajador ya que no estaría permitido el acompañamiento del familiar en el centro sanitario, al no existir justificación⁵⁰.

Pese a esto, se considera que «la existencia de restricción en el acompañamiento físico cuando es hospitalizado un familiar del trabajador (que pernocta en el mismo), no impide el ejercicio del derecho a permiso retribuido que el citado artículo 37.3.b del Estatuto de los Trabajadores establece a favor del trabajador, pues tal labor de acompañamiento no exige que se realice de forma presencial, así como tampoco se puede exigir que el trabajador justifique la posibilidad de ese acompañamiento, pues en ese caso se desnaturaliza ese derecho y su ejercicio queda a sujeción o control de la empresa, lo cual no se configura de ese modo, atendiendo al carácter teleológico de la norma⁵¹».

D) Intervención quirúrgica sin hospitalización

Por lo que se refiere a la intervención quirúrgica sin hospitalización, la norma exige que, tras la misma, se necesite un tiempo de reposo domiciliario. En efecto, numerosas intervenciones hospitalarias ostentan una entidad absolutamente menor, por lo que, la norma condiciona el nacimiento del permiso a que, pese a no haber ingreso hospitalario, al paciente sí se le prescriba, al menos, un periodo de reposo domiciliario en el informe médico pertinente.

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en sentencia de 12 de mayo de 2017⁵², entiende que el disfrute del permiso retribuido por intervención quirúrgica de familiar sin hospitalización está condicionado legalmente a que requiera reposo domiciliario, siendo indiferente que por ejemplo en el convenio colectivo se exija atención continuada por parte del trabajador, ya que este

⁵⁰ Esta consideración se escudaría en que su concesión carece de «justificación» (elemento que se menciona en el citado artículo 37.3 del Estatuto de los Trabajadores), puesto que, si el trabajador no puede realizar una presencia física junto con el familiar enfermo, su concesión no redundaría en la causa de esta.

No se puede olvidar la sentencia TS 14 enero 21 (rec. 3962/2018) sobre el carácter finalista de los permisos retribuidos.

⁵¹ GARCÍA GRACIA, J. L.: «¿Tengo derecho al permiso retribuido por hospitalización si el hospital prohíbe acompañar al familiar enfermo?» <https://elderecho.com/tengo-derecho-al-permiso-retribuido-por-hospitalizacion-si-el-hospital-prohíbe-acompanar-al-familiar-enfermo.1/02/2021>.

⁵² Sentencia 69/2017 de 12 de mayo (rec. 114/2017).

requisito se entiende cumplido en todo caso pues cuando se prescribe reposo domiciliario se está recomendando atención continuada al paciente.

Para la AN el reposo domiciliario significa que el paciente debe reposar en su casa de cualquier tarea incompatible con su recuperación siendo esa la razón por la que se prescribe. Esto significa que las tareas que desempeñaría normalmente en su domicilio (limpiar, hacer la compra, cocinar...) deberán realizarse necesariamente por el trabajador que lo asista. Si no fuera así, el reposo, ligado a la recuperación de la intervención quirúrgica, no tendría sentido. A su juicio, cuando se prescribe reposo domiciliario tras una intervención quirúrgica, se está recomendando atención continuada al paciente porque si no fuera así, no se le prescribiría reposo.

4. TRASLADO DEL DOMICILIO HABITUAL

El ET en su artículo 37.3 c), concede un día de permiso, siempre que sea por cambio de domicilio habitual y de carácter permanente; se otorga cada vez que el solicitante realice un cambio de domicilio efectivo, independientemente del número de veces que lo haga en el año⁵³. En cambio, si el traslado es temporal, por ejemplo, en el supuesto de cambiar de domicilio por obras, no surgiría el derecho.

Con respecto al término traslado, este alude al cambio de ese domicilio o «residencia habitual», ya sea dentro del mismo municipio o a otro distinto; sin que tenga relevancia, la distancia existente entre el domicilio de origen y el de destino.

Para el TS⁵⁴ la concesión del permiso no está vinculada a que el traslado de domicilio implique también cambio de mobiliario, pues «es notoria la posibilidad de cambios de domicilio sin traslado de muebles y esta circunstancia ni se ha tenido en cuenta por el ET para vincular a su concurrencia la concesión del permiso, ni priva a éste de su finalidad, pues, aunque no exista tal traslado, el cambio de domicilio es susceptible por sí mismo de determinar la necesidad de disponer de un tiempo libre adicional para la realización de determinadas gestiones relacionadas con dicho cambio».

Hay que identificar como domicilio habitual el «lugar que sirva o satisfaga las necesidades permanentes de vivienda del interesado»⁵⁵. Por lo tanto el cam-

⁵³ Es posible establecer controles para evitar abusos y comprobar la veracidad del cambio.

⁵⁴ STS 7 de mayo de 1992 (rec 1755/1991).

⁵⁵ STSJ Islas Canarias de 28 de octubre de 2005 (rec. 489/2005).

bio debe ser de la residencia «habitual», y no «temporal o provisional», como son los supuestos de los periódicos traslados a la residencia de verano o segunda residencia o durante las obras en dicho domicilio habitual que no dan lugar al permiso.

5. CUMPLIMIENTO DE UN DEBER INEXCUSABLE DE CARÁCTER PÚBLICO Y PERSONAL/ EJERCICIO DEL SUFRAGIO ACTIVO

Reconoce el ET, en el artículo 37.3 d), el derecho a ausentarse, por el tiempo indispensable, para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal, comprendido el ejercicio del sufragio activo.

A) Cuestiones Generales

Realiza el precepto una serie de precisiones y añade:

a) Cuando conste en una norma legal o convencional un periodo determinado, se estará a lo que esta disponga en cuanto a duración de la ausencia y a su compensación económica.

b) Cuando el cumplimiento del deber antes referido suponga la imposibilidad de la prestación del trabajo debido en más del veinte por ciento de las horas laborables en un periodo de tres meses, podrá la empresa pasar al trabajador afectado a la situación de excedencia forzosa (art. 46.1).

c) En el supuesto de que el trabajador, por cumplimiento del deber o desempeño del cargo, perciba una indemnización, se descontará el importe de esta del salario a que tuviera derecho en la empresa.

Por deber inexcusable, público y personal se puede entender, toda obligación que tiene un ciudadano y cuyo incumplimiento daría lugar a responsabilidades administrativas o penales para él; por lo que todos aquellos supuestos en los que no se den estos requisitos no darán derecho al permiso retribuido.

Cuando se hace referencia al carácter inexcusable, y aunque la norma no recoge el contenido de este elemento, se podría pensar que esa inexcusabilidad vendría referida a la situación en la que el trabajador y como consecuencia de la falta de cumplimiento, sufriese algún tipo de perjuicio de carácter civil, penal o administrativo. Pese a todo, la doctrina considera que no parece que se requiera ese nivel de exigencia y bastaría con entender que todo deber contem-

plado por el ordenamiento jurídico ha de ser necesariamente cumplido⁵⁶; y, en esa medida, todos deben entenderse como de inexcusable cumplimiento.

El carácter público del deber, nos remite a que sea una obligación impuesta por una Administración o un Poder Público⁵⁷, (debiendo ser entendido en su más amplia significación de existencia de una obligación de necesario cumplimiento que ha sido impuesta por algún poder externo al individuo, solo interesan a este permiso los públicos que se imponen a través del ejercicio de una autoridad); y por último el carácter personal, lo que supone que solo puede ejercitarla de manera directa el trabajador, sin que quepa la posibilidad de delegación o sustitución por otra persona.

La doctrina⁵⁸, con fundamento en las normas legales correspondientes, incluye en este supuesto:

a) El ejercicio del sufragio activo, que cita el propio artículo 37. Es posible que la empresa adopte las medidas precisas para que los electores que presten sus servicios el día de las elecciones puedan disponer en su horario laboral de hasta cuatro horas libres para el ejercicio del derecho del voto; la determinación de las horas compete a la empresa, como manifestación de su poder de organización y dirección.

b) La participación en una mesa electoral. En este supuesto se incluyen los presidentes y vocales de las mesas electorales, los interventores y los apoderados de cada mesa (LO 3/1985). El artículo 28 de la ley Orgánica del Régimen Electoral general establece que los trabajadores por cuenta ajena (y los funcionarios públicos) nombrados presidentes o vocales de las Mesas Electorales tienen derecho a un permiso retribuido de jornada completa durante el día de la votación, si es laboral. En todo caso, tienen derecho a una reducción de su jornada de trabajo de cinco horas el día inmediatamente posterior.

c) La intervención como miembro de un Jurado (LO 5/1985).

d) La intervención como testigo en un juicio, tanto en el proceso civil (artículo 292 LEC), como en el proceso penal (artículo 410 y 707 LE Criminal) y en el laboral (Disposición Final 4 LRJS). En que en caso de incomparecencia injustificada podrá ser tenido por confeso en la sentencia.

e) La asistencia a juicio como demandante. La asistencia a juicio, o conciliación como parte demandante en un proceso si ha sido citado para la

⁵⁶ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: «Los permisos...», *op. cit.*, p. 141.

BASTERRA HERNÁNDEZ, M.: «Los permisos retribuidos...», *op. cit.*, pág 10.

⁵⁷ Debiendo ser entendido en su más amplia significación de existencia de una obligación de necesario cumplimiento que ha sido impuesta por algún poder externo al individuo, solo interesan a este permiso los públicos que se imponen a través del ejercicio de una autoridad.

⁵⁸ STSJ Galicia, 14 de julio 2017 (rec. 1094/2017).

prueba de interrogatorio, salvo que sea preceptivo otorgar representación, por el contrario, si el trabajador acude personalmente al juicio, sin haber sido citado a interrogatorio, sólo procederá el abono de los salarios correspondientes a las horas de asistencia al juicio si la sentencia es estimatoria de la pretensión (art. 100 de la LRJS).

f) El desempeño de un cargo político para el que haya sido elegido, designado o nombrado.

Se considera incluido dentro del tenor del artículo 37.3 d) el ejercicio de cargo público representativo, el TS⁵⁹, determina que el cargo público se debe de identificar, no con el cargo burocrático o funcional de carrera, sino, con el cargo público de carácter temporal o amovible al que se accede por elección o por designación o nombramiento de la autoridad pública competente.

Se plantean otros supuestos que es necesario mencionar por la habitualidad con la que se producen y que pueden repercutir en la relación laboral, como son:

a) Donación de sangre. El artículo 4 Real Decreto 1088/2005, de 16 de septiembre, por el que se establecen los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y de los centros y servicios de transfusión. El empleo del tiempo necesario para efectuar una donación de sangre será considerado a todos los efectos como cumplimiento de un deber de carácter público y personal.

b) Expedición o renovación de documentos indispensables como DNI, pasaporte, carnet de conducir... constituirían una licencia retribuida, si no se puede realizar más que en horario coincidente con la jornada laboral, al ser un deber público de carácter temporal inexcusable.

c) Realización de trámites notariales, como firma de una escritura, otorgamiento de poderes..., no generarían el derecho al permiso retribuido, al no ser un deber público y personal pues siempre es posible apoderar a un representante.

B) Acompañamiento de hijos o familiares a la consulta médica ¿deber inexcusable?

No podemos terminar el apartado d del art. 37.3 sin entrar a estudiar si la necesidad del trabajador de acompañar a la consulta médica a determinados

⁵⁹ Sentencia 20 sep. 2000 (rec. 3631/1999).

familiares (menores y familiares no autosuficientes) es una obligación equiparable a este deber personal y público de cumplimiento inexcusable⁶⁰.

Considera el TS⁶¹ que el permiso retribuido que permite atender deberes inexcusables de carácter público y personal, regulado en el artículo 37.3 d) del Estatuto de los Trabajadores, no ampara que un trabajador acompañe a un familiar a una visita médica.

Y así establece que: «Los deberes surgidos de las obligaciones familiares y de cuidados –fruto de las relaciones de filiación (*ex art. 110 del Código Civil*) o del deber de alimentos entre parientes en sentido amplio (*ex art. 142 Código Civil*)–, a los que cabría ligar la actividad que genera el derecho al permiso aquí controvertido, no sólo no obligan a su prestación personalísima e insustituible de los deudores de los mismos, sino que difícilmente pueden ser configuradas como obligaciones de carácter público. Por el contrario, pertenecen al ámbito privado y familiar y, por ello, estamos ante un permiso alejado por completo de la previsión específica del artículo 37.3 d) ET»⁶².

No solo esta sentencia, sino también la doctrina señala la necesidad de introducir a través de la negociación colectiva (o en las políticas internas de las empresas) aquellos casos tan habituales como acompañar a un hijo menor o a un familiar no autosuficiente a la consulta médica, y que están exentos de un tratamiento legal adecuado, recogiendo el grado de los familiares que generan el permiso o su duración.

Aunque no se puede desconocer que el legislador está llevando a cabo la tarea de articular un panorama razonablemente completo de medidas tendentes a la conciliación de la vida familiar y laboral, es incuestionable que la negociación colectiva refuerce este marco o integre las lagunas de las que la norma pueda adolecer.

⁶⁰ « Ha sido una cuestión debatida en la doctrina judicial que, partiendo de la base común de que el permiso retribuido que contempla el ET exige la concurrencia de las tres notas que lo definen (que el deber sea inexcusable, que tenga carácter público y naturaleza personal), en algunas ocasiones ha encontrado elementos en los que apoyarse para apreciar esta triple naturaleza, en tanto que en otras ha mantenido la imposibilidad de que estas notas concurren en este tipo de obligación o deber, en VIQUEIRA PÉREZ, C.» El acompañamiento de hijos y familiares a la consulta médica no constituye un deber inexcusable de carácter público y personal que genere permiso retribuido.» *Revista de Jurisprudencia Laboral*, Madrid, número 1/2021.

⁶¹ TS sentencia núm. 1098/2020, de 9 de diciembre (rec. 79/2019).

⁶² «La obligación de velar por los hijos y el cumplimiento de los deberes de la patria potestad recogido en el artículo 110 del Código Civil, publicado por Real Decreto de 24 de julio de 1889, es una obligación de naturaleza privada y no pública y no se trata de un deber personal, al ser sustituible por delegación, y, en cualquier caso, la asistencia a la consulta médica podría hacerse por el padre y no necesariamente por la madre, al ser compartidas las atribuciones de la patria potestad, siendo por tanto una mejora voluntaria.» Tribunal Superior de Justicia de Galicia Sala de lo Social sentencia de 14 de julio de 2017. (rec. 1386/2017).

Una vez establecida la doctrina recogida por la sentencia y por todos aceptada⁶³, «que acompañar a determinados familiares a una consulta médica no es una actividad identificable como un «deber inexcusable de carácter público y personal» cuyo cumplimiento justifique el disfrute del permiso retribuido regulado en el artículo 37.3.d) ET»; hay que mencionar la sentencia del Juzgado de lo contencioso administrativo n.º 1 de Logroño⁶⁴ a la hora de resolver el caso de un funcionario público (que solicita permiso laboral retribuido para cuidar de su hijo menor confinado por estar en contacto con Covid), considera que el cuidado del menor es un «deber inexcusable de carácter personal» recogido por el Estatuto Básico del Empleado Público. El Juzgado establece que el deber inexcusable, incluye todos aquellos que estén vinculados a la conciliación de la vida familiar y laboral y que los deberes derivados de la paternidad y la filiación constituyen un presupuesto para la concesión de este permiso. Aún más, en el caso que nos ocupa, ya que los cuidados domiciliarios exigidos derivan de la aplicación del protocolo Covid-19 aprobado por la autoridad sanitaria en aquellos momentos.

Estamos sin duda ante una sentencia pionera que puede abrir la puerta a otras situaciones similares.

6. REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES

El artículo 37.3 e), reconoce a los trabajadores previo aviso y justificación, la ausencia del trabajo, con derecho a remuneración, «para realizar funciones sindicales o de representación del personal en los términos establecidos legal o convencionalmente».

La primera cuestión que suscita esta licencia y en cuanto a su naturaleza jurídica, es su ubicación⁶⁵, en el artículo 37.3, que como hemos visto hasta ahora, pretende conciliar obligaciones personales de los trabajadores, privadas o públicas, mientras que los permisos sindicales se conceden para la protección de los intereses colectivos de los trabajadores representados.

⁶³ VIQUEIRA PÉREZ, C.: «El acompañamiento de hijos y familiares», *op. cit.*, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, Madrid, número 1/2021.

⁶⁴ Sentencia Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Logroño, de 17 de diciembre de 2021. ECLI: ES: JCA:2021:5503.

⁶⁵ Sobre la poco afortunada inclusión de este supuesto en el artículo 37.3, ver BLASCO JOVER, C.: en «Tiempo de trabajo...», *op. cit.*, 102.

Hoy en día, la doctrina sigue dividida entre contemplar este permiso como un permiso retribuido *sui generis*⁶⁶ o como una figura con autonomía y sustantividad propias, cuyo fin es el cumplimiento de la representación de los trabajadores⁶⁷.

Tres supuestos pueden incardinarse en este precepto; a saber: a) el permiso que se recoge en el art. 68 ET para los comités de empresa y delegados de personal; b) en segundo lugar, el permiso por el tiempo necesario para la negociación colectiva del artículo 9.2 de la LOLS y c) por último el permiso de los delegados de prevención cuya base está en el artículo 37.1 LPRL.

A) Miembros comité empresa y delgados de personal

El artículo 68 del ET establece que «Los miembros del comité de empresa y los delegados de personal, como representantes legales de los trabajadores, tendrán, a salvo de lo que se disponga en los convenios colectivos, las siguientes garantías: ... e) Disponer de un crédito de horas mensuales retribuidas cada uno de los miembros del comité o delegado de personal en cada centro de trabajo, para el ejercicio de sus funciones de representación, de acuerdo con la siguiente escala:

- 1.º Hasta cien trabajadores, quince horas.
- 2.º De ciento uno a doscientos cincuenta trabajadores, veinte horas.
- 3.º De doscientos cincuenta y uno a quinientos trabajadores, treinta horas.
- 4.º De quinientos uno a setecientos cincuenta trabajadores, treinta y cinco horas.
- 5.º De setecientos cincuenta y uno en adelante, cuarenta horas.

Podrá pactarse en convenio colectivo la acumulación de horas de los distintos miembros del comité de empresa y, en su caso, de los delegados de personal, en uno o varios de sus componentes, sin rebasar el máximo total, pudiendo quedar relevado o relevados del trabajo, sin perjuicio de su remuneración».

Concede el Estatuto de los Trabajadores, este crédito a cada uno de los miembros de los comités de empresa o delegados de personal, esto es la repre-

⁶⁶ TUDELA CAMBRONERO, G.: «Las garantías de los representantes de los trabajadores en la empresa», Tecnos, Madrid, 1999, p. 128.

⁶⁷ En este sentido SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: «Los permisos retribuidos...», *op. cit.*, «admite su carácter absolutamente peculiar...», p. 167.

sentación unitaria; estamos ante un derecho subjetivo que requiere una identificación ante el empresario de aquellos trabajadores que vayan a ser titulares de éste. El crédito está configurado como un derecho individual del representante, en su condición de miembro del comité de empresa o de delegado de personal, y no en función de unas siglas sindicales.

Crédito horario que está destinado al desarrollo de las actividades de representación recogidas en el artículo 64 del ET, pero ampliables a «todas aquellas que bien de un modo directo o indirecto se relacionen con la representación de la empresa, redunden en la mayor eficacia de la defensa del interés legal de los trabajadores, alcanzando incluso tareas sindicales⁶⁸».

Con respecto a la llamada que hace el precepto al convenio colectivo⁶⁹ para que prevea la acumulación de horas en una o en varias personas, los llamados liberados sindicales, ésta tiene su fundamento en una mayor eficiencia en la acción de representación adaptada a las necesidades de la empresa, e incluso para la mejora del proceso productivo, pues tal y como señala la SAN de 8 de julio de 2009 « éste podría verse limitado o reducido si las horas hubiesen de ser disfrutadas necesariamente por todos y cada uno de los representantes de los trabajadores o delegados sindicales».

De acuerdo con el artículo 10.3 LOLS, los delegados sindicales, en el supuesto de que no formen parte del comité de empresa, tendrán las mismas garantías que las establecidas legalmente para los miembros de los comités de empresa o de los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones Públicas, por ello dispondrán de un determinado tiempo retribuido durante la jornada laboral, para desarrollar su actividad relacionada con la función representativa⁷⁰.

El crédito horario que corresponde a los delegados sindicales tiene la misma naturaleza y características que el de la representación unitaria, como observa la STS núm. 171/2019, de 6 marzo del 2019.

La doble condición de delegado sindical y miembro del comité de empresa no determina un doble crédito horario, a salvo de pacto. El crédito de horas del que el trabajador disponga como miembro del comité de empresa o delegado de personal no neutraliza el que pudiera tener como delegado sindical. Aun-

⁶⁸ IGARTUA MIRÓ, T.: «La crisis alcanza también al crédito horario: contribución a un debate», *REDT*, núm. 176/2015, Navarra, p. 35.

⁶⁹ Tan solo mediante pacto en convenio, podrá establecerse la acumulación, forma, límites y efectos. Por lo tanto, no podrá darse tal acumulación si no existe acuerdo expreso SAN 22.11.2016 (PROV 2016, 263702).

⁷⁰ Se requerirá la designación nominal del delegado que va a disfrutar del crédito al ser un derecho de carácter individual y de ejercicio personal.

que ambos no se acumulan y habrá que estar al crédito más amplio, esto es, aquel que otorgue más horas de crédito.

Como colofón a esta materia el crédito horario en que cristaliza el permiso del 37.3 e) es de la mayor relevancia jurídica en nuestro ordenamiento, tal es así que el Tribunal Constitucional lo considera integrado en el contenido esencial de la libertad sindical. La razón para tal reconocimiento es que constituye «una de las garantías integradoras de uno de los núcleos fundamentales de la protección de la acción sindical, residenciada en los representantes sindicales y que tiene la finalidad de otorgarles una protección específica en atención a la compleja posición jurídica que los mismos asumen frente a los empresarios, y de ello será consecuencia que la privación del sistema de protección de que se trata podrá entrañar la violación del derecho de libertad sindical consagrado en el artículo 28.1 de la CE, abriendo la vía del recurso de amparo»⁷¹. De esta forma, el permiso para realizar funciones sindicales o de representación del personal queda fuertemente protegido, pues se integra en la propia esfera del derecho a la libertad sindical; cualquier incumplimiento patronal relacionado con el mismo permitiría, por irradiación, interponer recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

B) Negociación colectiva

De acuerdo con el artículo 9.2 de la LOLS «Los representantes sindicales que participen en las comisiones negociadoras de convenios colectivos manteniendo su vinculación como trabajador en activo en alguna empresa tendrán derecho a la concesión de los permisos retribuidos que sean necesarios para el adecuado ejercicio de su labor como negociadores, siempre que la empresa esté afectada por la negociación».

Cuando la norma se refiere a los «representantes sindicales» no liga este permiso a sindicatos con un cierto grado de representatividad, bastará con que ese trabajador, hubiese sido designado por el sindicato o incluso por la sección sindical para tener la condición de representante. Sí exige la ley, que el representante esté como trabajador en activo de la empresa, de esta forma, se impide que alguien cuyo contrato está en suspenso, o disfrutando de una excedencia pueda solicitar estas licencias.

Las actuaciones que puede llevar a cabo el representante y que generan el correspondiente permiso han de ser entendidas en sentido amplio, amparando

⁷¹ TC 13 de marzo de 1985 (rec. 397/1984).

no solamente el tiempo que dure la negociación, sino también toda actividad complementaria que se requiera para conseguir un buen fin de la misma; aunque ello no puede suponer obligatoriamente un derecho legal a la ausencia del trabajo mientras duren las negociaciones del convenio⁷².

El TS⁷³ considera que «el permiso que establece el precepto únicamente resulta posible y realizable cuando exista coincidencia temporal entre el trabajo y la negociación del convenio colectivo, careciendo de ningún sentido o utilidad cuando dicha coincidencia no se produce; por ello la utilización de la expresión legal «los permisos retribuidos que sean necesarios para el ejercicio de su labor como negociadores» implica que el derecho al permiso existe en los supuestos en los que el trabajador está presente, como miembro de la comisión negociadora, en la mesa de negociación; y, también, cuando tenga que realizar actividades o gestiones ligadas al proceso de negociación que coincidan temporalmente con su trabajo. Por tanto, es necesario que exista una coincidencia temporal entre la actividad negociadora en sentido amplio y el trabajo, salvo en los casos de los trabajadores que realizan trabajo nocturno en cuyo caso, la jurisprudencia de la Sala, no ha exigido esa incompatibilidad horaria con el fin de preservar el contenido del derecho a los permisos».

C) Delegados de prevención

Los delegados de prevención son los representantes de los trabajadores con funciones específicas en materia de prevención de riesgos en el trabajo, y serán designados por y entre los representantes del personal, de acuerdo con la LPRL, y les va a ser de aplicación el artículo 68 del ET en materia de garantías, en su condición de representantes de los trabajadores⁷⁴.

El tiempo utilizado por los delegados de prevención para el desempeño de las funciones previstas en esta Ley, será considerado como de ejercicio de funciones de representación a efectos de la utilización del crédito de horas mensuales retribuidas previsto en la letra e) del citado artículo 68 del Estatuto de los Trabajadores.

⁷² Es posible que los negociadores, mediante pacto o concesión unilateral de la empresa, obtengan una licencia completa por un determinado período de tiempo, en función de la duración de las negociaciones del convenio, pero del LOLS art. 9.2 no se deriva la imposición de esta solución.

⁷³ STS 20 mayo de 1992 (rec. 1634/1991).

⁷⁴ El Tribunal Supremo, determina que cuando los delegados de prevención son elegidos siguiendo la habilitación legal del artículo 35.4 LPRL y no ostentan la condición de miembros de la representación unitaria, se les extiende la garantía de crédito horario del 68. e) ET; STS 956/2016, 16 de noviembre de 2016 (rec. 3157/2014).

No obstante lo anterior, será considerado en todo caso como tiempo de trabajo efectivo, sin imputación al citado crédito horario, el correspondiente a las reuniones del Comité de Seguridad y Salud y a cualesquiera otras convocadas por el empresario en materia de prevención de riesgos, así como el destinado a las visitas que realicen a los centros del trabajo para comprobar el cumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales y al lugar en el que se hubiesen ocasionado daños en la salud de los trabajadores^{75 76}.

Es necesario hacer una distinción entre dos tipos de delegados de prevención:

a) Los delegados de prevención que forman parte de los órganos de representación unitaria. Se trata de los delegados que son elegidos según el sistema legal. El crédito horario está garantizado por el ET, pero estos representantes ostentan un crédito horario adicional que opera como una ampliación en la práctica para el ejercicio de determinadas actividades. El delegado no ostenta dos créditos horarios (uno por el ET y otro por LPRL) sino que se unificarán únicamente en uno y se ampliará para realizar ciertas competencias como reuniones de Comité de Seguridad y Salud.

b) Los delegados de prevención que no forman parte de los órganos de representación unitaria. Son designados conforme a diferentes sistemas pactados en convenios colectivos. El crédito horario está igualmente garantizado por la ley y el Tribunal Supremo⁷⁷.

7. POR BÚSQUEDA DE EMPLEO

El artículo 53.2 del ET y en referencia al despido por causas objetivas establece que «Durante el periodo de preaviso el trabajador, o su representante legal si se trata de una persona con discapacidad que lo tuviera, tendrá derecho, sin pérdida de su retribución, a una licencia de seis horas semanales con el fin de buscar nuevo empleo.

Estamos ante una licencia retribuida de seis horas semanales con el fin de buscar un nuevo empleo en caso de despido objetivo.; la finalidad del permiso

⁷⁵ Artículo 36.2 letras a) y c) LPRL.

⁷⁶ La jurisprudencia ayuda a esta consideración, por ejemplo: STSJ Cataluña, de 16 de octubre de 2015 (rec. 4295/2015) reconoce que el tiempo dedicado a las reuniones del Comité de Seguridad y Salud son consideradas como tiempo de trabajo efectivo, o la STSJ Galicia, de 17 de abril de 2013 (PROV 2013, 188203) al reconocer el derecho al cobro de horas empleadas en visitas al centro de trabajo para evaluar los riesgos de la actividad.

⁷⁷ Con su máxima de «donde la ley no distingue no debe distinguir el intérprete» repetida en sentencias como STS 20.1.2016 (rec. 3106/2014).

y por lo tanto el uso de éste, es la búsqueda de trabajo, lo que nos pone de manifiesto que debe ser justificado⁷⁸.

El empresario está obligado a la concesión de este permiso, una vez que se ha preavisado al trabajador y debe hacerlo salvo la existencia de una causa grave que se lo impida. De acuerdo con el TS⁷⁹, la falta de concesión de ese periodo previo, aunque no anula la decisión extintiva del empresario, obliga a éste al abono de los salarios correspondientes a dicho periodo de vigencia del contrato de trabajo.

Para que el trabajador pueda disfrutar del mismo, es necesario que preavise al empresario, pues de no ser así podría ser sancionado por la empresa.

De acuerdo con el artículo 121.2 LJS, la percepción por el trabajador de la indemnización ofrecida por el empresario o el uso del permiso para buscar nuevo puesto de trabajo no enervan el ejercicio de la acción ni suponen conformidad con la decisión empresarial.

Permite el ET que, en el caso de una persona trabajadora con discapacidad con representante legal, sea éste y no aquel, quien disfrute del permiso para buscar empleo. El precepto ha sido interpretado, por algún sector en el sentido de que sólo cabe tal posibilidad cuando el representante legal, es trabajador del empresario que despiende. En contra, otros autores sostienen que la finalidad del permiso es la de buscar nuevo puesto de trabajo y que, evidentemente, la restricción de la licencia al supuesto en que el representante legal trabaja con el disminuido en la misma empresa reduce la posibilidad de ejercicio de tal derecho en perjuicio del trabajador disminuido hasta extremos que suprimen prácticamente la finalidad perseguida con tal inciso.

8. DESPLAZAMIENTOS TEMPORALES

El trabajador tiene derecho a un permiso remunerado de cuatro días laborables⁸⁰ en su domicilio de origen por cada tres meses de desplazamiento. (sin computar como tales los días de viaje, salvo mejora por convenio o acuerdo entre las partes).

Es un permiso que solo corresponde, en los casos de desplazamientos temporales y por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, o bien por contrataciones referidas a la actividad empresarial, por tiempo infe-

⁷⁸ En este sentido sentencia Tribunal Central de Trabajo de 25 de enero de 1989.

⁷⁹ STS, de 10 de noviembre de 2011 (rec. 394/2011) y STS de 21 de septiembre de 2006 (rec. 3868/2005).

⁸⁰ Esto es días efectivos de trabajo, por lo que no computan domingos, festivos o sábados si en tales días no existe obligación de trabajar, de forma que la persona desplazada mantiene el derecho a permanecer en su domicilio el total íntegro de los cuatro días laborables.

rior a un año, los cuales no implican cambio definitivo de residencia de las personas trabajadoras desplazadas, a diferencia de lo que ocurre con los traslados que sí suponen tal cambio definitivo. El desplazamiento ha de exigir residencia en población distinta de la de su domicilio habitual ⁸¹.

El objetivo de este permiso es que la persona trabajadora desplazada mantenga un contacto permanente con la unidad familiar a la que pertenece, tratándose por tanto de una medida que guarda relación con la conciliación de la vida familiar; y como consecuencia de ello y para no perder la naturaleza jurídica del mismo, durante esos días el trabajador no deberá ser solicitado para realizar ningún tipo de trabajo para su empresa.

Con respecto a la fecha del disfrute la propuesta deberá ser formulada por la persona trabajadora siempre que hayan pasado tres meses, desde el inicio del desplazamiento, o igual periodo cuando se trate de desplazamientos de más larga duración, y al igual que las normas generales de los permisos retribuidos, será exigible la existencia de preaviso. En caso de discrepancia con la empresa corresponderá decidir al Juzgado de lo Social.

9. NACIMIENTO, ADOPCIÓN, GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN O ACOGIMIENTO

El artículo 2.9 del RD Ley 6/2019 ha modificado el apartado 4 del artículo 37 del ET, dando una nueva redacción al permiso de lactancia para permitir que ambos progenitores puedan disfrutar del mismo y establece: «En los supuestos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, de acuerdo con el artículo 45.1.d), las personas trabajadoras tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones, para el cuidado del lactante hasta que este cumpla nueve meses».

De esta forma se da un paso importante en la consecución de la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres, en la promoción de la conciliación de la vida personal y familiar, y en el principio de corresponsabilidad entre ambos progenitores, elementos uno y otro, esenciales para el cumplimiento del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en todos los ámbitos ⁸².

⁸¹ Si el desplazamiento del trabajador no supone un cambio de residencia o no se ha pactado por las partes, no procede la compensación de los días de descanso Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 22 de abril de 2009 (rec. 1157/2008).

⁸² Exposición Motivos Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

El ámbito subjetivo de este permiso se extiende al caso de filiación biológica, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento; los titulares del derecho son «las personas trabajadoras», sustituyendo el término utilizado con anterioridad solo «trabajadores», por lo que el permiso por cuidado de lactante pertenece a ambos progenitores, sin que uno de ellos pueda transferirlo al otro o sin que uno deje de utilizarlo en favor del otro. Se reconoce este permiso, por lo tanto, a la madre y al padre biológico, a la madre y padre adoptivos, a quienes lo tengan en guarda para su adopción o le tengan en acogimiento⁸³.

La finalidad de este permiso es el cuidado del lactante⁸⁴, de los hijos de corta edad que el propio legislador marca en 9 meses⁸⁵; el interés jurídico protegido no es otro que el cuidado y la especial atención que requiere el menor en esta fase de su vida⁸⁶.

El permiso consiste en una hora de ausencia del trabajo que se podrá disfrutar de tres maneras diferente, partiendo de la base que depende de la voluntad de los interesados elegir acogerse a una u otra modalidad, con la obligación de preavisar al empresario, salvo fuerza mayor, con una antelación de quince días o la que se determine en el convenio colectivo aplicable, precisando la fecha en que iniciará y finalizará el permiso de cuidado del lactante o la reducción de jornada (posibilidad que admite el ET).

Con respecto del momento en el que puede disfrutarse el permiso, es posible a partir de que finalice el permiso por nacimiento y cuidado de menor, ya que si el contrato se encuentra suspendido por alguno de estos permisos resulta evidente la imposibilidad de solicitar un permiso que ineludiblemente exige estar prestando servicios. Un tema distinto es el relativo a que el permiso haya de disfrutarse inmediatamente después de que finalice el permiso por

⁸³ Autoras como SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: en «Permiso por lactancia», en SÁNCHEZ TRIGUEROS C. (dir): «Un decenio de jurisprudencia laboral ante la ley de igualdad entre hombres y mujeres» BOE, 2018, p. 478, o BLASCO JOVER, C.: «La nueva configuración del permiso de lactancia y del derecho a la adaptación de la jornada tras el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la igualdad de mujeres y hombres en el empleo y la ocupación», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Ed. ADAPT University Press. Vol. 7, n.º 2, 2019, p. 56, consideran que hubiesen sido un avance y teniendo en cuenta que el permiso está concebido para el cuidado del menor, que se hubiese ampliado a otros sujetos (trabajadores, sin duda) con vínculos familiares y que pudiesen obtener este permiso en caso de la falta de los padres.

⁸⁴ El permiso se reconoce para el cuidado del lactante y no para atender a su lactancia. STSJ, Cont.-admtvo., Murcia de 23 de enero de 2015 (rec. 273/2013), tratándose por tanto de un permiso desvinculado de la lactancia natural.

⁸⁵ La duración del permiso puede ser ampliada por cualquier instrumento convencional de carácter colectivo o por acuerdo de las partes, sin que tal ampliación pueda afectar a las prestaciones de Seguridad Social. Hasta 12 meses en el EBEP, artículo 48.:

⁸⁶ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: en «Permiso por lactancia», en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (dir): «Un decenio de jurisprudencia laboral ante la ley de igualdad entre hombres y mujeres» BOE, 2018 Madrid, p. 477.

nacimiento y cuidado del menor y sin solución de continuidad, habiéndose reconocido la posibilidad de hacer uso de este tardíamente y mientras el menor no haya cumplido los doce meses⁸⁷.

Las modalidades de ejercicio de este permiso son:

a) Permiso retribuido de una hora cada día de trabajo o dos fracciones de media hora. La persona trabajadora podrá ausentarse de su puesto de trabajo desde su reincorporación después del permiso de nacimiento hasta que el bebé cumpla nueve meses. Esta ausencia podrá ser de una hora o dos fracciones de media hora que se deberán disfrutar en medio de la jornada de trabajo⁸⁸, se produce la interrupción de la jornada de trabajo ya iniciada y se vuelve al trabajo al concluir dicha ausencia.

Es un derecho del trabajador decidir en qué hora (o fracciones de media hora), disfrutará el permiso de lactancia. No obstante, los convenios pueden establecer criterios para la concreción horario y la conciliación laboral y familiar. La empresa podrá oponerse al horario seleccionado siempre que alegue razones técnicas u organizativas. En caso de no alcanzar un acuerdo, deberá decidir un juez⁸⁹.

b) Reducción de jornada de trabajo de media hora. Si el trabajador quiere disfrutar del permiso para entrar más tarde o salir antes de la jornada de trabajo, la duración de este será de sólo media hora y no de una hora, siempre hasta que él bebe cumpla nueve meses.

Si dos personas trabajadoras de la misma empresa ejercen este derecho por el mismo sujeto causante, la dirección empresarial podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa, que deberá comunicar por escrito. La empresa solo podrá limitar el ejercicio simultáneo por ambos progenitores y cuando existan razones justificativas de funcionamiento, pero en ningún caso podrá impedir o limitar el ejercicio de este derecho más allá del disfrute simultáneo por parte de ambos.

⁸⁷ STSJ Andalucía/Sevilla, contencioso, de 8 de abril de 2016, rec. 32/2015.

⁸⁸ Se ha señalado por parte de la doctrina la escasa operatividad práctica de este supuesto, ante la realidad del mundo en el que vivimos, y el tiempo que se suele invertir en los trayectos, es por ello que BLASCO JOVER, C.: en «La nueva configuración del permiso por lactancia...», *op. cit.*, p. 60, establece «De hecho, que al permiso por cuidado del lactante se le hayan anudado por el camino otras dos opciones más de ejercicio no hace más que confirmar la inoperatividad de la hora de ausencia habida cuenta de su carácter tan limitado. Por ello y en mi opinión, quizá una próxima reforma de este derecho debiera abogar sencillamente por plantear a sus titulares tan sólo dos opciones, la reducción de jornada y la acumulación, si es que ésta se prevé en convenio colectivo».

⁸⁹ Artículo 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.

Estamos en presencia de una regla de ponderación entre el derecho a la conciliación y el cuidado del menor y el del empresario a la organización y funcionamiento de su empresa.

c) Permiso de lactancia acumulada. Consiste en acumular esta hora de ausencia para convertirlas en días. La lactancia acumulada no es más que sumar la hora a la que se tiene derecho por lactancia y convertirlas en jornadas de trabajo. Es una hora por día de trabajo efectivo⁹⁰, independientemente de la jornada que se haga. (la duración de la ausencia o la reducción de la jornada es la misma para las personas trabajadoras con jornada a tiempo completo o parcial)⁹¹.

Suele ser esta última la opción escogida por los trabajadores. Opción que es posible siempre que lo autorice el convenio colectivo aplicable o el plan de igualdad, o así se acuerde individualmente entre la empresa y la persona trabajadora; Si no está acordada la acumulación en un instrumento colectivo de eficacia vinculante, la empresa no se lo podrá imponer o exigir al trabajador de forma unilateral⁹².

El TS ha entrado a resolver un asunto muy polémico con respecto a cuándo se produce la acumulación en jornadas completas ¿qué se acumula, la hora de ausencia o la media hora de reducción de jornada? La cuestión ha sido resuelta por sentencia de 19 de abril de 2018⁹³, en el sentido de que la acumulación ha de venir referida a la hora de ausencia y no a la media hora de reducción, siempre que el convenio colectivo que lo regule no disponga nada al respecto: «la negociación colectiva puede permitir acumular en jornadas completas el derecho. Dado que ese derecho consiste en ausentarse del centro de trabajo, este permiso es el que se acumula y, por tanto, lo es sobre la hora de ausencia. La norma estatutaria acude a la expresión «acumularlo», en clara referencia al derecho y no dice «acumularla» en referencia a la reducción de jornada. Por tanto, lo que se traslada a la negociación colectiva es la acumulación de las horas de ausencia, salvo que esa previsión legal se supere por otra más beneficiosa para el trabajador o la trabajadora o que en acuerdo bilateral entre empresa y trabajador se mejore la norma legal o convencional».

En aquellos casos, en que ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores ejerzan este derecho con la misma duración y régimen, el periodo de

⁹⁰ En esa hora efectiva de trabajo se deben descontar días que no se trabajan, vacaciones o días de permiso de maternidad o paternidad pendientes de disfrutar, festivos...

⁹¹ STSJ País Vasco, contencioso, de 12 de junio de 2018 (rec. 234/2018).

⁹² STSJ Galicia de 23 de enero de 2018 (rec. 4399/2017).

⁹³ Rec. 1286/2016

disfrute podrá extenderse hasta que el lactante cumpla doce meses, con reducción proporcional del salario a partir del cumplimiento de los nueve meses⁹⁴.

La duración del permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto, adopción o acogimiento múltiples.

10. NACIMIENTOS DE HIJA O HIJO PREMATUROS O QUE, DEBAN PERMANECER HOSPITALIZADOS A CONTINUACIÓN DEL PARTO

El artículo 37. 5 del ET otorga a las personas trabajadoras, este permiso retribuido de una hora, para ausentarse del trabajo en los casos de: a) Nacimiento prematuro de hijo o hija, y b) Hospitalización del menor a continuación del parto.

Se considera irrelevante a los efectos de la concesión del mismo, que el parto se haya producido en un centro sanitario o en el propio domicilio, si con posterioridad se produce la hospitalización, y ésta tenga su origen en un problema de la salud de la madre, y ambos estén hospitalizados, o, cuando la hospitalización se deba al tratamiento de una enfermedad del recién nacido, o a otra causa relacionada con su salud o con la de la madre.

Los titulares de este permiso son de acuerdo con la norma las personas trabajadoras, por lo que tanto el padre como la madre tendrán derecho al disfrute de éste; el reconocimiento del derecho se otorga con independencia de que el otro progenitor esté o no trabajando.

Se plantean dudas como si a través de la negociación colectiva se podría establecer una duración máxima de este permiso, pero la regulación establece que durará tanto tiempo como se prolongue el internamiento hospitalario del menor, sin que se pueda reducir la hora diaria de ausencia en aquellas situaciones en las que se prolongue el ingreso hospitalario.

Con respecto a la concreción horaria y la determinación del permiso, la ausencia implica que el beneficiario del permiso está trabajando cuando ejerce el derecho de disfrute del mismo, pero nada impide que la hora de ausencia sea retrasando el inicio de la jornada o adelantando la salida⁹⁵. La facultad

⁹⁴ En paralelo se crea una nueva prestación de la Seguridad social para cubrir la reducción salarial entre el mes 9.º y 12.º, se denomina «corresponsabilidad en el cuidado del lactante» recogida en los artículos 183 y siguientes de la Ley General de la Seguridad Social y permite, a uno de los dos progenitores cobrar un subsidio que compense esta ausencia de retribución de media hora entre los nueve y los doce meses del menor, siempre y cuando las dos personas trabajadoras disfruten del derecho.

⁹⁵ Cabe incluso considerar, aunque la norma no establezca nada que se podría fraccionar en media hora en la entrada y la salida.

de fijar el momento exacto del disfrute corresponde a las personas trabajadoras que lo solicitan.

El supuesto de partos múltiples no está recogido expresamente, pero todo nos lleva a pensar que surge el derecho por cada uno de los neonatos que permanezcan hospitalizados.

11. EXÁMENES PRENATALES Y TÉCNICAS DE PREPARACIÓN AL PARTO

El artículo 37.3 f, recoge en su primer inciso este permiso remunerado para aquellos casos en que dichos exámenes tengan lugar durante el horario de trabajo, y por el tiempo indispensable.

Recoge dos situaciones diferentes, con finalidades distintas:

a) La realización de exámenes prenatales, considerados como todos aquellos reconocimientos sanitarios que se prescriban con el fin de comprobar el estado de salud de la trabajadora o del feto.

b) La realización de técnicas de preparación al parto, que son técnicas tendentes para facilitar el adecuado desarrollo del alumbramiento.

Como se observa, este derecho trata de garantizar el correcto desarrollo de determinadas actividades que, necesariamente, deben llevarse a cabo con carácter previo a la maternidad biológica

Este artículo del ET se complementa 26. 5 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales que establece «Las trabajadoras embarazadas tendrán derecho a ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto, previo aviso al empresario y justificación de la necesidad de su realización dentro de la jornada de trabajo».

De la lectura conjunta de ambos preceptos hay que resaltar que el permiso se concede por el tiempo indispensable, y solo cuando estas asistencias deban tener lugar, necesariamente, dentro de la jornada laboral; con lo que, siempre que sea posible, deberá acudir a dichas actividades fuera de su horario de trabajo.

Cabe preguntarnos si a través del convenio se pudiese establecer o limitar las veces que la mujer trabajadora, puede disfrutar de este derecho (cuántas veces va al médico) o si se concede a partir de un determinado mes de gestación, aunque parece ser que no, ya que las normas estudiadas, no exigen más requisitos.

Con respecto a los titulares del derecho la Ley de Prevención lo deja muy claro, se concede a «las trabajadoras embarazadas», con lo que todo indica que es un derecho cuyo disfrute corresponde en exclusiva a las mujeres, y así lo ha entendido la Dirección General de Trabajo en respuesta a una consulta formulada sobre el particular, de 11 de noviembre de 2009 ⁹⁶.

Con relación a la ampliación de este permiso al otro progenitor, partiendo del artículo 37.3 que tan solo se refiere a de forma genérica «al trabajador», podría tener sustento y ambos podrán acudir a los exámenes prenatales o técnicas de preparación al parto y así se contribuiría de forma más eficiente a la tan ansiada corresponsabilidad en el ámbito de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Pero y sin considerar la conveniencia de la extensión al hombre de este permiso, el tenor del artículo 26.5 de la LPRL lo rechaza expresamente.

Por último, se plantea la duda de si se podría incluir en este apartado del ET las consultas médicas para supuestos de fecundación in vitro; sin perjuicio de que la negociación colectiva contemple esta situación y permita la obtención de permisos retribuidos, no tiene encaje en este precepto, por lo que habrá que buscar otras alternativas a este permiso.

12. ADOPCIÓN O ACOGIMIENTO, O GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN

El artículo 37.3 f) ⁹⁷ establece un permiso retribuido por el tiempo indispensable para la asistencia a las preceptivas sesiones de información y preparación y para la realización de los preceptivos informes psicológicos y sociales previos a la declaración de idoneidad (en los casos de adopción, acogimiento o guarda) siempre y cuando deban tener lugar dentro de la jornada laboral.

Los titulares de este derecho son de forma genérica las personas trabajadoras, se otorga a hombres y mujeres. La ley 26/ 2015 de 28 de julio de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, establece una serie de requisitos que son obligatorios para todas las familias adoptantes y ambos progenitores deben acudir a la preparación y a las entrevistas, equiparando la ley a estas familias con las biológicas.

⁹⁶ Asimismo, el TSJ de Andalucía (Sevilla) en sentencia de 23 de abril de 2007 (rec. 599/2006) mantiene idéntico criterio con relación a las técnicas de preparación al parto, pronunciándose en igual sentido la STSJ de Madrid de 17 de enero de 2005 (rec. 6305/2004).

⁹⁷ La Disposición final tercera de la Ley 26/2015, de 28 de julio, sobre modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, modifica el apartado f) del artículo 37.3 ET, introduciendo una protección equivalente a la de la maternidad biológica, para los casos de adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento [en los mismos términos el artículo 48.e) EBEP].

Para aquellos supuestos en que dos personas trabajadoras de la misma empresa estuviesen inmersas en uno de estos procesos, ambos van a generar el derecho al permiso retribuido, cuando las acciones que tengan que realizar coincidan con la jornada laboral, teniendo además en cuenta, que muchas de estas actividades requieren la actuación conjunta de los dos adoptantes, guardadores o acogedores.

La duración al igual que el primer párrafo del este apartado f del art. 37.3 (los permisos por exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto,) se concede por el tiempo indispensable, y solo cuando estas asistencias deban tener lugar, necesariamente, dentro de la jornada laboral, con lo que, siempre que sea posible, deberá acudir a realizar estas actividades fuera de su horario de trabajo.

13. RESERVA DE PUESTO DE TRABAJO PARA ASISTENCIA A CURSO DE FORMACIÓN

Los trabajadores, que cuenten con un mínimo de antigüedad de un año en la empresa, tendrán derecho de acuerdo con el art. 23.3 ET a un permiso retribuido de 20 horas anuales.

Los requisitos que exige la norma son: a) La formación ha de ser vinculada a la actividad de la empresa, y b) Acumulables por un periodo de hasta cinco años.

El tiempo destinado a la formación se considerará en todo caso tiempo de trabajo efectivo.

En cualquier caso, el trabajador puede entender que se ha cumplido este derecho si recibe un plan de formación por iniciativa empresarial, que este dirigido a la obtención de una formación empresarial relacionado con su puesto de trabajo. Pero si un trabajador solicita realizar un curso relacionado con la actividad de la empresa (aunque no se corresponda con el puesto de trabajo que se desarrolla en ese momento), la empresa debe permitir la formación de hasta 20 horas retribuidas dentro de la jornada laboral.

Sin embargo, no podrá entenderse cumplido este derecho, si las actividades formativas realizadas por la empresa entran dentro de la formación que de forma obligada la empresa tiene que impartir al trabajador, por ejemplo, en materia de prevención de Riesgos Laborales.

El Tribunal Supremo en sentencia de 20 de noviembre de 2019 ⁹⁸, considera que el artículo 23.3 del ET reconoce un derecho «a un permiso». En ninguna de las expresiones de la norma se impone a la empresa la obligación de ofrecer/impartir la formación. Por ello, la empresa está obligada a dispensar al

⁹⁸ Rec. 39/2019.

trabajador de su deber de trabajar y a abonarle, no obstante, el salario por el tiempo de las 20 horas anuales que aquél destine a la formación profesional a la que se refiere el precepto. «De ahí que desaparezca el derecho al permiso retribuido –por haberse cubierto el interés por otro cauce–, si la empresa establece sus propios planes de formación, sea por su propia iniciativa o por el compromiso asumido en la negociación colectiva. Dicho de otro modo, la obligada contribución de la empresa a la formación profesional de sus trabajadores se plasmará, bien en el ofrecimiento mismo de la formación a sus expensas, bien en el salario correspondiente a la ausencia por el disfrute del permiso.»

En conclusión, no estamos ante un derecho de los trabajadores a recibir formación con cargo a la empresa, sino un derecho al permiso para su formación; lo cual son dos cosas no exactamente idénticas.

La concreción del disfrute del permiso se fijará en convenio colectivo⁹⁹, y en su defecto de mutuo acuerdo entre trabajador y empresario, siendo deseable, y de acuerdo con el principio de la buena fe, que entre ambas partes se acordase el mejor momento para realizar el curso, por ejemplo, en aquellas horas en las que menos afectase a la empresa la ausencia del trabajador.

14. A MODO DE CONCLUSIÓN

Como hemos podido ver a lo largo de este estudio, la figura jurídica de los permisos retribuidos es una institución con raigambre en nuestra legislación laboral, no exenta de gran litigiosidad.

Las razones de ésta son muchas y variadas, entre ellas, la conjugación entre las normas recogidas por los diferentes textos legales, y la posibilidad de mejora establecidas en los convenios colectivos, los planes de empresa o las relaciones individuales; o las numerosas circunstancias que surgen a lo largo de la vida del contrato dependiendo de las diversas particularidades de las personas trabajadoras.

Tanto la ley, como los Tribunales, han ido modificando, actualizando y modernizando los permisos retribuidos, adaptándose a las nuevas exigencias de la conciliación de la vida familiar y laboral y a la corresponsabilidad de las personas trabajadoras, haciendo verdaderos equilibrios, en ocasiones, entre el mantenimiento del carácter tuitivo de la legislación laboral y la adaptación a las nuevas realidades económicas y empresariales.

⁹⁹ Los convenios colectivos deben concretar los términos del ejercicio de estos derechos, que se han de acomodar a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación directa o indirecta entre trabajadores de uno y otro.

Pese a todo y como ya se ha apuntado en el texto, no se han dado solución a cuestiones relevantes como la necesidad de legislar en cuestiones de parejas de hecho, o cómputo de días subsiguientes por ejemplo al matrimonio; así como si se absorben o no los permisos retribuidos en los supuestos de concurrencia de los días de disfrute de los mismos con los días de descanso semanal o de vacaciones anuales; o si en el permiso para el cuidado del lactante y teniendo en cuenta el interés del menor, deben de eliminarse las circunstancias de filiación y abrirse a otras posibilidades, dando el permiso a otros familiares.

El escenario actual es sin duda favorable para la reformulación de esta institución, así como de otras normas laborales que se ajusten al contexto actual bajo la globalización y digitalización, en definitiva, que se ajusten al Derecho del Trabajo del siglo XXI.

15. BIBLIOGRAFÍA

- BASTERRA HERNÁNDEZ, M.: «Los permisos retribuidos del artículo 37.3 del ET: un análisis aplicativo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid. 2017, núm. 195, febrero.
- BLASCO JOVER, C.: «La nueva configuración del permiso de lactancia y del derecho a la adaptación de la jornada tras el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la igualdad de mujeres y hombres en el empleo y la ocupación», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Ed. ADAPT University Press. Vol 7, n.º 2, abril-junio 2019.
- *Tiempo de trabajo y permisos del trabajador por motivos personales y sindicales*. Tirant lo Blanch Valencia, 2013,
- «La necesidad de adaptar ciertos derechos personales y familiares a parejas de hecho y núcleos monoparentales». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 451, Madrid, 109-148, 2020
- GARCÍA MURCIA, J.: «El derecho a la promoción y formación profesional en el trabajo», en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir): *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*. Madrid, Edersa, 1985.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C.: «Permisos retribuidos y reglas aplicativas sobre el cómputo de los días de disfrute», *Revista Aranzadi Doctrinal Navarra*, n.º 7, 2019.
- GORDO GONZÁLEZ, L.: «La necesaria concreción temporal de los permisos retribuidos por la negociación colectiva», *Revista de Información Laboral*, núm. 6/2018 parte Negociación colectiva. Editorial Aranzadi, Navarra, 2018.
- GARCÍA GRACIA, J. L.: «¿Tengo derecho al permiso retribuido por hospitalización si el hospital prohíbe acompañar al familiar enfermo»; <https://elderecho.com/tengo-derecho-al-permisoretribuido-por-hospitalizacion-si-el-hospital-prohibe-acompanar-al-familiar-enfermo.1/02/2021>.

- IGARTUA MIRÓ, M.^a T.: «La crisis alcanza también al crédito horario: contribución a un debate». *REDT* 176/2015 Aranzadi, Navarra, 2015.
- MARTÍNEZ YÁÑEZ, N. M.: «Los permisos retribuidos tras un periodo de turbulencias judiciales». *Labos*, Vol. 1, n.º 3, pp. 86-108 / doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2020.5775> EISSN 2660-7360 - <http://www.uc3m.es/labos>.
- MOLINA NAVARRETE, C.: «Exclusión de las “parejas de hecho” del permiso por “matrimonio”: ¿cuius commoda eius incommoda u obsolescencia legal a corregir? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 717/2019, de 22 de octubre». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 442, Madrid, 156-166, 2020.
- PEÑA MONCHO, J.: «El inicio y cómputo de los permisos retribuidos comentario a la STS 145/2018 de 13 de febrero y las reacciones generadas en la Audiencia Nacional». *IUSLabor* 1/2019 Madrid 2019.
- PUEBLA PINILLA, A.: «Permisos por nacimiento de hijo: ¿queda margen para su regulación convencional?» *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 244/2021 Parte Jurisprudencia. Editorial Aranzadi, Navarra, 2021.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: «Sobre la superposición de permisos a descansos o vacaciones. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de junio de 2020, asunto C-588/18. Estudios financieros». *Revista de Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, casos, prácticos: recursos humanos*, Madrid, n.º 451, 2020, pp. 209-215.
- «¿Debe extenderse el permiso por matrimonio a las parejas de hecho?: STS-SOC núm. 717/2019, de 22 de octubre». *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, Madrid, n.º 8, 2019.
- «¿Puede posponerse el disfrute de los permisos por razones familiares al momento en que se debería trabajar? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 145/2018, de 13 de febrero Estudios Financieros». *Revista de Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, Madrid, pp. 135-141.
- «El permiso por lactancia a la luz de la reciente jurisprudencia». *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*. Navarra, n.º 213, 2018, pp. 19-43.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: «Los permisos por razones familiares en el artículo 37.3 ET». *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, Madrid, n.º 133, 2017 (Ejemplar dedicado a: Derecho del Trabajo. Conciliación de la vida personal y familiar con el trabajo), pp. 139-183.
- «Permisos por enfermedad grave de cuando el convenio colectivo omite el supuesto: STSJ La Rioja 16 mayo 2000 (AS 2000, 2208)». *Aranzadi Social*, Navarra, n.º 2, 2000, pp. 3125-3130.
- «Permiso por matrimonio y parejas de hecho: STSJ País Vasco 26 marzo 1998; AS 1998, 1290». *Aranzadi Social*, Navarra, n.º 2, 1998, pp. 2582-2585.
- «Permiso por lactancia. Un decenio de jurisprudencia laboral sobre la Ley de igualdad entre mujeres y hombres» / coord. por HIERRO, HIERRO, F. J.; KAHALE

- CARRILLO, DJAMIL, T.; SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (Dir.), 2018, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, pp. 473-497.
- «A vueltas con el permiso de lactancia. En La presencia femenina en el mundo laboral: metas y realidades» / SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (dir.), 2006, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006. 133-152.
 - «Los permisos retribuidos del trabajador», *régimen jurídico de las interrupciones no periódicas, preavisadas y justificadas del contrato de trabajo*, Aranzadi Thomson Reuters. Navarra, 1998.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., GALLEGU MOYA, F.: «Vacaciones y maternidad Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles: Estudios ofrecidos a María Emilia Casas Baamonde con motivo de su investidura como doctora honoris causa por la Universidad de Santiago de Compostela» / GÁRATE CASTRO, F. J. (dir.), MANEIRO VÁZQUEZ, Y. (dir.), MIRANDA BOTO, J. M. (ed. lit.), GIL OTERO, L. (ed. lit.), Ed. Universidad Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2020, pp. 603-613.
- SEMPERE NAVARRO; A. V. y SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: «Problemas generales de los permisos retribuidos», Aranzadi Social Navarra, 1999.
- SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Las interrupciones de la prestación laboral», en SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir): *Régimen general del contrato de trabajo*, Vol. I, Aranzadi, Navarra, 2010, p. 1300.
- «¿Cómo se retribuye el permiso por horas sindicales?», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11/2020, Navarra, 2020.
 - «Video-comentario a la STS núm. 717/2019 de 22 de octubre (RJ 2019, 4625). Permiso por matrimonio en el convenio de Correos», Aranzadi digital, núm. 1/2020. BIB 2020\8848.
 - «Video-comentario a la STS 717/2019, de 22 de octubre (RJ 2019, 4625). Permiso por matrimonio. Uniones de hecho», Aranzadi digital, núm. 1/2020. BIB 2020\10288.
- TUDELA CAMBRONERO, G.: *Las garantías de los representantes de los trabajadores en la empresa*, Tecnos, Madrid, 1999.
- ROMERO RÓDENAS, M. J.; COLLADO GARCÍA, L.: *Permisos y suspensiones por motivos de conciliación y corresponsabilidad en el empleo Público y privado*. Editorial Bomarzo S. L, Albacete, 2020.
- RIVAS VALLEJO, P.: «El cómputo del *dies a quo* en los permisos retribuidos en la jurisprudencia de la Sala cuarta del Tribunal Supremo. STS-SOC núm. 257/2020, de 12 de mayo». *Revista de Jurisprudencia Laboral*, Madrid, número 6/2020.
- VIQUEIRA PÉREZ, C.: «El acompañamiento de hijos y familiares a la consulta médica no constituye un deber inexcusable de carácter público y personal que genere permiso retribuido». *Revista de Jurisprudencia Laboral*, Madrid, n.º 1/2021.
- «¿Subsisten las mejoras convencionales vinculadas al desaparecido permiso por nacimiento?», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, Madrid, n.º 2, 2021.

CAPÍTULO XI

VACACIONES RETRIBUIDAS

MARÍA JOSÉ RAMO HERRANDO
Abogada y Doctora en Derecho

1. LAS VACACIONES RETRIBUIDAS COMO DERECHO

El derecho a vacaciones constituye una conquista contemporánea de la clase trabajadora cuyos precedentes se localizan en el derecho funcionarial del siglo XIX. Este derecho en el ámbito laboral tiene un reconocimiento tardío en relación a otras instituciones relativas al descanso (diario, dominical, festivos nacionales). Dicha circunstancia tiene su justificación en la concurrencia de factores de diversa índole: histórica, jurídica, religiosa, sociológica y demográfica¹.

El 22 de noviembre de 1931, durante la Segunda República, el Boletín Oficial del Estado reconocía el derecho de los asalariados a disfrutar de 7 días de vacaciones². Desde entonces, el número de días de vacaciones anuales retribuidas fue incrementándose en nuestro país, pasando a ser veintiún días na-

¹ SEMPERE NAVARO, A. V. y CHARRO BAENA, P.: *Las vacaciones laborales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2003, p. 15.

² Sobre el origen y la evolución histórica de las vacaciones puede verse en extenso a CHARRO BAENA, P.: *El derecho a vacaciones en el ámbito laboral: origen y evolución histórica, sistema normativo y configuración jurídica del mismo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1993.

turales en 1976³, veintitrés días naturales en 1980⁴ y treinta días naturales desde 1983⁵. Además, en 1978 la Constitución Española reconoció el derecho al descanso retribuido como uno de los principios rectores de la política social y económica⁶.

En el ámbito internacional, en el año 1970, la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo ya adoptó el Convenio 132, denominado «Convenio sobre las vacaciones pagadas» que establecía el «derecho a vacaciones anuales pagadas de una duración mínima determinada»⁷. Además, el derecho de las personas trabajadoras a un periodo de vacaciones anuales retribuidas está expresamente reconocido, de forma imperativa e incondicional, en el artículo 31.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a la que el artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea reconoce el mismo valor jurídico que a los Tratados. Este derecho se regula en la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, en cuyo artículo 7 exige que «todos los trabajadores dispongan de un período de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas, de conformidad con las condiciones de obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o prácticas nacionales»; período mínimo de vacaciones anuales retribuidas que «no podrá ser sustituido por una compensación financiera, excepto en caso de conclusión de la relación laboral».

El derecho a vacaciones retribuidas ha sido declarado un principio del derecho social comunitario asociado a la garantía de seguridad y salud de los trabajadores y frente al que no es admisible ningún tipo de excepción ni pacto, prohibiéndose acuerdos de retribuir las vacaciones mediante pagos parciales fraccionados durante el período anual de trabajo⁸; o de sustituirlas por una indemnización económica en caso de transferencia a un año posterior⁹, límites que los Estados miembros deben respetar.

³ Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales (art. 27.1).

⁴ Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (art. 38.1).

⁵ Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (art. 38.1).

⁶ El artículo 40.2 CE dispone que «los poderes públicos (...) garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados».

⁷ España ratificó este Convenio mediante Instrumento de fecha 16 de junio de 1974 (BOE 5 de julio de 1974).

⁸ SSTJUE 16 marzo 2006 (C-131/04 y 257/04, *Robinson-Steele*) y 22 noviembre 2011 (C-214/210, *KHS*).

⁹ STJUE 6 abril 2006 (C-124/05, *Federatie Nederlandse Vakbeweging*). Véase sobre la sentencia a SEMPERE NAVARRO, A.V. y CHARRO BAENA, P.: «El disfrute de las vacaciones laborales es transferible a un año posterior al que se devengó, pero no compensable económicamente. Comentario a la STJCE de 6 abril de 2006 (TJCE 2006, 114)», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 1, 2006, pp. 3209-3214.

En España, las vacaciones anuales se regulan en el artículo 38 ET, aunque cabe decir que dicha regulación es muy escasa y no resuelve muchas de las grandes dudas jurídicas que se plantean en cuanto al devengo, disfrute y retribución de las vacaciones; todo parece indicar que el legislador tuvo la clara intención de dejar que fueran los convenios colectivos los que dieran respuesta a estas dudas.

2. ALCANCE

La concepción del período anual de vacaciones como tiempo cuyo sentido único o principal es la reposición de energías para la reanudación de la prestación laboral, supone reducir la persona del trabajador a un mero factor de producción y negar, en la misma medida, su libertad, durante aquel período, para desplegar la propia personalidad del modo que estime más conveniente. Dicha concepción resultaría incompatible con los principios constitucionales que enuncia el artículo 10.1 CE (dignidad de la persona y libre desarrollo de su personalidad).

Así pues, si bien las vacaciones se configuran como la interrupción anual y retribuida de la prestación de servicios para proporcionar descanso al trabajador, el trabajador tiene libertad para dedicarlas al descanso o no, por lo que no podrá ser despedido si durante su periodo vacacional realiza otras actividades remuneradas no concurrentes con la actividad de la empresa¹⁰; ni tampoco si incumple la obligación de permanecer en un lugar de residencia concreto¹¹.

El derecho a las vacaciones es irrenunciable e indisponible para los trabajadores, por lo que cualquier acuerdo que conlleve la sustitución de las vacaciones por una cantidad de dinero será nulo de pleno derecho¹². Para el empresario, las vacaciones anuales y retribuidas de sus trabajadores constituyen una obligación, no pudiendo imponer sanciones que consistan en la reducción de la duración de las vacaciones o en otra minoración de los derechos al descanso del trabajador (art. 58.3 ET).

¹⁰ STC 192/2003, de 27 de octubre de 2003 (rec. 4492/2001) que niega que el empresario tenga un derecho o un interés jurídico legítimo a que el trabajador dedique exclusivamente sus vacaciones al descanso en orden a la recuperación de sus energías físicas y mentales y también, que de no hacerlo pueda sancionar por transgresión de la buena fe contractual al trabajador. Véase sobre esta sentencia a CHARRO BAENA, P. y SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Libertad de trabajo durante las vacaciones. Comentario a la STC 192/2003, de 27 de octubre de 2003», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 6518, 2003.

¹¹ STS 22 diciembre de 1994 (rec. 1234/1994).

¹² STSJ Madrid 8 junio 2015 (rec. 26/2015).

3. FIJACIÓN

El artículo 38.2 ET dispone que el período o períodos de disfrute de las vacaciones anuales «se fijará de común acuerdo entre el empresario y el trabajador, de conformidad con lo establecido en su caso en los convenios colectivos sobre planificación anual de las vacaciones».

El artículo 84.2.b) ET establece que el convenio de empresa tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en lo relativo a la planificación anual de las vacaciones, si bien la jurisprudencia ha matizado que esa prioridad aplicativa no se extiende a la duración de las mismas¹³.

La empresa tiene la obligación de confeccionar el «calendario de vacaciones», y aunque el artículo 38.3 ET no especifica cuándo ni con qué antelación debe hacerlo, la fecha deberá permitir que la empresa cumpla con la obligación legal de informar a los trabajadores de las fechas que le corresponden «dos meses antes, al menos, del comienzo del disfrute». Suelen ser los convenios colectivos los que fijan la fecha en la que deberá estar elaborado y publicado el calendario vacacional en el tablón de anuncios, a los efectos de cumplir con la referida obligación de información.

Para que la empresa pueda cumplir con su obligación de fijar el calendario de vacaciones, previamente deberá fijar de común acuerdo con cada trabajador el período o períodos de disfrute, lo que también se llevará a cabo de conformidad con lo establecido, en su caso, en el convenio colectivo sobre planificación anual de las vacaciones. Es decir, no cabe que la fijación de las vacaciones se haga de modo unilateral por la empresa, sino que requiere acuerdo, lo que equivale a que la empresa pregunte a los trabajadores por sus preferencias, evitando así que pueda declararse nulo el calendario por haberse confeccionado sin haber dado cumplimiento al artículo 38.3 ET¹⁴.

Salvo que el convenio de aplicación disponga otra cosa, la fijación del calendario de vacaciones no exige ser consultada ni negociada, ni tampoco alcanzar un acuerdo al respecto con la representación legal de los trabajadores; así que en el caso de que el convenio exija informar, consultar o negociar el calendario con dicha representación legal, habrá de estarse a la concreta obligación que resulte del convenio¹⁵. Si por así disponerlo el convenio de aplicación, la empresa tiene la obligación de negociar con la representación

¹³ SSTs 1 abril 2016 (rec. 147/2015) y 2 diciembre 2020 (rec. 86/2019).

¹⁴ STS 17 julio 2008 (rec. 152/2007)..

¹⁵ STSJ Andalucía (Sevilla) 18 octubre 2012 (rec. 2141/2012), STSJ Galicia 5 julio 2011 (rec. 13/2011) y STSJ Castilla-La Mancha 15 septiembre 2009 (rec. 782/2009).

legal de los trabajadores el calendario de vacaciones, podría llegar a ocurrir que los representantes de los trabajadores se nieguen a alcanzar un acuerdo por considerar que la confección del calendario no respeta los parámetros que recoge la norma convencional, y ello aunque la propuesta de la empresa sí se ajuste a las peticiones efectuadas a título individual por la gran mayoría de los trabajadores. Pues bien, en estos casos, la empresa debe cumplir lo pactado en convenio, ya que lo contrario implicaría dar prevalencia a los acuerdos individuales en masa sobre la negociación colectiva, lo que significaría una infracción del derecho de libertad sindical en su manifestación de derecho a la negociación colectiva¹⁶.

No dar cumplimiento a lo pactado en materia de vacaciones en el convenio de aplicación exige seguir previamente el procedimiento de descuelgue del artículo 82.3 ET, dado que el régimen de disfrute de las vacaciones afecta al régimen horario y de distribución del tiempo de trabajo. Esta obligación de acudir al descuelgue podría no darse en los supuestos en los que se trate de puntuales y específicos acuerdos individuales entre la empresa y algún concreto trabajador, para establecer, en su beneficio, un calendario de vacaciones distinto al determinado en el convenio, pero no cuando la medida tenga un alcance colectivo y se implemente por la empresa al margen de lo previsto en el convenio de aplicación.

En las empresas que no haya representantes legales de los trabajadores y el convenio de aplicación les exija que el calendario de vacaciones se pacte con la representación legal de los trabajadores, la empresa podrá proponer el calendario directamente a las personas trabajadoras. Puede ocurrir que la empresa intente fijar el calendario de vacaciones de común acuerdo con los trabajadores, sin que pueda dar cumplimiento a las preferencias manifestadas por estos. En estos casos, la empresa fijará las vacaciones y comunicará la fecha a los trabajadores, al ser esta la única solución congruente con el derecho de organización de la actividad laboral que le compete al empresario¹⁷.

Los trabajadores podrán mostrar su disconformidad pero no podrán «autoconcederse» las fechas en las que van a disfrutar los días de vacaciones, pudiendo ser sancionados disciplinariamente por las faltas repetidas e injustificadas de asistencia al trabajo, que conforme al artículo 54.2.a) ET constituyen un incumplimiento contractual que puede ser sancionado con el despido¹⁸; y ello

¹⁶ STS 13 enero 2021 (rec. 104/2019).

¹⁷ STSJ Cataluña 27 enero 2016 (rec. 6094/13).

¹⁸ Entre otras, STSJ Asturias 23 marzo 2007 (rec. 4246/2006), SSTSJ Cataluña 17 abril 2012 (rec. 7946/2011), 4 julio 2007 (rec. 2837/2007) y 23 julio 2004 (rec. 2917/2004), SSTSJ Castilla-León (Valladolid) 22 noviembre 2006 (rec. 1875/2006) y 7 marzo 2005 (rec. 268/2005).

aunque la empresa incumpliera el plazo de comunicación anticipada del día de inicio de las vacaciones¹⁹, o la empresa no haya dado respuesta autorizando la petición concreta del trabajador²⁰.

La disconformidad con el periodo vacacional fijado por la empresa deberá articularse mediante la correspondiente demanda ante la jurisdicción social, solicitando que se fijen las vacaciones en un periodo temporal distinto al comunicado por la empresa. La demanda deberá seguir el procedimiento especial de vacaciones, a fin de que el juez pondere las razones organizativas que la empresa alegue tener para no haber atendido las preferencias del demandante²¹.

El artículo 125 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (en adelante, LRJS) prevé distintos supuestos en los que se puede iniciar el procedimiento para la fijación individual o plural de la fecha de disfrute de las vacaciones: (i) cuando la fecha esté precisada en convenio colectivo, (ii) cuando se haya fijado por acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores, (iii) cuando hubiera sido fijada unilateralmente por la empresa y (iv) cuando no estuviera señalada la fecha de disfrute de las vacaciones con dos meses de antelación a la fecha de disfrute pretendida por el trabajador.

En todos estos casos, serán los tribunales los que fijarán la fecha de disfrute de las vacaciones y su decisión será irrecurrible. El procedimiento será sumario y preferente. Además, si una vez iniciado el proceso se produjera la fijación de las fechas de disfrute, no se interrumpirá la continuación del procedimiento. En el marco de este procedimiento, los demandantes también pueden alegar posibles preferencias respecto a otros trabajadores, en cuyo caso deberán ser demandados esos trabajadores.

4. DEVENGO

El período de vacaciones debe ajustarse al trabajo efectivamente desarrollado²², siendo habitual que el cálculo del periodo vacacional se haga a razón de 2,5 días por mes trabajado. Cuando el trabajador no haya prestado servicios durante todo el año, la duración de las vacaciones será proporcional al tiempo de servicios prestados en el año en curso, sin que sea posible exigir un periodo

¹⁹ STSJ Cataluña 24 abril 2002 (rec. 8437/2001).

²⁰ STSJ Cataluña 23 julio 2004 (rec. 2917/2004). En sentido contrario, STSJ Andalucía (Sevilla) 25 octubre 2012 (rec. 70/2012).

²¹ STS 12 marzo 2001 (rec. 3653/2000).

²² STJUE 13 de diciembre 2018 (C-385/17, *Hein*).

mínimo de empleo ininterrumpido con el mismo empleador para tener derecho a vacaciones²³; ni supeditarlo a ningún requisito adicional a la previa prestación de servicios²⁴.

Ahora bien, determinadas ausencias computan como tiempo de trabajo efectivo a los efectos del devengo de las vacaciones anuales. Es el caso de los periodos de baja médica o incapacidad temporal por enfermedad o accidente, a los que ya se refiere el artículo 5.4 del Convenio n.º 132 de la OIT (revisado en 1970)²⁵. Pero estos supuestos de baja médica no son los únicos en los que el tiempo de suspensión computa como si fuera de trabajo efectivo a los efectos del devengo de vacaciones; la doctrina jurisprudencial ha ido ampliándolos a los supuestos como los permisos retribuidos o la huelga legal, en los que no se ven afectadas las vacaciones ni en la duración ni en la retribución²⁶. También se ha hecho extensivo a las suspensiones por riesgo en el embarazo y durante la lactancia natural de un menor de nueve meses, por privación de libertad del trabajador mientras no exista sentencia condenatoria, por fuerza mayor temporal o por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género.

Por el contrario, no computan como tiempo de trabajo efectivo a los efectos del devengo de las vacaciones anuales, la suspensión de empleo y sueldo por motivos disciplinarios, las ausencias injustificadas, la privación de libertad con sentencia condenatoria, las excedencias forzosas por el ejercicio de un cargo público o de funciones sindicales, las excedencias voluntarias, el cierre de empresa o las huelgas ilegales.

En el caso de las suspensiones del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (ERTE), aunque resulta dudoso conforme al artículo 5.4 del Convenio n.º 132 de la OIT, hay jurisprudencia que ha entendido que, si bien tales ausencias no son imputables al trabajador, no procede asimilarlas al trabajo efectivo a estos efectos porque «ni el trabajador tiene la capacidad laboral mermada ni sufre desgaste laboral que deba ser reparado o compensado²⁷. El TJUE también ha mantenido que durante la vigencia de un

²³ STJUE 24 enero 2012 (C282/10, *Maribel Domínguez*).

²⁴ STS 5 noviembre 2014 (rec. 210/2013), que cita la STJUE 21 junio 2012 (C-78/11, *Anged*).

²⁵ Artículo 5.4 del Convenio n.º 132 de la OIT: «En las condiciones que en cada país se determinen por la autoridad competente o por el organismo apropiado, las ausencias del trabajo por motivos independientes de la voluntad de la persona interesada, como enfermedad, accidente o maternidad, serán contadas como parte del período de servicios».

²⁶ SSTs 10 diciembre 1993 (rec. 3015/1992) y 24 enero 1994 (rec. 2653/1992).

²⁷ Sobre esta cuestión puede verse a SALA FRANCO, T.: «Acerca de la incidencia del COVID-19 en el derecho a las vacaciones de los trabajadores», *Derecho de las Relaciones Laborales*, Francis Lefebvre, núm. 4, 2020, p. 430.

ERTE (tanto si es suspensivo como de reducción de jornada vertical –prestación de servicios solo algunos días a la semana–) no se devengan vacaciones²⁸, ya que no resulta equiparable la situación de ERTE a la de enfermedad durante el período de devengo de las vacaciones anuales²⁹. No obstante, cuando el ERTE sea de reducción de jornada horizontal (se prestan servicios todos los días, pero durante menos horas) el devengo de las vacaciones será proporcional al tiempo efectivamente trabajado.

Y, por lo mismo, tampoco procede el abono de la parte proporcional de las vacaciones en los supuestos en los que la empresa hubiese concedido un permiso remunerado de larga duración, en vez de utilizar el mecanismo de la suspensión temporal por un ERTE, hasta el momento en que se resuelvan los contratos por un ERE. Y ello porque se trata de un permiso o descanso que sustituye a las vacaciones y, porque es una situación que podría asimilarse a una suspensión de un contrato de trabajo por un ERTE³⁰. Lo mismo ocurre en el caso en el que la suspensión de mutuo acuerdo se deba a que los trabajadores se acojan a planes de prejubilaciones y sea necesario tramitar el correspondiente expediente de regulación de empleo³¹.

Tampoco computan como tiempo efectivo de trabajo, según el criterio del TJUE, los permisos parentales para el cuidado de menores. La razón es que este tipo de permisos para el cuidado obedecen a un interés personal en dedicar un período de tiempo a la atención del menor, mientras que los permisos de maternidad o paternidad (ahora permisos por nacimiento, adopción, de guarda con fines de adopción y de acogimiento) tienen como razón de ser la salud de la madre y/o la necesaria cercanía del recién nacido, adoptado o acogido³². La razón de ser o finalidad de estos últimos permisos también se puede hacer extensiva a las prestaciones por riesgo durante el embarazo y la lactancia natural y, en cierta medida –al tratarse de reducción de jornada, no de suspensión de

²⁸ STJUE 8 de noviembre 2012 (C229/11 y C230/11 *Heimann y Toltschin*) que se refiere a «plan social negociado» confirmaría este criterio, y también la STS 14 julio 1997 (rec. 4394/1996).

²⁹ Puede verse a ÁLVAREZ CORTÉS, J. C.: «Vacaciones anuales y suspensión del contrato de trabajo por expediente de regulación de empleo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Aranzadi, núm. 178, 2015.

³⁰ STS 30 abril 1996 (rec. 3084/1995).

³¹ Véase en este supuesto el comentario de CHARRO BAENA, P.: «La repercusión de la suspensión del contrato de trabajo por mutuo acuerdo en la consolidación del derecho a vacaciones. Comentario a la STSJ Andalucía (Sevilla) 2 abril 2002», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 62, 2003.

³² SSTJUE 4 octubre 2018 (C-12/17, *Dicu*) y 18 marzo 2004 (C-342/01, *Merino Gómez*). Sobre la segunda sentencia, véase a CHARRO BAENA, P.: «Incidencia de la maternidad en el derecho a vacaciones. Especial referencia a la STJCE de 18 de marzo de 2004, Asunto C-342/2001, Merino Gómez/Continental industrias del caucho», en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (Dir.): *La presencia femenina en el mundo laboral: metas y realidades*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 183-193.

contrato—, con la del cuidado directo de menores afectados de enfermedades graves³³.

El devengo de vacaciones en caso de despido que es declarado improcedente, dependerá de si se opta por la indemnización (siendo por tanto la fecha de efectos la del despido), en cuyo caso no hay devengo de vacaciones desde el despido y hasta la sentencia³⁴, o de si se opta por la readmisión (sea quien sea al que corresponda la opción) y por tanto, se deben abonar salarios de tramitación, lo que sí supondrá el devengo de vacaciones por el período de tiempo de inactividad al que corresponden los salarios de tramitación³⁵.

El devengo de días de vacaciones en los contratos a tiempo parcial no goza de ninguna regla específica en el artículo 38 ET, lo que lleva a pensar que no hay distinción respecto a los contratos a tiempo completo en lo que se refiere al devengo de número de días y a su disfrute y que se aplica el principio de equiparación³⁶. Ahora bien, no podemos obviar que la doctrina del TJUE ha venido manteniendo la aplicación del principio *por rata temporis*, que considera justificado que se disminuya el derecho a vacaciones respecto al que devengan los trabajadores a tiempo completo; llegando a mantener que el número de unidades de descanso devengadas en relación con el número de unidades laborales trabajadas deberá calcularse de forma separada cuando el trabajador haya tenido periodos de trabajo a tiempo completo y otros a tiempo parcial en el mismo año³⁷.

5. DURACIÓN

Actualmente, el 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 reconoce a los trabajadores el derecho a un período mínimo de treinta días naturales de vacaciones anuales, con cargo al empresario, que puede ser mejorado mediante convenio colectivo o contrato individual.

En concreto, el artículo 38 ET se refiere a las vacaciones anuales y regula principalmente su duración y su fijación. Respecto al tiempo de duración dispone que «será el pactado en convenio colectivo o contrato individual» y que «en ningún caso la duración será inferior a treinta días naturales».

³³ GALLEGO MOYA, F.: «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el derecho a las vacaciones», *Revista Española del Derecho del Trabajo*, Aranzadi, núm. 227, 2020, p. 14.

³⁴ STS 12 junio 2012 (rec. 2484/2011).

³⁵ STS 27 mayo 2019 (rec. 1518/2017) que cita la STJUE 6 noviembre 2018 (C-684/16, *Shimizu*).

³⁶ STS 23 mayo 1997 (rec. 2768/1996).

³⁷ SSTJUE 22 abril 2010 (C-486/2008, *Zentralbetriebsrat*) y 11 noviembre 2015 (C-219/14, *Greenfield*).

Ese mínimo relativo a los treinta días naturales al año no impide el reconocimiento de un periodo de vacaciones superior, ni implica la desnaturalización de aquellos días que, por encima del mínimo, el convenio o el pacto individual, reconozcan; los cuales seguirán teniendo la naturaleza de vacaciones anuales retribuidas³⁸.

Resulta muy habitual que los convenios colectivos regulen la duración de las vacaciones con carácter general, y se refieran a los treinta días naturales como hace el artículo 38.1 ET, pero también hay convenios colectivos que contemplan como medida de cómputo los días hábiles (habitualmente veinticuatro). Otros convenios utilizan un sistema híbrido, fijando un número de días hábiles, pero estableciendo que en ningún caso pueda resultar ser inferior a un determinado número de días naturales.

No faltan convenios colectivos que amplían los días de vacaciones, ya sea con carácter general (a más de veinticuatro días hábiles o a más de treinta días naturales), o con carácter particular a los trabajadores que cumplan determinada edad o determinados años de antigüedad en la empresa. Esta ampliación del periodo vacacional, en algunos sectores como la enseñanza y en función de su actividad, se hace a base de fijar un descanso retribuido que los trabajadores deben disfrutar de forma consecutiva y conjunta con el mes de vacaciones³⁹.

6. DISFRUTE

La elección por parte del trabajador de la fecha de disfrute de las vacaciones puede ser considerada una condición más beneficiosa, si se ha mantenido de forma constante, repetida y reiterada en el tiempo, por lo que para ser eliminada la empresa deberá seguir el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de contrato, ya que de lo contrario la modificación será nula⁴⁰.

El disfrute ininterrumpido de las vacaciones no se deduce del artículo 38 ET, ya que se refiere a «periodo o periodos» de disfrute, sin establecer un número máximo de periodos ni tampoco una duración mínima de dichos periodos, y sin que quepa hacer diferencias entre las vacaciones de verano (ordinarias) o de navidad, ya que ambas forman parte de las vacaciones anuales, que pueden ser disfrutadas en un solo periodo o en varios⁴¹. Ahora bien, hay que

³⁸ STS 4 julio 2018 (rec. 1619/2017).

³⁹ Convenio Colectivo de Empresas de Enseñanza Privada Sostenidas Total o Parcialmente con Fondos Públicos.

⁴⁰ SSTS 7 enero 2020 (rec. 2162/2017) y 30 septiembre 2020 (rec. 109/2019).

⁴¹ STS 4 julio 2018 (rec. 1619/2017).

tener en cuenta que el artículo 8.2 del Convenio 132 de la OIT sí que establece una duración mínima para uno de esos periodos de dos semanas laborables ininterrumpidas, aunque permite que puedan establecerse otras duraciones mediante acuerdos que vinculen al empleador y a la persona empleada interesada. En este sentido, existen convenios que limitan el número de fraccionamientos a dos, otros que permiten el fraccionamiento solo si hay mutuo acuerdo entre empresa y trabajador, o que exigen que uno de los fraccionamientos se produzca en determinados meses estivales o que, incluso, rebajan a diez días la duración mínima de los fraccionamientos.

Los convenios colectivos también pueden establecer otras reglas o criterios de distribución de las vacaciones de los trabajadores que busquen favorecer la ordenación y racionalización de su disfrute; y pueden hacerlo excluyendo determinados periodos del año para su disfrute por coincidir con los de mayor actividad en la empresa, señalando los meses del año para su disfrute (normalmente los que coinciden con el periodo estival o las vacaciones escolares, para facilitar la conciliación de la vida laboral con la personal y familiar), estableciendo la obligación de hacerlas coincidir con el periodo de cierre de la empresa, fijando el inicio de su cómputo en día laborable o distribuyendo los periodos de vacaciones por departamentos, siendo también frecuente que se pacten en la negociación colectiva los porcentajes mínimos de trabajadores que se precisan en cada departamento para mantener la actividad productiva.

También mediante la negociación colectiva pueden establecerse preferencias en la elección del momento del disfrute (por antigüedad en la empresa, por tener hijos en edad escolar, por razón de embarazo o incluso para hacer coincidir las vacaciones de dos trabajadores de la misma empresa que son matrimonio, etc.). No faltan convenios colectivos que optan por establecer el sistema rotativo para la elección de las fechas de disfrute⁴². E incluso, otros que establecen compensaciones para las personas trabajadoras que acepten disfrutar las vacaciones fuera de los meses determinados por convenio; estas compensaciones pueden ser económicas o consistir en un mayor número de días de vacaciones, y aplicarán también a los trabajadores a tiempo parcial⁴³. Por último, no faltan convenios colectivos que permiten que los trabajadores puedan intercambiarse las vacaciones, previa petición de los trabajadores implicados en el cambio y autorización de la empresa.

El empresario podrá ser sancionado cuando no permita ejercer el derecho a vacaciones retribuidas a sus empleados, ya que estaría cometiendo una trans-

⁴² Convenio Colectivo sectorial de servicios a la dependencia (artículo 41.a).

⁴³ STS 22 octubre 2020 (rec. 50/2019).

gresión de las normas y los límites legales o pactados en materia de vacaciones, tipificada como sanción grave por el artículo 7.5 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social que puede conllevar una sanción de multa, que en su grado máximo puede alcanzar los 7.500 euros, conforme dispone el artículo 40.1.b) de la mencionada norma.

El disfrute de las vacaciones debe hacerse durante el año natural, pero esta regla tiene excepciones. El TJUE ha declarado que el empresario que no permite a un trabajador ejercer su derecho a vacaciones anuales retribuidas debe asumir las consecuencias, permitiendo que se puedan aplazar, y en su caso acumular, hasta el momento de la conclusión de la relación laboral. Si las vacaciones pueden ser todavía disfrutadas, el trabajador podrá acumularlas a las vacaciones del año en curso⁴⁴. En el caso en el que el trabajador tuviera pendiente de disfrutar vacaciones de años anteriores, que ya no va a poder disfrutar porque ha cesado en la empresa, habrá que analizarse si ha sido debido a causas ajenas a su voluntad, y solo de ser así habrán de serle compensadas económicamente⁴⁵. La cuantía de esa compensación deberá calcularse de tal modo que el trabajador ocupe una situación comparable a aquella en la que se habría encontrado si hubiera ejercido el mencionado derecho durante su relación laboral⁴⁶.

Así pues, la pérdida del derecho a las vacaciones por expirar el año de su devengo solo es conforme a la normativa comunitaria si el trabajador que pierde el derecho a vacaciones anuales retribuidas tuvo la posibilidad de haber disfrutado las vacaciones y no lo hizo. Lo anterior conlleva que la pérdida automática del derecho a vacaciones anuales retribuidas, sin estar supeditada a la verificación previa de que el trabajador ha estado efectivamente en condiciones de ejercer este derecho, no respeta la norma comunitaria. Se trata de evitar así que, siendo el trabajador la parte débil de la relación laboral, el empresario pueda liberarse de cumplir sus propias obligaciones, alegando que el trabajador no ha presentado una solicitud de vacaciones anuales retribuidas⁴⁷.

⁴⁴ STJUE 29 noviembre 2017 (C-214/16), *King*. En extenso sobre esta sentencia, véase a SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Las vacaciones de “Conley King”», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 939, 2018, p. 6/6.

⁴⁵ STSJ Canarias (Santa Cruz de Tenerife) 29 octubre 2019 (rec. 233/2019).

⁴⁶ STJUE 29 de noviembre 2017 (C-214/16, *King*). Véase sobre esta sentencia el comentario de ORTEGA LOZANO, P. G. y GUINDO MORALES, S.: «*Status quaestionis* sobre el derecho a las vacaciones anuales retribuidas del trabajador», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Aranzadi, núm. 221, 2019.

⁴⁷ SSTJUE 6 noviembre 2018 (C-619/16 *Kreuziger*) y (C-684/16, *Shimizu*). En extenso sobre estas dos sentencias puede verse a SHEIFERT, A.: «Vacaciones no disfrutadas y extinción del contrato: compensación económica», *Trabajo y Derecho*, Wolters Kluwer, núm. 52, 2019, p. 1/8 y NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: «El final de un principio y el comienzo de un derecho: las vacaciones anuales retribuidas como derecho fundamental y su repercusión en materia de responsabilidad por incumplimiento del Derecho de la

La carga de la prueba de estas circunstancias corresponde al empresario, que tendrá que poder demostrar que actuó con la diligencia necesaria para que el trabajador pudiera disfrutar las vacaciones anuales a las que tenía derecho, y no lo hizo⁴⁸. Lo anterior supone que los empresarios deberán poder probar que informaron al trabajador de su derecho a tomar vacaciones y de que, si no lo hace, las perderá al término del período de devengo o de un período de prórroga. En el supuesto de que no pueda ser demostrado, en caso de extinción de la relación laboral, procederá la compensación económica por las vacaciones anuales no disfrutadas en ejercicios anteriores. Ahora bien, si el no disfrute de las vacaciones le es imputable al trabajador, entonces no procederá la compensación⁴⁹.

La COVID-19 hizo que algunas empresas pretendieran imputar el período de confinamiento forzoso a las vacaciones anuales de sus trabajadores y también que los trabajadores que tenían fijadas sus vacaciones en periodos coincidentes con el confinamiento pretendieran aplazar sus vacaciones. Respecto a la primera cuestión, la medida conculcaría la efectividad del derecho a vacaciones y se ha de considerar, con carácter general, abusiva, decisiva y, por ende, generadora de perjuicios innecesarios⁵⁰. Respecto a la segunda cuestión, cabe decir que ha dado lugar a pronunciamientos judiciales que, haciendo una equiparación entre la situación de confinamiento y la de incapacidad temporal, han avalado el derecho a aplazar la fecha de disfrute del período de vacaciones señalado inicialmente, para así evitar que coincida con un período de confinamiento, considerándose lógico y razonable que una causa de fuerza mayor que condiciona de modo directo las vacaciones, permita al trabajador conservar su derecho a disfrutarlas, precisamente porque este acontecimiento imprevisto, y aunque previsible, inevitable, habría impedido su legítimo derecho a disfrutar sus vacaciones debidamente autorizadas por la empresa empleadora⁵¹.

Los días de vacaciones disfrutadas por el trabajador en exceso, no pueden ser compensados en la liquidación final o finiquito del contrato de trabajo, ya que no constituye un crédito del empresario frente al trabajador compensable en el finiquito, al no existir base legal para ello y porque el disfrute anticipado

Unión Europea», *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2019, núm. 142, pp. 449-464.

⁴⁸ SSTJUE 16 de marzo 2006 (C-131/04 y C-257/04, *Robinson-Steele*) y 6 noviembre 2018 (C-684/16, *Shimizu*).

⁴⁹ STSJ Andalucía (Sevilla) 17 julio 2020 (rec. 909/2019).

⁵⁰ ESTEBAN GÓMEZ, A.: «Momento del disfrute de las vacaciones y COVID-19», *Derecho de las Relaciones Laborales*, Francis Lefebvre, núm. 10, 2020, p. 1301.

⁵¹ SJS núm. 3 Santander 16 septiembre 2020 (proc. 404/2020) y en el mismo sentido SJS núm. 1 Melilla 3 noviembre 2020 (proc. 160/2020).

bien puede ser una concesión voluntaria del empresario, pues el Estatuto de los Trabajadores establece un mínimo de la duración del periodo de vacaciones anuales pero no un máximo de su duración⁵².

Las horas de vacaciones disfrutadas durante el año computan como horas de trabajo cuando se establece en el convenio un complemento por horas extraordinarias, en coherencia con lo dispuesto en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003 y del artículo 31, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ya que de no computarse, podría ser motivo para disuadir al trabajador de ejercer su derecho a vacaciones anuales retribuidas⁵³. En supuestos de sucesión de empresas, la doctrina judicial considera que las vacaciones no son compensables con los días de asuntos propios previstos en el convenio colectivo, al no tratarse de condiciones económicas que se encuentren dentro del ámbito de aplicación de artículo 26.5 del ET⁵⁴.

7. APLAZAMIENTO DEL PERIODO VACACIONAL

Con la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, se introdujo en el Estatuto de los Trabajadores algo que jurisprudencialmente ya había sido plenamente asumido y que impedía que el trabajador perdiera el derecho a vacaciones cuando no podía disfrutarlas por estar en situación de incapacidad temporal o en determinados periodos de suspensión del contrato de trabajo; de esta forma, se adecuaba la legislación española a la interpretación que el TJUE había realizado de la Directiva 2003/88/CE⁵⁵, y que ya había sido asumida por el propio Tribunal Supremo⁵⁶; y se fijaban excepciones a la regla fundamental en la configuración jurídica del derecho vacacional que dice que una vez concertado el periodo vacacional y atribuida

⁵² STSJ Canarias (Santa Cruz de Tenerife) 20 julio 2021 (rec. 297/2021).

⁵³ STJUE 13 enero 2022 (C514/20, *Koch Personaldienstleistungen*).

⁵⁴ SAN 9 diciembre 2021 (rec. 163/2020).

⁵⁵ ATJUE 21 febrero 2013 (C-194/12, *Maestre García*), que cita las SSTJUE 10 septiembre 2009 (C-277/08, *Vicente Pereda*) y 21 junio 2012 (C-78/11, *Anged*). En extenso sobre el caso *Anged*, puede ver a ALZAGA RUIZ, I.: «Ordenación del tiempo de trabajo, derecho a vacaciones anuales retribuidas y baja por enfermedad», en GÁRATE CASTRO, J. y MANERO VÁZQUEZ, Y. (Dirs.): *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por los órganos jurisdiccionales españoles: estudios ofrecidos a la profesora María Emilia Casas Baamonde*, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico de la USC, Santiago de Compostela, 2021, pp. 623-629.

⁵⁶ SSTS 24 junio 2009 (rec. 1542/2008), 3 octubre 2012 (rec. 249/2009), 29 octubre 2012 (rec. 4425/2011), 17 enero 2013 (rec. 1744/2010), 20 mayo 2014 (rec. 2201/2013), 5 noviembre 2014 (rec. 210/2013) y 4 febrero 2015 (rec. 2085/2013).

al trabajador una fecha para su disfrute, no es posible ni su modificación ni su interrupción⁵⁷.

El artículo 38.3 ET distingue dos situaciones distintas en función de cual sea la causa por la que la persona trabajadora no pueda disfrutar de sus vacaciones en el periodo que le había sido asignado o dentro del año al que corresponden las vacaciones:

1.^a Cuando la persona trabajadora tiene derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de su incapacidad temporal o a la del disfrute del permiso y ello, *aunque haya terminado el año natural* al que correspondan, por coincidir su periodo vacacional con:

a) Una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural.

b) El período de suspensión del contrato de trabajo previsto en el artículo 48.4 ET (16 semanas por nacimiento para la madre biológica y para el otro progenitor distinto de la madre biológica, que podría ampliarse hasta 13 semanas adicionales en caso de parto prematuro con falta de peso y en aquellos otros en que el neonato precise, por alguna condición clínica, hospitalización a continuación del parto, por un periodo superior a siete días).

c) El período de suspensión del contrato de trabajo previsto en el 48.5 ET (16 semanas para cada adoptante, guardador o acogedor en los supuestos de adopción, de guarda con fines de adopción y de acogimiento).

d) El período de suspensión del contrato de trabajo previsto en el 48.7 ET (en el supuesto de riesgo durante el embarazo o de riesgo durante la lactancia natural, desde que se declare el riesgo y hasta que se inicie la suspensión del contrato por parto o el lactante cumpla nueve meses, respectivamente, o, en ambos casos, cuando desaparezca la imposibilidad de la trabajadora de reincorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado).

2.^a Cuando la persona trabajadora tiene derecho a disfrutar las vacaciones una vez finalice su incapacidad, pero siempre que no hayan transcurrido más de dieciocho meses a partir del final del año en que se hayan originado, por coincidir su periodo vacacional con una incapacidad temporal debida a una enfermedad común o accidente no laboral o bien por enfermedad profesional o accidente de trabajo, que imposibilite al trabajador disfrutarlas, total o parcialmente, durante el año natural a que corresponden.

⁵⁷ CHARRO BAENA, P.: «Los derechos Individuales del Trabajador: conciliación de la vida familiar y laboral y vacaciones laborales», *IUS Revista de Investigación de la Facultad de Derecho*, vol. 2, núm. 1, 2012, p. 55.

Las bajas por estas causas pueden resultar problemáticas en los supuestos de recaídas o bajas sucesivas y concatenadas debidas a dolencias o accidentes de distinta etiología. En estos casos la baja expedida por el facultativo competente del sistema público produce todos los efectos laborales, por más que si no hubieren transcurrido seis meses de actividad laboral desde la extinción del último periodo de incapacidad temporal se requiera la intervención del INSS, que emitirá una baja a los solos efectos de prestación económica por incapacidad temporal, previo informe de los facultativos evaluadores, pudiendo incluso encadenarse sucesivas recaídas durante varios años, sin consecuencias prestacionales del sistema de Seguridad Social pero a las que habría que atribuirles indudables efectos laborales, que son los que interesan a propósito de la acumulación de periodos de vacaciones, pudiéndose superar el periodo máximo de los 18 meses, aludido en el artículo 38.3 del ET. Subyace a esta previsión legal una confusión entre las consecuencias para el percibo de la prestación por incapacidad temporal de la expedición del parte de baja médica dada por los servicios médicos públicos competentes y los efectos laborales o sobre la relación de trabajo de la expedición de los repetidos partes médicos de baja⁵⁸.

Así pues, en todos estos supuestos de Incapacidad Temporal y de suspensión con reserva de puesto citados anteriormente, si la incapacidad o la suspensión se inició antes de la fecha prevista para el inicio de las vacaciones, estas quedarán aplazadas, y si se produjo durante las vacaciones, se entenderán interrumpidas desde que el trabajador comunique a la empresa su situación y la justifique con la documentación pertinente (partes oficiales de baja, confirmación y alta, certificado médico, inscripción en el Registro Civil o libro de familia, etc.).

Este aplazamiento de las vacaciones por coincidir con la incapacidad temporal o los periodos de suspensión referidos, se produce tanto si se trata de las vacaciones estivales como si coinciden con las vacaciones de Navidad, y ello pese a que la normativa de la empresa exija que los días correspondientes a dichas vacaciones deban ser disfrutados de forma continuada en determinado período del año⁵⁹. Así pues, a efectos del aplazamiento e interrupción del periodo vacacional, todos los días de vacaciones tienen un ca-

⁵⁸ TAPIA HERMIDA, A.: «Acumulación de periodos de disfrute de vacaciones vs. Acumulación de compensaciones por vacaciones», *Revista del Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 352, 2012, pp. 234 y 235.

⁵⁹ STS 4 julio 2018 (rec. 1619/2017).

rácter unívoco, con independencia de la distribución a lo largo de diferentes momentos del año.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia Europeo ha dejado claro que las normativas nacionales y los convenios colectivos que prevén la concesión de días de vacaciones anuales retribuidas que exceden del periodo mínimo de cuatro semanas, pueden negar el aplazamiento de estos días de vacaciones (las que exceden) en caso de enfermedad del trabajador, ya que estos días que exceden quedan fuera del ámbito de aplicación del artículo 7.1 de la Directiva 2003/88⁶⁰.

Si el trabajador no se reincorpora a la empresa tras su incapacidad temporal por extinguirse la relación laboral, las vacaciones acumuladas pendientes de disfrutar deberán serle compensadas económicamente; si la extinción se produce por reconocérsele la situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual, la fecha de dicha resolución será la que fije el *dies a quo* para el ejercicio de la acción de reclamación⁶¹. Para ello la empresa habrá de abonarle el importe de la retribución que percibió durante el periodo de trabajo anterior al que hubiera correspondido disfrutar de las vacaciones anuales, sin tomar en consideración las eventuales reducciones salariales derivadas de la situación de Incapacidad Temporal⁶².

Por el contrario, la Audiencia Nacional ha acatado el criterio del TJUE⁶³ y ha mantenido que los permisos retribuidos que coincidan con el periodo vacacional no dan derecho a alargar los días de vacaciones, sino que quedan absorbidos en esos días de vacaciones⁶⁴. Y ello porque, a diferencia de lo que ocurre con la incapacidad temporal, los permisos retribuidos están previstos para permitir a los trabajadores atender ciertas obligaciones que requieren su asistencia personal durante un periodo de trabajo, y si el trabajador está de vacaciones y no existe obligación de acudir al puesto de trabajo, no se da el supuesto de hecho necesario para aplazar los días de permiso⁶⁵.

⁶⁰ STJUE (Gran Sala) 19 de noviembre de 2019 (C-609/17 y 610/17, *Luoma y Tapio Keränen*). Sobre estas sentencias en extenso puede verse a MARTÍNEZ MOYA, J.: «El Derecho nacional «vence» competencialmente sobre el Derecho de la Unión Europea: vacaciones retribuidas superiores a cuatro semanas y negativa a su aplazamiento, pese a concurrir una baja médica», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, Editorial del BOE, núm. 1, 2020.

⁶¹ SSTS 14 marzo 2019 (rec. 466/2017) y 28 mayo 2013 (rec. 1914/2012).

⁶² STJUE 9 diciembre 2021 (C217/20, *Staatssecretaris van Financiën*).

⁶³ STJUE 4 de junio 2020 (C-588/18, *Fetico*). Sobre esta sentencia puede verse el comentario de VICENTE ANDRÉS, R.: «El derecho a las vacaciones anuales y los permisos retribuidos, análisis de la STJUE de 4 de junio de 2020», *Unión Europea Aranzadi*, Aranzadi Thomson Reuters, núm. 4, 2021.

⁶⁴ SAN 6 de julio 2020 (rec. 113/2018).

⁶⁵ Puede verse a MUÑOZ RUIZ, A. B.: «Una revisión de los nuevos casos judiciales sobre el cómputo de los días de permisos retribuidos durante los periodos de descanso semanal y vacaciones», *Trabajo y Derecho*, Wolters Kluwer, núm. 71, 2020.

8. RETRIBUCIÓN. CUANTÍA

El artículo 38.1 ET se refiere al periodo de vacaciones anuales «retribuidas» y dice que no son sustituibles por «compensación económica». En parecidos términos se pronuncia el artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE que establece taxativamente que «el período mínimo de vacaciones anuales retribuidas no podrá ser sustituido por una compensación financiera, excepto en caso de conclusión de la relación laboral».

Ni la Directiva 2003/88 ni el Estatuto de los Trabajadores se pronuncian en torno a la cuantía de la retribución del periodo vacacional, motivo por el cual la retribución de las vacaciones ha sido objeto de numerosos pronunciamientos tanto de la justicia nacional como de la comunitaria⁶⁶.

Las vacaciones retribuidas han de comprender todos los conceptos salariales en su promedio a fin de cumplir el objeto perseguido por la institución de proporcionar descanso pleno al trabajador, objeto que podría verse afectado si mediara una disminución en los ingresos económicos, razón por la cual se ha considerado que el trabajador debe mantener la retribución ordinaria durante el citado periodo vacacional⁶⁷.

Así pues, en la retribución de las vacaciones se incluirán conceptos como el salario base o los complementos debidos a circunstancias personales del trabajador o a la actividad empresarial. Y se excluirán, salvo que el convenio colectivo diga otra cosa, los conceptos retributivos extraordinarios como los bonos, determinados incentivos, los conceptos salariales de carácter excepcional establecidos para compensar actividades también extraordinarias, cual es el exceso de jornada, que únicamente se retribuye cuando realmente se trabaja excepcionalmente. La razón de lo anterior radica en que para que un concepto resulte excluido de la retribución de vacaciones no basta que este concepto sea debido a una circunstancia no habitual en el trabajo realizado, sino que es preciso que el trabajo mismo que se remunera sea extraordinario⁶⁸. También se excluirán los conceptos que no constituyen salario sino compensación por gas-

⁶⁶ Puede verse en extenso SEMPERE NAVARRRO, A. V. y CHARRO BAENA, P.: «El régimen jurídico de las vacaciones desde la perspectiva del Derecho Social Comunitario», en ARETA MARTÍNEZ, M. y SEMPERE NAVARRRO, A. V. (Coords.): *Cuestiones actuales sobre Derecho Social Comunitario*, Ediciones Laborum, Murcia, 2009, pp. 145-159.

⁶⁷ STJUE (Gran Sala) 20 enero 2009 (C-350/06, *Schultz-Hoff*) y STJUE 13 diciembre 2018 (C-385/17, *Hein*). Véase sobre la primera sentencia a SEMPERE NAVARRRO, A. V. y CHARRO BAENA, P.: «Imposibilidad de disfrutar vacaciones “in natura” por coincidir con baja por enfermedad. Comentario a la STJCE 20 enero 2009 (TJCE 2009, 7)», *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, núm. 7, 2009, pp. 21-28.

⁶⁸ STS 17 diciembre 1996 (rec. 1321/1996), que cita las SSTs 14 febrero 1994 (rec. 1880/1993), 19 octubre 1994 (rec. 1162/1993) y 21 octubre 1994 (rec. 3149/1993).

tos realizados por los trabajadores con ocasión del traslado de su domicilio al trabajo, o por la merma que pueda ocasionar el manejo de efectivo (complemento por quebranto de moneda, plus de transporte, plus de entrada y salida, etc.)⁶⁹; o conceptos que retribuyen un exceso de la jornada ordinaria (como el plus de mayor dedicación del Convenio de Renfe)⁷⁰. La inclusión o no de otros conceptos percibidos esporádicamente dependerá de las circunstancias concurrentes⁷¹. Y ello, sin perjuicio de lo que el convenio colectivo aplicable pueda establecer de conformidad con lo previsto en el propio artículo 7 del Convenio 132 de la OIT.

En este sentido, la negociación colectiva puede aportar seguridad jurídica estableciendo qué conceptos retributivos deben ser incluidos en la retribución vacacional y cuáles no⁷². Ahora bien, un convenio colectivo no puede excluir conceptos que claramente corresponden a la retribución ordinaria de los trabajadores⁷³.

La doctrina del Tribunal Supremo vino manteniendo que la retribución de las vacaciones debía hacerse con arreglo a lo dispuesto en el convenio colectivo de aplicación, esto es, computando sólo los conceptos retributivos que el convenio estableciera al efecto⁷⁴, pero el TJUE puso límite a esta doctrina al considerar que ninguna disposición o práctica nacional puede excluir las comisiones de la retribución de las vacaciones, ni tampoco a cualquier otra retribución variable que se devengue en jornada ordinaria⁷⁵. A partir de esta doctrina han sido muchas las sentencias que han considerado que los convenios colectivos no pueden, sin vulnerar lo dispuesto en el artículo 7.1 Directiva 2003/88/CE, excluir retribuciones variables devengadas durante la jornada ordinaria⁷⁶.

También el Tribunal Supremo ha incorporado a su jurisprudencia este criterio⁷⁷; si bien matizando que la inclusión o exclusión de cada concepto

⁶⁹ STS 21 octubre 1994 (rec. 3149/1993).

⁷⁰ SSTS 20 de enero 1992 (rec. 948/1991) y 1 febrero 1993 (rec. 791/1991).

⁷¹ STS 8 de junio 2016 (rec. 112/2015).

⁷² Sobre la regulación de las vacaciones por los convenios colectivos puede verse a GORELLI HERNÁNDEZ, J. y GUTIÉRREZ PÉREZ, M.: «La regulación convencional de la retribución de las vacaciones anuales: últimas tendencias jurisprudenciales», *Trabajo y Derecho*, Wolters Kluwer, núm. 2016, núm. 24.

⁷³ STJUE 22 mayo 2014 (C-539/12, *Z. J. R. Lock*) que fue aplicada en las dos SSTS 8 junio 2016 (rec. 112/2015 Contact Center y rec. 207/2016 Telefónica Móviles), 30 junio 2016 (rec. 45/2015), 29 septiembre 2016 (rec. 233/2015) y 21 marzo 2017 (rec. 80/2016).

⁷⁴ SSTS 26 julio 2010 (rec. 199/2009), 3 octubre 2007 (rec. 2083/2006) y 6 marzo 2012 (rec. 80/2011).

⁷⁵ STJUE 22 mayo 2014 (C-539/12, *Z. J. R. Lock*), en el mismo sentido STS 17 diciembre 1996 (rec. 1321/1996).

⁷⁶ SSAN 20 marzo 2015 (rec. 18/2015), 14 enero 2015 (rec. 284/2014), 11 diciembre 2014 (rec. 268/2014), 17 septiembre 2014 (rec. 194/2014), 21 julio 2014 (rec. 128/2014).

⁷⁷ STS 8 de junio 2016 (rec. 112/2015) que se refiere a la exigencia de que las comisiones por ventas y otros incentivos a la producción se incluyan en la retribución de las vacaciones pese a que el Convenio del sector del Contact Center parecía excluirlas.

debe conllevar un previo examen casuístico de cada supuesto concreto para analizar si la naturaleza de cada concepto es ordinaria o extraordinaria⁷⁸. En este sentido, el Tribunal Supremo ha mantenido que, aunque la fijación de esa retribución «normal o media» por parte de la negociación colectiva admita un comprensible grado de discrecionalidad, no se puede distorsionar hasta el punto de hacerlo irreconocible, de tal manera que solo podrá influir en lo que se denomina «zona de duda»; y a tal efecto, el Tribunal Supremo distingue entre:

a) La «zona de certeza» de lo que es retribución «ordinaria» del trabajador, donde se incluye el salario base, los complementos debidos a «condiciones personales» del trabajador (antigüedad, titulación, idiomas...), los complementos debidos a circunstancias de la «actividad empresarial» (toxicidad, penosidad, peligrosidad...) que siempre son percibidos por los trabajadores individualmente considerados; el plus de asistencia, turnicidad y disponibilidad si son habituales, los complementos de descanso y la nocturnidad.

b) La «zona de certeza» de lo que no es retribución «ordinaria» del trabajador, integrada por los conceptos retributivos extraordinarios, con carácter general y sin perjuicio de su excepción en singulares circunstancias, los bonus, determinados incentivos, las horas extraordinarias, etc.

c) La «zona de duda», que bien pudiera estar integrada por complementos atribuibles a circunstancias relativas al concreto «trabajo realizado» (esporádica nocturnidad; aislada turnicidad; las mismas horas extraordinarias, pero dotadas de una cierta reiteración, y cuya calificación –como retribución ordinaria o extraordinaria– dependerá de las circunstancias concurrentes (particularmente la habitualidad en su ejecución)⁷⁹.

Pues bien, es precisamente, en esta «zona de duda», donde puede operar una cierta discrecionalidad de la negociación colectiva, y donde juega un papel decisivo el convenio colectivo, pudiendo determinar la línea divisoria entre la ocasionalidad y la habitualidad. Así pues, de acuerdo con esta doctrina del Tribunal Supremo (sin duda influida por la jurisprudencia comunitaria), los convenios colectivos a la hora de regular la retribución de las vacaciones no

⁷⁸ STS 8 de junio 2016 (rec. 207/2015). Sobre las dos sentencias dictadas el 8 de junio de 2016 (rec. 112/15 y 207/2015) puede verse a GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C.: «Retribución de las vacaciones y eficacia directa horizontal del derecho de la Unión Europea», *Revista Aranzadi Doctrinal, Aranzadi*, núm. 8, 2016 y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER ÚGUINA, J. R.: «Retribución de las vacaciones y Tribunal Supremo: el final del camino», *Revista de Información Laboral, Aranzadi*, núm. 7, 2016.

⁷⁹ STJUE 13 diciembre 2018 (C-385/17, *Hein*).

pueden desatender el principio o regla de equivalencia retributiva como garantía mínima⁸⁰.

No obstante, los convenios pueden seguir estableciendo los criterios para la fijación de las partidas retributivas a percibir durante las vacaciones cuando estas tienen una oscilación significativa en su cuantía a lo largo del año. Y, de igual forma, pueden determinar la exclusión de determinados conceptos que pertenezcan a esa «zona de duda» atendiendo a las circunstancias concurrentes y a su carácter extraordinario.

Este casuismo ha sido criticado por la doctrina por el grado de incertidumbre que puede conllevar, dada la amplísima tipología de partidas retributivas que pueblan nuestro sistema, ya que el Tribunal Supremo se limita a ofrecer criterios generales, haciendo una concesión *a priori* a una valoración particularizada que, con toda probabilidad tendrá que llevarse a cabo⁸¹.

Prueba evidente de este amplio casuismo, son las muchas sentencias que se pronuncian sobre la inclusión o exclusión de determinados conceptos retributivos, considerando incluidos en la retribución de las vacaciones complementos como «horas de presencia», «trabajo nocturno», «festividades y domingos» «horas domingos», «fraccionamiento de jornada» y «plus de jornada partida», y con carácter general los complementos que, siendo de naturaleza salarial, se perciben por la actividad que se realiza de modo habitual (todos o casi todos los meses o en la mayoría de los meses del año al que correspondan las vacaciones)⁸². Por el contrario, consideran excluidos los elementos de la retribución global del trabajador que tienen por único objeto cubrir los gastos ocasionales o accesorios que surjan con ocasión de la ejecución de las tareas⁸³; las dietas de desayuno, comida, cena, o el complemento de ayuda a comida (por tener naturaleza extrasalarial, dado su carácter compensatorio de gastos y no remuneratorio de trabajo efectivo)⁸⁴; el plus de quebranto de moneda (por no tener naturaleza salarial sino indemnizatorio, al estar destinado a compensar los riesgos y, en su caso, perjuicios derivados de la realización de operaciones con dinero, como pueden ser, entre otros, los errores en cobros y pagos o

⁸⁰ GORELLI HERNÁNDEZ, J. y GUTIÉRREZ PÉREZ, M.: «La regulación convencional de la retribución de las vacaciones anuales: últimas tendencias jurisprudenciales», *Trabajo y Derecho*, Wolters Kluwer, núm. 24, 2016, p. 8/12.

⁸¹ LÓPEZ ÁLVAREZ, M. J.: «Tiempo de trabajo y derecho a vacaciones a la luz de la jurisprudencia comunitaria», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, núm. 127, 2017, pp. 173-194.

⁸² STS 23 abril 2019 (rec. 62/2018) y SAN 17 septiembre 2014 (rec. 194/2014).

⁸³ STS 21 diciembre 2017 (rec. 276/2016).

⁸⁴ STS 17 marzo 2020 (rec. 171/2018).

las pérdidas, involuntarias de la consideración legal del salario)⁸⁵; la compensación en carga y descarga de buques-tanque (por no tener naturaleza salarial al compensar la limitación que en orden a planificar su descanso padece el trabajador por haber sido designado para acudir a realizar una tarea y finalmente no desarrollarla)⁸⁶; y con carácter general, los complementos que se perciben de manera más extraordinaria, ya sea de forma puntual u ocasional.

Se considerará que el devengo de un determinado concepto salarial es ocasional cuando el trabajador lo haya percibido durante menos de seis meses de entre los once anteriores a las vacaciones, o en la misma proporción si la prestación de servicios fuese inferior⁸⁷. Si lo hubiera percibido seis meses o más dejará de ser ocasional, sin perjuicio de que si la cuantía del complemento varía mes a mes haya que hacer el cálculo del promedio⁸⁸.

Respecto a las horas extraordinarias, ya se ha adelantado que, en principio estarían excluidas dado su carácter excepcional e imprevisible, pero podrían estar incluidas si las horas extraordinarias tienen carácter previsible y habitual, constituyendo su retribución un importante elemento de la retribución total que el trabajador percibe en el ejercicio de su actividad profesional, y siendo su realización parte de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo⁸⁹.

La retribución del tiempo de vacaciones de los trabajadores a tiempo parcial también debe incluir el promedio del salario obtenido, y si en los once meses anteriores a las vacaciones hubieran existido ampliaciones de jornada (aunque esas ampliaciones no subsistan en el momento del disfrute) la retribución de las vacaciones deberá integrar la parte proporcional correspondiente a dichas ampliaciones, por así haberlo dispuesto el Tribunal Supremo⁹⁰, siguiendo el criterio del TJUE que consideró que si se incrementa la jornada laboral de un trabajador a tiempo parcial deberá calcularse para cada período, de manera separada, el número de unidades de descanso anual devengadas en relación con el número de unidades trabajadas, estableciéndose la necesidad de compensar los «desajustes» que se deriven de la valoración conjunta de todos los períodos⁹¹.

⁸⁵ SSTS 21 noviembre 2018 (rec. 219/2017) y 6 mayo 2018 (rec. 99/2021).

⁸⁶ STS 8 septiembre 2020 (rec. 32/2019).

⁸⁷ SSTS 28 febrero 2018 (rec. 16/2017) y 23 abril 2019 (rec. 62/2018) y SAN 12 noviembre 2018 (rec. 182/2018).

⁸⁸ STS 22 mayo 2020 (rec. 172/2018).

⁸⁹ STJUE 13 diciembre 2018 (C-385/17, *Hein*).

⁹⁰ STS 22 mayo 2020 (rec. 172/2018).

⁹¹ STJUE 11 noviembre 2015 (C-219/14, *Greenfield*).

9. SUPUESTOS DE ABONO DE LAS VACACIONES POR EXTINCIÓN DEL CONTRATO

La compensación económica de las vacaciones devengadas en el año en curso y no disfrutadas en caso de cese del contrato se tiene que producir aun cuando sea el trabajador quién decida extinguir unilateralmente la relación laboral sin una justa causa o incluso sin respetar el preaviso legal, y sin que sea necesario comprobar si el trabajador pudo o no pudo disfrutar de los días de vacaciones a los que tenía derecho antes de su cese⁹².

También si el cese se produce por jubilación voluntaria del trabajador⁹³, o por la declaración de la incapacidad permanente, total o absoluta⁹⁴. La razón es simple, y es que el TJUE considera que el derecho a vacaciones es un principio del Derecho Social de la Unión que no admite excepciones y que no debe interpretarse de forma restrictiva⁹⁵.

También se ha declarado el derecho al abono de las vacaciones cuando el contrato ha sido extinguido por despido y posteriormente la extinción ha conllevado la readmisión del trabajador. En este caso, se considera que se pueden exigir todos los derechos adquiridos, como si hubiera existido prestación efectiva de servicios durante el periodo «de espera» y por lo tanto también la compensación por las vacaciones anuales del periodo comprendido entre el despido y la readmisión, con la única excepción, de si se hubiera estado trabajando en otra empresa y ya hubiera percibido la correspondiente remuneración⁹⁶.

Si la extinción del contrato sobreviene por fallecimiento del trabajador, podrán sus herederos reclamar la compensación económica correspondiente a las vacaciones devengadas y no disfrutadas⁹⁷, sin que dicha compensación pueda supeditarse a una solicitud previa del trabajador fallecido⁹⁸.

⁹² STJUE 25 noviembre 2021 (C-233/20, *Job-medium GmbH*).

⁹³ STJUE 20 julio 2016 (C-341/15, *Hans Maschek*). Sobre esta sentencia puede verse ALONSO ARANZADI Doctrinal, Aranzadi Thomson Reuters, núm. 9, 2016.

⁹⁴ SSTJUE 3 mayo 2012, (C337/10, *Neidel*) y 22 noviembre 2011 (C 214/210, *KHS*), STS 14 marzo 2019 (rec. 466/2017) y STSJ Madrid 26 junio 2015 (rec. 352/2015).

⁹⁵ SSTJUE 11 noviembre 2015 (C-219/14, *Greenfield*), 22 abril 2010 (C-486/2008, *Zentralbetriebsrat*), que cita la STJUE 22 octubre 2009 /C116/08, *Meerts*).

⁹⁶ STJUE 25 junio 2020 (C-762/18 y C-37/19, *QH/Narhoven y CV/Iccrea Banca*).

⁹⁷ STJUE 6 noviembre 2018 (C-569/16 y C-570/16, *Bauer/Broßonn*) Sobre esta sentencia puede verse en extenso a NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: «El final de un principio y el comienzo de un derecho: las vacaciones anuales retribuidas como derecho fundamental y su repercusión en materia de responsabilidad por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea», *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2019, núm. 142, pp. 449-464.

⁹⁸ STJUE 12 junio 2014 (C-118/13, *Bollacke*).

Caso especial es el de los profesores interinos de centros no universitarios que venían siendo nombrados al inicio del curso escolar en septiembre y cesados el 30 de junio coincidiendo con la finalización del curso, evitando así pagarles los meses de julio y agosto. El Tribunal Supremo consideró que dicha práctica era contraria al principio de no discriminación recogida en la Cláusula 4.^a de la Directiva 1999/70⁹⁹. Sin embargo, meses después el TJUE (resolviendo una cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Castilla la Mancha) consideró que, en la medida que la propia Directiva 2003/88 (art. 7.2) admite la posibilidad de compensar económicamente el período de vacaciones no disfrutadas en caso de extinción de la relación, el derecho interno no se opondría a la Directiva siempre que tras la extinción del contrato los referidos docentes percibieran una compensación económica por este concepto¹⁰⁰.

10. TIPO DE CONTRATO PARA LA SUSTITUCIÓN DE TRABAJADORES EN VACACIONES

El Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, en su artículo Primero. Tres modifica el artículo 15 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre y hace una mención especial a las vacaciones al regular el contrato de duración determinada por circunstancias de la producción.

Tras esta modificación se entiende que concurren circunstancias de la producción, cuando se produce un «incremento ocasional e imprevisible de la actividad» y también cuando se produzcan «oscilaciones que, aun tratándose de la actividad normal de la empresa, generan un desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere, siempre que no responda a los supuestos incluidos en el artículo 16.1 ET»; y considerando expresamente que entre dichas oscilaciones se entienden incluidas «aquellas que derivan de las vacaciones anuales».

Antes de la entrada en vigor del RD 32/2021, y con la anterior redacción del artículo 15 ET que se refería a «circunstancias del mercado, acumulación

⁹⁹ STS (Contencioso-Administrativa) 11 junio 2018 (rec. 3765/2015).

¹⁰⁰ STJUE 21 noviembre 2018 (C-245/17, *Viejobueno Ibáñez y de la Vara González*).

de tareas o exceso de pedidos que así lo exigieran, aun tratándose de la actividad normal de la empresa», el Tribunal Supremo había venido considerando que la contratación para cubrir las vacaciones anuales del personal no se ajustaba a la causa que exige un contrato eventual por no poder configurarse como una causa ocasional, extraordinaria e imprevisible, sino ordinaria y permanente, plenamente previsible¹⁰¹. Este criterio suponía un cambio de doctrina puesto que con anterioridad se había admitido en muchas ocasiones la idoneidad del contrato eventual para cubrir vacaciones¹⁰².

Pero también se había negado que para cubrir las vacaciones anuales, pudiera acudir al contrato de interinidad porque tampoco se ajustaba a la causa que exigía este tipo de contrato al no estar la relación suspendida durante las vacaciones y no concurrir una reserva del puesto de trabajo¹⁰³; y por ser las vacaciones una circunstancia plenamente previsible, al formar parte del normal desarrollo del contrato de trabajo y de la previsión organizativa que corresponde a la empresa¹⁰⁴. Así pues, la contratación de un trabajador como interino para sustituir a otro empleado que está disfrutando de sus vacaciones había sido declarada fraudulenta, conllevando la extinción del contrato la calificación del cese como despido improcedente¹⁰⁵.

En definitiva, algo tan cotidiano y tan relevante como la determinación del contrato de trabajo adecuado para sustituir las vacaciones de los trabajadores titulares se había convertido en un verdadero problema para las empresas¹⁰⁶; y todo indica que la conocida como «reforma laboral de 2022» ha querido poner fin a este problema.

Así, producida la modificación del artículo 15.2 ET por el Real Decreto Ley 32/2021, el legislador, tras decir en el primer párrafo que pueden cubrirse con el contrato de duración determinada por circunstancias de la producción las oscilaciones que, aun tratándose de la actividad normal de la empresa, generan un desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere, siempre que no responda a los supuestos incluidos en el artículo 16.1 (contrato fijo discontinuo), recalca en el segundo párrafo de ese artículo que

¹⁰¹ SSTS 19 enero 2022 (rec. 3873/2018), 10 noviembre 2020 (rec. 2323/2018) y 30 octubre 2019 (rec. 1070/2017).

¹⁰² SSTS 19 enero 2022 (rec. 3873/2018), 12 junio 2012 (rec. 3375/2011), 23 de mayo 1994 (rcud. 871/1993) y STSJ Madrid 25 noviembre 2013 (rec. 1556/2013).

¹⁰³ SSTS 30 octubre 2019 (rec. 1070/2017), 12 de junio 2012 (rec. 3375/2011), 9 diciembre 2013 (rec. 101/2013), 26 marzo 2013 (rec. 1415/2012) y 16 mayo 2005 (rec. 2412/2004).

¹⁰⁴ SSTS 19 enero 2022 (rec. 3873/2018) y 30 octubre 2019 (rec. 1070/2017).

¹⁰⁵ STS 19 enero 2022 (rec. 3873/2018).

¹⁰⁶ Sobre la penumbra generada sobre esta cuestión, véase en extenso a SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Contratación adecuada para afrontar vacaciones de la plantilla», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 4, 2012.

«entre las oscilaciones a que se refiere el párrafo anterior se entenderán incluidas aquellas que derivan de las vacaciones anuales». Surge así la duda de si el legislador ha querido que las vacaciones anuales puedan ser siempre cubiertas con el contrato de duración determinada por circunstancias de la producción, o si solo se podrán cubrir con dicho contrato las vacaciones que no se produzcan en «periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados», lo cual podría darse en las empresas en las que las vacaciones están claramente establecidas y son predecibles en el tiempo, en cuyo caso procedería el contrato fijo discontinuo.

Esta segunda opción es la que algunos autores han elegido ya como más coherente con la doctrina jurisprudencial anterior al RD 32/2021 que había venido manteniendo que el contrato fijo discontinuo era el idóneo para cubrir las vacaciones por no poder configurarse estas como una causa ocasional, extraordinaria e imprevisible, sino ordinaria, permanente y plenamente previsible; y que consideran que la nueva redacción del artículo 15.2 ET especifica que solo son susceptibles de contratación de duración determinada por esta vía los desajustes temporales entre el empleo estable disponible y el que se requiere «siempre que no responda a los supuestos incluidos en el artículo 16.1 ET», es decir, que no respondan a causas que permitan celebrar un fijo discontinuo, *a contrario*, cuando sí pudieran celebrarse, por la reiteración de la necesidad en el tiempo quedaría cerrada la vía de la temporalidad¹⁰⁷. No cabe duda que esta cuestión genera una importante inseguridad jurídica y que será objeto de abundantes pronunciamientos judiciales hasta que el Tribunal Supremo se pronuncie al respecto.

11. PROCEDIMIENTO JUDICIAL

El procedimiento para la fijación individual o plural de la fecha de disfrute de las vacaciones se regula en los artículos 125 y 126 LRJS y constituye una modalidad procesal urgente y de tramitación preferente, dada la especial celeridad que exige.

Este procedimiento especial es el idóneo para la fijación del periodo de vacaciones anuales retribuidas cuando la persona trabajadora esté disconforme con la fecha que le ha sido asignada para su periodo vacacional, y ello tanto si

¹⁰⁷ NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: «El contrato por circunstancias de la producción en el RDL 32/2021». Puede verse en *Briefs* sobre la reforma de AEDTSS: <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/aedtss-corto-reforma-contratos-temporales-fin-1.pdf>

dicha fecha estuviera precisada en convenio colectivo, o por acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores, como si hubiera sido fijada unilateralmente por la empresa. En estos casos el trabajador dispondrá de un plazo de caducidad de veinte días hábiles, a partir de aquel en que tuviera conocimiento de dicha fecha, para presentar la demanda ante el Juzgado de lo Social.

El procedimiento de vacaciones es también el adecuado cuando la persona trabajadora no tuviera fecha señalada de disfrute de las vacaciones con dos meses de antelación a la fecha de disfrute pretendida. En este caso, el artículo 125 LRJS exige que, una vez iniciado el proceso, y aunque se produjera la fijación de las fechas de disfrute, deba continuarse con el procedimiento. Parece que con ello se trataría de evitar acuerdos transaccionales que no estén debidamente fiscalizados y convalidados por el órgano judicial a través del correspondiente auto de homologación, garantizando con ello que el acuerdo alcanzado no esté disfrazando una renuncia encubierta del derecho del trabajador¹⁰⁸.

Sin embargo, este procedimiento no es el idóneo para otras demandas relacionadas con las vacaciones, pero que no versan sobre la fecha de disfrute, tales como el reconocimiento del derecho a disfrutar vacaciones, que deberán tramitarse por el proceso ordinario; ni tampoco para reclamaciones de naturaleza colectiva, que deberán tramitarse por el procedimiento de conflicto colectivo.

La demanda de vacaciones no podrá acumularse a ninguna otra acción, por así disponerlo el artículo 26.1 LRJS, salvo que se invoque lesión de derechos fundamentales y libertades públicas al fijar las vacaciones, en cuyo caso la modalidad procesal que corresponderá será la de vacaciones a la que habrá de acumularse las pretensiones que se deriven de la mencionada lesión (art. 184 LRJS).

Dado que el procedimiento de vacaciones es urgente, no resulta exigible el previo intento de conciliación administrativa (art. 64.1 ET), y es hábil el mes de agosto (art. 43.4 ET). Además, al ser también preferente, los plazos se acortan sustancialmente respecto al procedimiento ordinario; así el acto de la vista habrá de señalarse por el letrado de la Administración dentro de los cinco días siguientes al de la admisión de la demanda y la sentencia deberá dictarse en el plazo de tres días (art. 126 LRJS).

Contra la sentencia que sea dictada en el procedimiento de vacaciones no cabe recurso, salvo que se hubiera alegado lesión de derechos fundamentales y libertades públicas, en cuyo caso se podrá interponer recurso de suplicación.

¹⁰⁸ DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, L.: «Artículo 125», VVAA en *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 831-832.

Si el trabajador alega en su demanda que tiene preferencia respecto a otro trabajador para disfrutar sus vacaciones en determinada fecha, deberá demandar a dicho trabajador junto con la empresa, ya que de no hacerlo podrá serle alegada de contrario la excepción de *litis consorcio* pasivo necesario.

12. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO ARANA, M.: «Compensación por vacaciones anuales no disfrutadas al finalizar la relación laboral», *Revista Aranzadi Doctrinal*, Aranzadi Thomson Reuters, núm. 9, 2016.
- ÁLVAREZ CORTÉS, J. C.: «Vacaciones anuales y suspensión del contrato de trabajo por expediente de regulación de empleo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Aranzadi, núm. 178, 2015.
- ALZAGA RUIZ, I.: «Ordenación del tiempo de trabajo, derecho a vacaciones anuales retribuidas y baja por enfermedad» en GÁRATE CASTRO, J. y MANERO VÁZQUEZ, Y. (Dir.): *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por los órganos jurisdiccionales españoles: estudios ofrecidos a la profesora María Emilia Casas Baamonde*, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico de la USC, Santiago de Compostela, 2021.
- CHARRO BAENA, P.: «Los derechos individuales del trabajador: conciliación de la vida familiar y laboral y vacaciones laborales», *IUS Revista de Investigación de la Facultad de Derecho*, vol. 2, núm. 1, 2012.
- «Incidencia de la maternidad en el derecho a vacaciones. Especial referencia a la STJCE de 18 de marzo de 2004, Asunto C-342/2001, Merino Gómez/Continental industrias del caucho», en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (Dir.): *La presencia femenina en el mundo laboral: metas y realidades*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006.
- «La repercusión de la suspensión del contrato de trabajo por mutuo acuerdo en la consolidación del derecho a vacaciones. Comentario a la STSJ Andalucía (Sevilla) 2 abril 2002», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 62, 2003.
- *El derecho a vacaciones en el ámbito laboral: origen y evolución histórica, sistema normativo y configuración jurídica del mismo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1993.
- DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, L.: «Artículo 125», en VVAA en *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020.
- ESTEBAN GÓMEZ, A.: «Momento del disfrute de las vacaciones y COVID-19», *Derecho de las Relaciones Laborales*, Francis Lefebvre, núm. 10, 2020.
- GALLEGO MOYA, F.: «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el derecho a las vacaciones», *Revista Española del Derecho del Trabajo*, Aranzadi, núm. 227, 2020.

- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.: «Retribución de las vacaciones y Tribunal Supremo: el final del camino», *Revista de Información Laboral*, Aranzadi, núm. 7, 2016.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C.: «Retribución de las vacaciones y eficacia directa horizontal del derecho de la Unión Europea», *Revista Aranzadi Doctrinal*, Aranzadi, núm. 8, 2016.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J. y GUTIÉRREZ PÉREZ, M.: «La regulación convencional de la retribución de las vacaciones anuales: últimas tendencias jurisprudenciales», *Trabajo y Derecho*, Wolters Kluwer, núm. 24, 2016.
- LÓPEZ ÁLVAREZ, M. J.: «Tiempo de trabajo y derecho a vacaciones a la luz de la jurisprudencia comunitaria», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, núm. 127, 2017.
- MARTÍNEZ MOYA, J.: «El Derecho nacional “vence” competencialmente sobre el Derecho de la Unión Europea: vacaciones retribuidas superiores a cuatro semanas y negativa a su aplazamiento, pese a concurrir una baja médica», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, Editorial del BOE, núm. 1, 2020.
- MUÑOZ RUIZ, A. B.: «Una revisión de los nuevos casos judiciales sobre el cómputo de los días de permisos retribuidos durante los periodos de descanso semanal y vacaciones», *Trabajo y Derecho*, Wolters Kluwer, núm. 71, 2020.
- NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: «El final de un principio y el comienzo de un derecho: las vacaciones anuales retribuidas como derecho fundamental y su repercusión en materia de responsabilidad por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea», *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 142, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2019.
- «El contrato por circunstancias de la producción en el RDL 32/2021», *Briefs sobre la reforma de AEDTSS* (web AEDTSS).
- ORTEGA LOZANO, P. G. y GUINDO MORALES, S.: «*Status quaestionis* sobre el derecho a las vacaciones anuales retribuidas del trabajador», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Aranzadi, núm. 221, 2019.
- SALA FRANCO, T.: «Acerca de la incidencia del COVID-19 en el derecho a las vacaciones de los trabajadores», *Derecho de las Relaciones Laborales*, Francis Lefebvre, núm. 4, 2020.
- SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Las vacaciones de “Conley King”», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 939, 2018.
- SEMPERE NAVARRO, A. V. y CHARRO BAENA, P.: «Contratación adecuada para afrontar vacaciones de la plantilla», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 4, 2012.
- «Imposibilidad de disfrutar vacaciones “in natura” por coincidir con baja por enfermedad. Comentario a la STJCE 20 enero 2009 (TJCE 2009, 7)», *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, núm.7, 2009.
- «El régimen jurídico de las vacaciones desde la perspectiva del Derecho Social Comunitario» en ARETA MARTÍNEZ, M. y SEMPERE NAVARRO, A. V. (Coords.):

- Cuestiones actuales sobre Derecho Social Comunitario*, Ediciones Laborum, Murcia, 2009.
- «El disfrute de las vacaciones laborales es transferible a un año posterior al que se devengó, pero no compensable económicamente. Comentario a la STJCE de 6 abril de 2006 (TJCE 2006, 114)», *Aranzadi Social*, núm. 1, 2006.
 - «Libertad de trabajo durante las vacaciones. Comentario a la STC 192/2003, de 27 de octubre de 2003», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 6518, 2003.
 - *Las vacaciones laborales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2003.
- SHEIFERT, A.: «Vacaciones no disfrutadas y extinción del contrato: compensación económica», *Trabajo y Derecho*, Wolters Kluwer, núm. 52, 2019.
- TAPIA HERMIDA, A.: «Acumulación de periodos de disfrute de vacaciones vs. Acumulación de compensaciones por vacaciones», *Revista del Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 352, 2012.
- VICENTE ANDRÉS, R.: «El derecho a las vacaciones anuales y los permisos retribuidos, análisis de la STJUE de 4 de junio de 2020», *Unión Europea Aranzadi*, Aranzadi Thomson Reuters, núm. 4, 2021.

CAPÍTULO XII

**CONFIGURACIÓN LEGAL DEL DERECHO A LA DESCONEXIÓN
DIGITAL**

JUAN GIL PLANA
Profesor Titular de Derecho del Trabajo
Universidad Complutense de Madrid

1. INTRODUCCIÓN

Desde los inicios de la legislación laboral –como lo acredita que la primera norma promulgada, la Ley Benot de 1873, contuviera ya una serie de previsiones relativas a la jornada de trabajo de los jóvenes– hasta nuestros días una de las constantes del ordenamiento laboral ha sido la limitación de la jornada de trabajo y el consiguiente esfuerzo de garantizar el descanso de los trabajadores¹. Erigiéndose la ordenación del tiempo de trabajo en una de las instituciones centrales del Derecho del Trabajo, dado que el fenómeno de la desconexión laboral –o, si se me permite, el intento de preservar el tiempo de descanso frente a inercias invasivas del tiempo de trabajo– no es algo novedoso sino que también se constataba cuando las tecnologías de la información y comunicación (TIC) no habían iniciado el proceso de transformación del tra-

¹ Véase BASTERRA HERNANDEZ, M.: *Tiempo de trabajo y tiempo de descanso*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 23-26.

bajo y de los modelos organizativos y productivos en el que nos hallamos inmersos. No es difícil recordar la clásica imagen de los trabajadores llevándose el «trabajo a casa», produciéndose una minoración de su tiempo de descanso a favor de su tiempo de trabajo. Ya estaba presente la afectación tanto del derecho del trabajador al descanso debido así como del derecho a su salud y seguridad en el desarrollo de la prestación laboral.

La ausencia en nuestro ordenamiento jurídico de un derecho a la desconexión –convencional y/o digital– no suponía que no pudiera reclamarse con anterioridad al reconocimiento expreso del mismo. En efecto, al amparo de la previsión contenida del artículo 40.2 de la CE que obligaba a los poderes públicos a garantizar el derecho al descanso «necesario», y que tuvo su plasmación en la regulación del tiempo de trabajo en los artículos 34 y siguientes del ET, así como en la configuración del poder empresarial de dirección y control del artículo 20 del ET, podía exigirse el derecho a la desconexión laboral, como lo demuestra la tan citada SAN n.º 94 de 17 julio 1997 (Proc. 120/1997), en la que se sostiene que «podrían resultar perjudicados los trabajadores en sus legítimos derechos e intereses, si se les obligara [...] a mantener una conexión ininterrumpida y en todo momento de sus teléfonos móviles con los de la empresa y los de todos sus clientes. Se sobrepasan las facultades normales y regulares de la empresa, en los términos previstos por el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores, si se obliga a los empleados a desarrollar su actividad profesional o a estar pendientes de recibir instrucciones en todo momento, incluso en las horas no coincidentes con la jornada de trabajo asignada a cada uno de ellos, pues a ese resultado se llegaría si se vieran forzados a mantener una atención constante a sus teléfonos móviles en todo momento», lo que llevó a declarar la nulidad de la instrucción empresarial; o la STSJ (Cataluña) de 23 mayo 2013 (Rec. 6212/2012) que no considera ajustada a derecho la instrucción empresarial en virtud de la cual se obligaba a quienes trabajaban fuera del centro de trabajo a mantener una conectividad a través de dispositivos tecnológicos ininterrumpida, incluso fuera de la jornada de trabajo.

Son múltiples las formas y canales de conectar con el trabajo, incluso extramuros del centro físico o la propia jornada laboral. Basta una simple llamada telefónica, un email o mensaje de texto o de WhatsApp, que permiten canales de comunicación instantáneos y en tiempo real entre empleador y trabajador. A todo ello, habríamos de plantearnos, incluso, la inserción de las redes sociales como forma de mantener los lazos con el trabajo. No es de extrañar, que ya algunas empresas comiencen a elaborar e instaurar protocolos de uso de las redes sociales y de las nuevas tecnologías en general. No sólo por su empleo inadecuado en el propio puesto de trabajo, sino también fuera de él.

La irrupción de las TIC ha aportado indudables ventajas en el ámbito del trabajo, pero también ha aflorado una serie de riesgos² a los que se debe prestar una adecuada atención para ofrecer una correcta respuesta jurídica. A esos efectos perniciosos no ha escapado la ordenación del tiempo de trabajo y del tiempo de descanso, puesto que la integración de las TIC está transformando los modelos de organización empresarial y, dentro de ello, la dimensión temporal en la que se desarrolla la prestación laboral, al permitir que se produzca una exorbitada conectividad –que no para de crecer– y que viene a desdibujar la línea divisoria entre lo que es tiempo de trabajo y tiempo de descanso, aumentando simultáneamente el riesgo de afectación de la vida privada, con la posible invasión de la intimidad de los trabajadores y la obstaculización de la conciliación; haciendo, además, surgir nuevos riesgos para la salud e integridad de los trabajadores cuya prevención deben ser puestos en relación con la garantía que supone el derecho al descanso.³ Son precisamente estas nuevas aristas –hiperconectividad, conciliación, intimidad, nuevos riesgos para la salud– las que han dado una nueva fisonomía a la desconexión laboral que plantea la necesidad de reformular la configuración jurídica del tiempo de trabajo para dar una eficaz respuesta en un mundo laboral digitalizado.

Se ha sostenido que no sería necesario el alumbramiento de una previsión tendente a reconocer el derecho a la desconexión digital, sino que sería suficiente con proceder a una reformulación del derecho al descanso.⁴ Sin embargo, la transformación de la prestación laboral que se está produciendo a consecuencia de las TIC requeriría –y requiere, por un lado, dada las dudas que suscita la actual regulación; de otro, a la vista de la propuesta de Directiva– de una intervención normativa que procediera a salvaguardar el derecho al descanso mediante la regulación de la desconexión laboral que puede verse dificultada por la sobre abundancia de dispositivos digitales usados en el desarrollo de la

² Por todos, ver FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: «Las nuevas tecnologías y sus consecuencias para la salud en el ámbito laboral», en FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. y FERNÁNDES DOMÍNGUEZ, J. J.: Seminario internacional sobre nuevos lugares, distintos tiempos y modos diversos de trabajar: innovación tecnológica y cambios en el ordenamiento social, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021, pp. 93-114.

³ Ver AGUILERA IZQUIERDO, R. y CRISTÓBAL RONCERO, R.: «Nuevas tecnologías y tiempo de trabajo: el derecho a la desconexión digital», en AAVV, *Conferencia Nacional Tripartita OIT. El futuro del trabajo que queremos*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, OIT, Madrid, 2017, p. 334; SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y FOLGOSO OLMO, A.: «En torno a la desconexión digital», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, n.º 2, 2021, p. 33.

⁴ VALLECILLO GÁMEZ, M. R.: «El derecho a la desconexión ¿novedad digital o esnobismo del viejo derecho al descanso», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, n.º 408, 2017, p. 177, quien considera hubiera sido mejor redefinir el tiempo de descanso.

prestación laboral⁵. El derecho a la desconexión digital se posiciona como uno de los derechos más importantes a la hora de garantizar el bienestar del trabajador en la sociedad tecnológica, capacitada de diversas y complementarias vías de perturbación de su descanso y, por ende, de su desarrollo como individuo. Es necesaria una referencia legal expresa a la desconexión digital porque la reformulación de la jornada de trabajo y el tiempo de trabajo siendo necesaria, ante el impacto de la digitalización en las formas de organización empresarial, es insuficiente, requiere ser completada con una previsión sobre la utilización de los dispositivos tecnológicos en los tiempos de trabajo y de descanso que solo se consigue mediante el derecho a la desconexión como vertiente in crustada dentro del derecho al descanso; cuestión distinta es que dicho derecho debería aparecer dentro de la regulación de la jornada de trabajo.

Esa sentida necesidad ha tenido su plasmación en nuestro ordenamiento a través de dos vías, una primera con vocación de aplicación general, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre de Protección de Datos y garantía de los Derechos Digitales (LOPD), la segunda con vocación de aplicación dirigida a una determinada modalidad de prestación laboral, la Ley 10/2021, de 9 de julio, de Trabajo a Distancia (LTD).

Nuestro ordenamiento no constituye una singularidad dentro de los ordenamientos europeos. Así en Francia la Ley 2016/1088, de 8 de agosto de 2016, incorpora un nuevo apartado en el artículo L. 2242-8 del Código del Trabajo, en virtud del cual la negociación anual sobre igualdad profesional entre las mujeres y los hombres y la calidad de vida en el trabajo incluirá «las modalidades del pleno ejercicio por el trabajador de su derecho a la desconexión y la puesta en marcha por la empresa de dispositivos de regulación de la utilización de los dispositivos digitales, a fin de asegurar el respeto del tiempo de descanso y de vacaciones, así como de su vida personal y familiar. A falta de acuerdo, el empleador, previa audiencia del comité de empresa o, en su defecto, de los delegados de

⁵ En este sentido CASAS BAAMONDE, M. E. «Soberanía sobre el tiempo de trabajo e igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres», *Revista Relaciones Laborales*, n.º 3, 2019, pp. 6-7, advierte como el Informe de la OIT «Trabajar para un futuro más prometedor» señala que una de las posibles medidas eficaces para la limitación del tiempo de trabajo en la era digital sea el reconocimiento del derecho a la desconexión digital. También consideran positivo la contemplación del derecho a la desconexión, entre otros muchos, TALÉNS VISCONTI, E.: «La desconexión digital en el ámbito laboral: un deber empresarial y una nueva oportunidad de cambio para la negociación colectiva», *Revista Información Laboral*, n.º 4, 2018, p. 2; TASCÓN LÓPEZ, R.: «El derecho de desconexión del trabajador (potencialidades en el ordenamiento español)», *Revista Trabajo y Derecho*, n.º 41, 2018, p. 17.

SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y FOLGOSO OLMO, A.: «En torno a la desconexión digital», ob.cit., p. 43. Sobre la necesidad de su regulación en el teletrabajo véase PÉREZ CAMPOS, A. I.: «Teletrabajo y derecho a la desconexión digital», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, n.º 1, 2021, pp. 503-505.

personal, elaborará una política de actuación al respecto. Esta política definirá las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y preverá, además, la puesta en marcha de acciones de formación y de sensibilización sobre un uso razonable de los dispositivos digitales, dirigida a los trabajadores, mandos intermedios y dirección». En Bélgica, la Ley 26 de marzo de 2018, de medidas de reforzamiento del crecimiento económico y la cohesión social establece en su artículo 16 que con «el fin de garantizar el respeto a los períodos de descanso, de vacaciones anuales y otros permisos de los trabajadores y de preservar el equilibrio entre trabajo y vida privada, el empresario organizará una consulta [...] a intervalos regulares y siempre que los representantes de los trabajadores lo soliciten sobre el tema de la desconexión laboral y la utilización de medios de comunicación digitales. En Italia, la Ley 81/2017, de 22 de mayo, al regular el trabajo «agile», establece en su artículo 19 relativo a la forma y terminación del acuerdo agile que en dicho acuerdo se establecerán, entre otros aspectos, «los tiempos de descanso del trabajador, así como las medidas técnicas y organizativas necesarias para garantizar la desconexión del trabajador de los dispositivos tecnológicos de trabajo». Y más recientemente, en Portugal, La Ley 83/2021, de 6 de diciembre, que modifica el régimen de teletrabajo, establece el artículo 199-A, en su apartado 1.º que «el empresario tiene la obligación de abstenerse de contactar con el trabajador durante el periodo de descanso, excepto en casos de fuerza mayor»; en su apartado 2.º que «constituye una acción discriminatoria, a los efectos del artículo 25 –que establece la prohibición de discriminación–, todo trato menos favorable que se dé a un trabajador, en particular en lo que se refiere a las condiciones de trabajo y a la progresión de la carrera, por el hecho de haber ejercido su derecho a un período de descanso en los términos del número anterior» y en su apartado 3.º que «el incumplimiento de lo dispuesto en el apartado 1 constituirá una infracción administrativa grave»⁶.

La singularidad española, frente a otras legislaciones que han reconocido el derecho a la desconexión digital consiste en que su reconocimiento se produce configurándolo como un derecho de los trabajadores, con carácter general, al

⁶ Para un análisis de las regulaciones extranjeras, véase, por todos, ALEMÁN PÁEZ, F.: «El derecho a la desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica y contextualizada al hilo de la Loi Travail N.º 2016-1088», *Revista Trabajo y Derecho*, n.º 30, 2017; PÉREZ CAMPOS, A. I.: «Teletrabajo y derecho a la desconexión digital», ob. cit., pp. 512-514; D'APONTE, M.: «El trabajo a distancia y el derecho a la desconexión en la relación laboral», en FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. y FERNÁNDES DOMÍNGUEZ, J. J.: *Seminario internacional sobre nuevos lugares, distintos tiempos y modos diversos de trabajar: innovación tecnológica y cambios en el ordenamiento social*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021, pp. 253-266; CALDERARA, D.: «Il diritto allá disconnessione», en BELLOMO, S. y MARESCA, A.: *Tempi di lavoro e di riposo Leggi nazionali, norme europee e interventi della Corte di Giustizia*, Sapienza, Roma, 2022, pp. 103-102.

tiempo que se prevé expresamente, en una modalidad prestacional –el trabajo a distancia– en la que hay una mayor potencialidad de que se produzca un abuso de la conectividad laboral en detrimento del descanso y ocio del trabajador.

2. LA RECEPCIÓN DEL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL EN NUESTRO ORDENAMIENTO

Con vocación de aplicación general la LOPD establece de forma directa y expresa, el derecho a la desconexión digital en su artículo 88, al tiempo que introduce un nuevo artículo 20 bis en el ET en la DF 14.^a LOPD y un nuevo apartado j bis) en el artículo 14 del Estatuto Básico del Empleado Público en virtud de la Disposición final 15.^a LOPD.

El artículo 88 LOPD viene a establecer que:

1. Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar.
2. Las modalidades de ejercicio de este derecho atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral, potenciarán el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar y se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores.
3. El empleador, previa audiencia de los representantes de los trabajadores, elaborará una política interna dirigida a trabajadores, incluidos los que ocupen puestos directivos, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática. En particular, se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas.

El artículo 20 bis del ET reconoce que los trabajadores tienen, entre otros derechos, el de la desconexión digital; mientras que el artículo 14 j bis) del EBEP prevé el derecho de los empleados públicos a la desconexión digital. En ambos casos el reconocimiento del citado derecho se produce en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales; esto es, habrá que estar a dicho precepto para concretar su configuración jurídica⁷.

⁷ Véase TRUJILLO PONS, F.: *La «desconexión digital» en el ámbito laboral*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

La otra referencia se contiene en la novedosa regulación del trabajo a distancia, concretamente en la Sección 5.^a del Capítulo III dedicada a los derechos relacionados con el uso de los medios telemáticos, en su artículo 18, al establecer que:

1. Las personas que trabajan a distancia, particularmente en teletrabajo, tienen derecho a la desconexión digital fuera de su horario de trabajo en los términos establecidos en el artículo 88 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre.

El deber empresarial de garantizar la desconexión conlleva una limitación del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los periodos de descanso, así como el respeto a la duración máxima de la jornada y a cualesquiera límites y precauciones en materia de jornada que dispongan la normativa legal o convencional aplicables.

2. La empresa, previa audiencia de la representación legal de las personas trabajadoras, elaborará una política interna dirigida a personas trabajadoras, incluidas las que ocupen puestos directivos, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática. En particular, se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia, así como en el domicilio de la persona empleada vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas.

Los convenios o acuerdos colectivos de trabajo podrán establecer los medios y medidas adecuadas para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la desconexión en el trabajo a distancia y la organización adecuada de la jornada de forma que sea compatible con la garantía de tiempos de descanso.

La desconexión digital del trabajador a distancia se remite a lo previsto en el artículo 88 LOPD al indicarse en el artículo 18.1 del LTD que dicha desconexión se garantizará «en los términos establecidos» en aquel precepto. En consecuencia, se efectúa una remisión que suscita la duda acerca de la necesidad de este precepto, si nada nuevo y singular sobre el teletrabajo se va a establecer⁸. No obstante, y a pesar de que reproduce literalmente alguna previsión del artículo 88 de LOPD, el artículo 18 de la LTD introduce alguna referencia novedosa⁹, pero de mínima trascendencia en la regulación de la desconexión digital del trabajador a distancia.

El problema singular que plantea el reconocimiento de este derecho en las prestaciones a distancia reside en su operatividad real y en la capacidad de

⁸ Crítica vertida, entre otros, por MUÑOZ RUÍZ, A. B.: «El derecho a la desconexión digital en el teletrabajo», *Revista Trabajo y Derecho*, n.º 12, 2020, pp. 17/19; REVUELTA GARCÍA, M.: «Desconexión digital y criterios convencionales», LÓPEZ CUMBRE, L. (dir.): *Efectos laborales, sindicales y de seguridad social de la digitalización*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, España, 2022, p. 159.

⁹ PÉREZ CAMPOS, A. I.: «Teletrabajo y derecho a la desconexión digital», ob. cit., p. 511.

verificar su cumplimiento, pues no debemos olvidar que estamos ante una forma de prestación de servicios singularizada por la flexibilidad y libertad del trabajador en la organización del tiempo de trabajo. En prestaciones a distancia con un mínima flexibilidad será fácil la operatividad del derecho a la desconexión digital, fundamentalmente porque el empleador será conocedor de antemano de cuál es el horario del trabajador; pero en prestaciones con un alto grado de flexibilidad horaria será más difícil el cumplimiento de dicho derecho, ante el desconocimiento por parte del empresario de saber con certeza si el trabajador está en período de trabajo o de descanso, requiriéndose en estos supuesto una previa comunicación del trabajador del inicio y fin de su período de trabajo para que el empresario pueda cumplir con su obligación.

3. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO: DERECHO ORDINARIO O DERECHO FUNDAMENTAL

La consagración del derecho a la desconexión digital ha puesto en el debate doctrinal la interesante cuestión de si estamos ante un derecho fundamental o ante un simple derecho de legalidad ordinaria. No se trata de una cuestión baladí, propia de una discusión doctrinal, sino que su configuración como derecho fundamental o derecho ordinario, tiene importantes consecuencias prácticas. Pensemos en una decisión empresarial que lesiona el derecho a la desconexión, su configuración como derecho fundamental supondrían el reconocimiento automático de una indemnización de daños y perjuicios ex artículo 183 LRJS, o pensemos en la calificación de un despido basado en la negativa del trabajador a contestar un requerimiento de su empleador en su tiempo de descanso con infracción de su derecho, a la desconexión digital, debería declararse nulo.

Para tratar de dar una respuesta a este interrogante debe partirse de la concreción de cuál es el bien jurídico protegido con la desconexión. En mi opinión, suponiendo la desconexión una institución que consiste en el cese de comunicación entre al menos dos receptores –en nuestro caso el empleador y el trabajador– una vez terminada la jornada pactada y debida, es claro que el bien jurídico que se protege es el que tradicionalmente ha venido presidiendo la ordenación jurídica del tiempo de trabajo¹⁰, que es la salvaguarda del tiempo libre/descanso del trabajador

¹⁰ SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: «Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, n.º 148, 2021, p. 332 señala que ya existía en su formulación básica en la ordenación de la jornada prevista en el artículo 34 ET, considerándolo una subespecie de la

y su salud. Como se ha señalado acertadamente, conviene tener presente «que las nuevas realidades tecnológicas faciliten un uso irregular, en nada obsta a que el trabajador tenga exactamente el mismo nivel de protección que en el modelo analógico de organización [...] Entre desconectar digitalmente (nueva garantía nominada digitalmente) y disfrutar realmente del periodo de descanso (garantía general clásica) no hay ninguna diferencia de sentido práctico. En ambos casos, ayer como hoy, la regularidad del poder directivo exige que no pueda obligar al trabajador a prestar servicios, ni de forma presencial, ni a distancia a través de los dispositivos informáticos, fuera de estos tiempos de trabajo debidos»¹¹. No estaría de más no olvidar que la configuración de la jornada de trabajo ha venido presidida por su limitación en aras, por un lado, a procurar evitar riesgos ante jornadas de larga duración –conocidas en épocas pretéritas–, y, por otro lado, en el interés de delimitar claramente, el *quantum* de la prestación pactada en el contrato. Más modernamente se ha asociado a la necesaria conciliación de la vida laboral y personal¹².

Siendo estos dos bienes jurídicos –salud y descanso– los que están detrás del derecho a la desconexión digital, la referencia a ellos viene establecida en el artículo 40.2 de la CE cuando señala que los poderes públicos velarán por la seguridad e higiene en trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral. Se trata de un derecho constitucional no fundamental cuyo desarrollo en el plano de la legalidad ordinaria tiene múltiples manifestaciones, entre las que debe incluirse el derecho a la desconexión digital como derecho encaminado a garantizar la salud y el descanso de los trabajadores.

Frente a esta posible interpretación se ha sostenido que el derecho a la desconexión digital tiene un carácter fundamental, al considerarlo una manifestación del derecho a la intimidad,¹³ una subespecie del derecho a la protección de datos¹⁴ o estar en presencia de un derecho fundamental al descanso ex

limitación de la jornada. En similares términos, SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y FOLGOSO OLMO, A.: «En torno a la desconexión digital», ob. cit., p. 35

¹¹ MOLINA NAVARRETE, C.: «Jornada laboral y tecnologías de la información: desconexión digital, garantía del derecho al descanso», *Revista Temas Laborales*, n.º 138, 2017, p. 281, si bien este autor sostiene el carácter fundamental del derecho a la desconexión digital. En términos similares, entre otros, CRISTÓBAL RONCERO, C.: «Nuevas tecnologías y tiempo de trabajo», en THIBAUT ARANDA, J., MONREAL BRINGSVAERD, E. y JURADO SEGOVIA, Á. (coords.): *Derecho del Trabajo y Nuevas Tecnologías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 613; BARRIOS BAUDOR, G.: «El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral español: primeras aproximaciones», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 1, 2019, p. 2.

¹² Respecto a la vinculación de la desconexión y la conciliación véase, MONREAL BRINGSVAERD, E.: «El derecho a la desconexión digital del trabajo», ob. cit., pp. 629-634.

¹³ TODOLÍ SIGNES, A.: «El derecho a la desconexión digital es un derecho fundamental (tres argumentos para defender esta posición)», *Argumentos en Derecho Laboral*, 2021.

¹⁴ MINERO ALEJANDRE, G.: «Nuevas tendencias en materia de protección de datos personales. La nueva Ley Orgánica y la jurisprudencia más reciente», *Anuario jurídico y económico escorialense*, n.º 52, 2019, p. 146.

artículo 31.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁵; o, más directamente, reconocerse al trabajador al amparo de la STC 192/2003 un poder de autodeterminación en su esfera privada que le garantiza no estar disponible para el empresario y que le dota del carácter de fundamental al derecho a la desconexión¹⁶.

Se trata de formulaciones muy sugerentes, pero creo que no vienen a desdibujar la opción interpretativa que aquí se sustenta. No me parece que la desconexión digital sea una manifestación del derecho a la intimidad ni del derecho a la protección de datos. Es verdad que el grado de conectividad hace que la desconexión digital, frente a la tradicional desconexión laboral, haya hecho emerger potenciales invasiones de la intimidad o de la protección de datos, menos frecuentes en el pasado, pero ello no implica que la desconexión prima facie sea un aspecto que se ha de preservar¹⁷ o un dato que deba ser protegido¹⁸.

¹⁵ REQUENA MONTES, O.: «Derecho a la desconexión digital: un estudio de la negociación colectiva», *Revista Lex Social*, n.º 2, 2020, p. 547 y nota pie de p. 21, señala que «no es, por sí mismo, un derecho fundamental, ya que, al menos formalmente, no parece serlo, puesto que en ningún sitio aparece declarado como tal y, aun apareciendo regulado en una Ley Orgánica, el concreto artículo que lo regula –el artículo 88– carece de ese carácter. En cambio, el derecho a la desconexión digital no deja de ser una particular expresión del derecho fundamental al descanso –y cita a nota pie como fundamento el artículo 31.2 Carta de Derechos Fundamentales UE–».

¹⁶ MOLINA NAVARRETE, C.: «Jornada laboral y tecnologías de la información: desconexión digital, garantía del derecho al descanso», *Revista Temas Laborales*, n.º 138, 2017, pp. 274-275. No obstante, coincido con MONREAL BRINGSVAERD, E.: «El derecho a la desconexión digital del trabajo», ob. cit., pp. 620 y 621, y nota a pie 19, cuando afirma que la referida doctrina constitucional se formula en clave de dignidad ex artículo 10 CE y no en clave de intimidad, en relación a la protección del derecho constitucional, no fundamental, al trabajo ex artículo 35 CE y no resulta adecuada para ubicar la desconexión en el ámbito de la intimidad.

¹⁷ MONREAL BRINGSVAERD, E.: «El derecho a la desconexión digital del trabajo», ob. cit., p. 622.

¹⁸ En este sentido, TRONCOSO REIGADA, A.: «El marco jurídico de la protección de datos personales: Reglamento UE 2016/679 y Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre», *Revista Ministerio Trabajo y Economía Social*, n.º 148, 2021, p. 26, en la nota pie página n.º 11 señala que «en nuestro país ha dado lugar al reconocimiento de nuevos derechos digitales de los trabajadores independientes del derecho a la protección de datos personales [...], como [...] el derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral», y de forma más precisa en la p. 48 afirma que «la LOPD no sólo tiene como único ámbito de aplicación material los tratamientos de datos personales [...] sino que se extiende también a los derechos digitales de la ciudadanía, sin que se exija en este caso un tratamiento de datos personales [...]. En relación con la regulación de los derechos en el ámbito laboral, no se exige la existencia de tratamiento de datos personales al derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral –artículo 87– y al derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral –artículo 88–. En cambio, la regulación del ámbito de aplicación material requiere la existencia de un tratamiento de datos personales en relación con el derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo –art. 89–, el derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral –artículo 90– y en relación con los derechos digitales en la negociación colectiva –artículo 91–». En idéntico sentido MERCADER UGUINA, J. R.: «Aspectos laborales de la Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre: una aproximación desde la protección de datos», *Revista Trabajo y Derecho*, n.º 52, 2019, pp. 9 y 10, afirma que «no todos los aspectos contemplados por la LOPD proyectan su ámbito de actuación sobre el terreno del derecho fundamental a la protección de datos»; GARCÍA MURCIA, J. y RODRÍGUEZ

El hecho de que la desconexión facilite –garantice en la expresión legal– la intimidad y la protección de los datos no convierte a este derecho en parte del contenido de dichos derechos¹⁹. Voy a poner un ejemplo, la revelación de una conversación puede afectar, *prima facie*, al derecho al secreto de las comunicaciones ex artículo 18.3 CE y también puede afectar al derecho a la intimidad ex artículo 18.1 CE en función del contenido revelado, pero ello no hace que el derecho al secreto de las comunicaciones sea parte del contenido del derecho a la intimidad. Con la desconexión pasa algo parecido, la infracción de la desconexión afecta siempre y en primer término al derecho al descanso y a la configuración de la jornada y potencialmente a la salud del trabajador –derechos de legalidad ordinaria– y, en determinados supuestos, puede afectar a la intimidad y la protección de datos, sin que por ello podamos sostener que el derecho a la desconexión es un derecho integrado en estos dos derechos fundamentales y, en consecuencia, estemos en presencia de un derecho fundamental. Nótese, además, que la protección tanto de la intimidad como la protección de los datos, no solo debe operar cuando el trabajador está desconectado sino también cuando se haya conectado, es decir, que ambos derechos se deben garantizar tanto en el tiempo de trabajo como en el de descanso²⁰. Como se ha afirmado «no parece que, con carácter general, la desconexión digital pueda subsumirse en la concepción relatada anteriormente del derecho a la intimidad personal y familiar. Ello no quiere decir que no existan situaciones excepcionales en que la conectividad con el trabajador fuera de la jornada sí revele datos íntimos personales, pero no parece que la intención del legislador al concebir el derecho a la desconexión fuera tutelar al trabajador de este tipo de intromisiones»²¹.

Además, que no estamos ante un derecho fundamental lo revela tanto la declaración contenida en la Disposición Final 1.ª de la LOPD que establece que tiene carácter ordinario, entre otros, preceptos, el dedicado a la desconexión digital²². Pero es que además, si fuera parte del contenido del derecho

CARDO, I. A.: «La protección de datos personales en el ámbito de trabajo: una aproximación desde el nuevo marco normativo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 2016, 2019, p. 25, sostiene que «en lo que se refiere a los “derechos digitales” específicamente laborales, en los que no siempre está en juego la protección de datos personales, al menos de forma inmediata o directa».

¹⁹ MONREAL BRINGSVAERD, E.: «El derecho a la desconexión digital del trabajador», *ob. cit.*, p. 622.

²⁰ SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: «Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral», *ob. cit.*, pp. 327 y 333.

²¹ ALTÉS TÁRREGA, J. A. y YAGÜE BLANCO, S.: «A vueltas con la desconexión digital: eficacia y garantías de lege lata», *ob. cit.*, pp. 69-70.

²² LANTARÓN BARQUÍN, D.: «La seducción de los horizontes: reflexiones sobre el derecho a la desconexión digital del trabajador», *Noticias Cielo*, núm. 5, 2019; MONREAL BRINGSVAERD, E.: «El derecho a la desconexión digital del trabajador», *ob. cit.*, p. 623. Crítica se muestra, entre otras, la interpretación realizada por SERRANO OLIVARES, R.: «Los derechos digitales en el ámbito laboral: comentario de urgencia a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Dere-

a la intimidad, aparecería contemplado en los preceptos que salvaguardan la intimidad del trabajador en el ejercicio de su prestación laboral (art. 89 LGPD-GDD) y en el uso de los dispositivos digitales laborales (art. 87 LOPD)²³.

No parece adecuado sustentar el carácter fundamental del derecho a la desconexión digital al considerarlo como parte integrante del derecho fundamental al descanso contemplado en el artículo 31.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En primer lugar, porque el derecho al descanso en nuestro ordenamiento interno se encuentra configurado como un mandato constitucional dirigido al poder público dentro del artículo 40.2 CE, como ha advertido la doctrina judicial, «es cierto que el derecho a la limitación del tiempo de trabajo y a periodos de descanso diarios y semanales, así como a un periodo de vacaciones anuales retribuidas, constituye un derecho fundamental para el Derecho de la Unión en virtud del artículo 31.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de noviembre de 2018, Bauer y Willmeroth, C-569/16 y C-570/16), pero eso no significa que se trate de un derecho fundamental de los recogidos en la Constitución española, puesto que en ésta la limitación del tiempo de trabajo y el derecho al descanso aparecen en el artículo 40.2 dentro de los principios rectores de la política social y económica»²⁴. En segundo, lugar la operatividad de la Carta de Derechos Fundamentales se hace sobre la normativa europea vigente, no siendo predicable para defender el carácter fundamental del derecho a la desconexión ante la ausencia de la misma como acontece, por el momento, respecto al citado derecho. La previsible aprobación de una norma comunitaria —en el debate europeo está la Propuesta de Directiva—²⁵ podría reformular la importancia del citado precepto de la carta comunitaria a resultas del contenido de la futura directiva y su traslación al derecho interno español.

chos Digitales», *Revista IUSLabor*, n.º 3, 2018, p. 226, que considera que su formulación como derecho de legalidad ordinaria supone una devaluación de su protección jurídica.

²³ Sin embargo varios autores sostienen su vinculación con el derecho a la intimidad, BAYLOS GRAU, A.: «Una nota sobre el papel de la negociación colectiva en la configuración de los derechos derivados de la ley de protección de datos personales y garantía de derechos digitales», *Revista Ciudad del Trabajo*, n.º 14, 2019, p. 158; PRECIADO DOMENECH, C. H.: *Los derechos digitales de las personas trabajadoras. Aspectos laborales de la LO 3/2018, de 5 de diciembre de Protección de Datos y Garantías de los Derechos Digitales*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2019, p. SERRANO OLIVARES, R.: «Los derechos digitales en el ámbito laboral: comentario de urgencia a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales», ob. cit., p. 226; GARCÍA MURCIA, J. y RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: «La protección de datos personales en el ámbito de trabajo: una aproximación desde el nuevo marco normativo», ob. cit., p. 25; SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y FOLGOSO OLMO, A.: «En torno a la desconexión digital», ob. cit., p. 50.

²⁴ STSJ (Madrid) 4 noviembre 2020 (Rec. 430/2020).

²⁵ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo, que se contiene en el Informe con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el derecho a la desconexión, de fecha 4 de diciembre de 2020 (Se puede consultar en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2020-0246_ES.html#title1).

Identificados los bienes jurídicos que estarían en la base del derecho, resulta criticable su introducción en una norma destinada a trasponer la norma comunitaria en materia de protección de datos y en el artículo 20 bis del ET²⁶, precepto este último que revela una clara delimitación del derecho desde la óptica de la limitación de los poderes empresariales²⁷. Error que se vuelve a apreciar al regular dicho derecho en el trabajo a distancia, al ubicarlo en la sección dedicada a los derechos digitales cuando, siendo una institución que atañe fundamentalmente al tiempo de trabajo, debería haberse ubicado en la sección que recoge el derecho al horario flexible y el derecho al registro de jornada; esta ubicación sistemática parece deudora de la lógica insertada en su introducción en nuestro ordenamiento dentro del contenido de la norma que regula la protección de datos.

4. CONFIGURACIÓN COMO DERECHO

La desconexión digital ha sido abordada en nuestro ordenamiento mediante su reconocimiento como derecho de los trabajadores²⁸, lo que ha planteado dos interesantes cuestiones relacionadas con su posible efectividad, como son su posible reconocimiento condicionado a su regulación en la negociación colectiva y la ausencia de un deber empresarial de garantizar el referido derecho.

A) Derecho plenamente reconocido

Es claro que el derecho a la desconexión resulta plenamente reconocido en el artículo 88.1 LODPGDD al afirmarse que «los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital», sin ningún tipo de matiz o vinculación

²⁶ Ello ha llevado a la doctrina a formular una razonable crítica sobre la ubicación del derecho a la desconexión digital así como su falta de configuración desde la perspectiva preventiva, TERRADILLOS ORMAETXEA, M. E.: «El derecho a la desconexión digital en la ley y en la incipiente negociación colectiva española: la importancia de su regulación jurídica», *Revista Lan Harremanak*, n.º 42, 2019, p. 12; IGARTÚA MIRÓ, M. T.: «El derecho a la desconexión en la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, n.º 432, Madrid, 2019, p. 72; TOSCANI GIMÉNEZ, D.: «Conclusiones», en TRUJILLO PONS, F. y TOSCANI GIMÉNEZ, D. (dirs.): *La desconexión digital en el trabajo*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2020, p. 293; MARTÍN MUÑOZ, M. R.: «El derecho a la desconexión digital en España: un análisis de su regulación legal y convencional», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 239, 2021, p. 6.

²⁷ SAN MARTÍN MAZZUCONI, C.: «Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral», ob. cit., p. 328; MONREAL BRINGSVAERD, E.: «El derecho a la desconexión digital del trabajo», ob. cit., p. 616, señala que su ubicación revela su función jurídico-política como elemento regulador de las facultades directiva del empresario.

²⁸ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «Poderes del empresario y derechos digitales del trabajador», *Revista Trabajo y Derecho*, n.º 59, 2019, p. 12/19.

a su posible configuración a través de la autonomía colectiva o las políticas interna de la empresa, a las que se reserva las modalidades de ejercicio del derecho –artículo 88.2 LOPD a la autonomía colectiva– y las modalidades de ejercicio y acciones formativas y de sensibilización para evitar el riesgo de fatiga informática –artículo 88.3 LOPD para las políticas de empresa–. Una cosa es la determinación concreta del derecho y otra es su reconocimiento que se produce de forma clara y sin condicionamientos y que, en consecuencia, permite a cualquier trabajador reclamar su operatividad ante las instancias jurisdiccionales²⁹, aun no existiendo previsión convencional o pauta empresarial³⁰. Porque, en cualquier caso, ante la ausencia de concreción en el convenio o en la política interna de la empresa, el trabajador podrá hacer valer que cese el flujo de comunicaciones de naturaleza laboral fuera de su horario de trabajo; de suerte que estamos ante un derecho claramente reconocido y planamente ejercitable, que no resulta condicionado a un desarrollo posterior vía negociación colectiva, vía políticas internas empresariales³¹.

B) Configuración como derecho-deber

Una segunda problemática se suscita con la configuración de la desconexión como derecho del trabajador sin establecer la obligación del empresa-

²⁹ En este sentido es meridianamente clara CARDONA RUBERT, M. B.: «Los perfiles del derecho a la desconexión digital», *Revista de Derecho Social*, n.º 90, 2020, p. 114, cuando afirma que es un «derecho subjetivo perfecto y susceptible de ser invocado para que los órganos judiciales lo apliquen directamente».

³⁰ En contra, SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: «Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral», ob. cit., p. 333, afirma que es un derecho que se reconoce absolutamente, pero que se condiciona su ejercicio.

³¹ En este sentido, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «Poderes del empresario y derechos digitales del trabajador», *Revista Trabajo y Derecho*, n.º 59, 2019, p. 13/19, señala que «no creo, sin embargo, que la remisión a la negociación y al acuerdo de empresa puedan interpretarse como una remisión normativa de la que se hace depender la efectividad del derecho reconocido en el apartado primero, de suerte que a falta de previsión convencional no podría aquel ejercerse. Creo que el derecho ha sido ya explícitamente reconocido por la Ley y reiterado en el Estatuto de los Trabajadores y que los trabajadores pueden ya ejercerlo, sin perjuicio de su “modalización” por la negociación colectiva»; ALTÉS TÁRREGA, J. A. y YAGÜE BLANCO, S.: «A vueltas con la desconexión digital: eficacia y garantías de lege lata», *Revista Labos*, vol. 1, n.º 2, 2020, p. 71, entienden «que la desconexión digital debe ser interpretada como una obligación empresarial. Implica una conducta de abstención por parte del empresario, [...] pues el establecimiento de un derecho siempre lleva consigo el deber de respetarlo, so pena de dejarlo vacío de contenido»; SANGUINETI RAYMOND, W. A.: «El derecho a la desconexión digital y sus límites en el trabajo a distancia», *NET21*, n.º 2, 2021, p. 3, indica claramente que el derecho que se reconoce a la desconexión supone «deber del empresario, tanto de no utilizar él mismo los medios tecnológicos de comunicación y de trabajo con ese objeto, como de adoptar medidas adecuadas para que tampoco lo hagan los demás trabajadores o la clientela»; IGUARTÚA MIRÓ, M. T.: «El derecho a la desconexión digital en la Ley Orgánica 3/2018», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, n.º 432, 2019, p. 66, sostiene que el derecho a la desconexión «podría reconducirse implícitamente al deber de abstención por parte de la empresa, faceta que resulta de todo punto indispensable».

rio sobre la misma, lo que podría restar efectividad y eficacia dado que al ser solo un derecho del trabajador, sería éste quien tuviera la última palabra para no recibir ni contestar requerimientos de índole laboral fuera de su jornada de trabajo, al tiempo que el empresario podría remitir y/o requerir información o contestación del trabajador, e, incluso, el trabajador por miedo a situarse en una posición desfavorable pudiera renunciar a su derecho³². Estos y otros motivos similares han llevado a un sector de la doctrina a criticar la ausencia de un deber empresarial en relación a la desconexión digital.

Estamos ante el reconocimiento de un derecho que no se ejercita en abstracto sino frente al empleador en el entorno productivo, de ahí que el reconocimiento del derecho al trabajador conlleva el correlativo deber del empresario de garantizar y respetar la desconexión digital del empleado. Un sector de la doctrina ha considerado necesaria su configuración explícita como deber empresarial, dado que a su entender la desconexión requiere «el poder de autoterminación del trabajador, plenamente libre para no responder, de un lado, y el deber del empleador de abstenerse de realizar disposición alguna en tal sentido, de otro»³³, considerando que «no puede bastar con el reconocimiento del derecho del trabajador a no contestar correos o mensajes durante su tiempo de descanso»³⁴. No obstante, me parece más adecuada la postura de quien afirma que «un derecho cuyo contenido consiste precisamente en una omisión, la de conexión digital, no necesita de ningún auxilio suplementario para ejercerse [...] el deber está implícito en el reconocimiento del derecho, que además ampara al trabajador frente a la conectividad hoy más habitual que no se manifiesta en órdenes o instrucciones del empresario sino en un incesante flujo y reclamo de información y/o actuaciones provenientes de clientes y/o terceros»³⁵. Que ello es así lo demostraría que, con posterioridad al artículo 88.1 LOPD, el

³² Sobre las implicaciones para la desconexión tiene la configuración como derecho, véase SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y FOLGOSO OLMO, A.: «En torno a la desconexión digital», ob. cit., pp. 43-45, quienes hablan de un espacio de inconcreción que no soluciona ningún problema, se desprotege al trabajador no cubierto por la negociación colectiva o se pueden dar supuestos de reducción del derecho al dejarse en manos de la negociación colectiva su configuración; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: «Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral», ob. cit., pp. 339-340, señala que la configuración como derecho que se deja en manos del trabajador conectarse o no, al tiempo que implica que la empresa podrá remitir comunicaciones fuera de la jornada de trabajo y horario, advirtiendo al empleado que no está obligado a atenderlas.

³³ MOLINA NAVARRETE, C.: «Jornada laboral y tecnologías de la información: desconexión digital, garantía del derecho al descanso», ob. cit., p. 270.

³⁴ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y FOLGOSO OLMO, A.: «En torno a la desconexión digital», ob. cit., p. 51.

³⁵ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «Poderes del empresario y derechos digitales del trabajador», ob. cit., p. 13/19. En la misma línea, entre otros muchos, LANTARÓN BARQUÍN, D.: «Encrucijadas y direcciones del derecho a la desconexión digital del trabajador: especial atención al ámbito preventivo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 250, 2022, p. 16; MONREAL BRINGSVAERD, E.: «El derecho a la desconexión digital del trabajo», ob. cit., p. 635.

artículo 18.1 LTD habla del «deber empresarial» como correlativo del derecho que previamente ha reconocido al trabajador. De suerte que si del artículo 88.1 LOPD debía deducirse el correlativo deber del empresario, en el artículo 18.1 LTD se despeja de forma expresa su existencia.

Es la lógica que subyace en el reconocimiento de cualquier derecho de los trabajadores, pensemos en el derecho a la seguridad y salud –para el cual cobra especial significación la desconexión digital, en cuanto instrumento que lo facilita y garantiza– que se reconoce en el artículo 14.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, precepto en el que a continuación se indica expresamente que «el citado derecho supone la existencia de un correlativo deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales». Además, razones de lógica y coherencia interna del ordenamiento nos llevarían a sostener idéntica conclusión, no sería entendible dos distintas interpretaciones ante dos intervenciones legislativas sobre la misma institución producidas ambas en tan breve lapso temporal.

5. ÁMBITO DE APLICACIÓN

A) **Definición y contenido**

El artículo 88 de la LOPD no ofrece ni una definición ni el contenido o alcance del derecho a la desconexión digital, ya que aborda su reconocimiento desde una perspectiva finalista indicándonos que su instauración obedece a que fuera del tiempo de trabajo sea efectivo el derecho del trabajador –incluido por tanto el trabajador a distancia– al descanso, a disfrutar de los permisos y vacaciones, y a que se vea respetada su intimidad personal y familiar.

La ausencia de concreción en la LOPD de lo que pudiera entenderse como desconexión digital y su posible contenido, no impide poder establecerlo partiendo de la acepción que de desconexión encontramos en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua. En efecto, si se entiende por desconexión «interrumpir el enlace entre aparatos, o entre aparatos y personas, para que cese el flujo existente entre ellos», podemos afirmar que la desconexión digital a efectos laborales implica el derecho del trabajador a no recibir información ni contestar ningún requerimiento de contenido laboral –ya sea del empresario, de otros trabajadores, clientes o terceras personas– fuera de la jornada de trabajo, pero también incluye la obligación del empresario de no requerir actuación alguna ni remitir comunicación de ningún tipo y por ninguna vía al

trabajador y garantizar que no se producirán comunicaciones provenientes de otros trabajadores, clientes o terceros³⁶.

Es en la configuración del derecho a la desconexión digital en el trabajo a distancia donde encontramos una referencia a su posible contenido, concretamente al señalar que el deber del empresario «conlleva una limitación del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los periodos de descanso», que, además, tiene la virtualidad de exponer que esa desconexión opera no solo respecto de los dispositivos empresariales sino respecto de cualquier otro dispositivo, incluidos los que son propiedad del trabajador, a través de los cuales pudiera procederse a la comunicación invalidando el derecho a la desconexión.

B) **Ámbito subjetivo**

La configuración subjetiva del derecho tiene una clara vocación expansiva como lo demuestra que el artículo 88.1 LOPD reconozca el derecho tanto a los trabajadores por cuenta ajena como a los empleados públicos. Guarda silencio la LOPD sobre frente a quienes se puede hacer valer el derecho, quedando obligado, primeramente, el empresario como deudor principal, que deberá garantizarlo no solo respecto a su propia actuación sino también frente a otros trabajadores, clientes o terceras personas que pudieran invadir por razones laborales el tiempo de descanso del trabajador.

Incluso, tanto la LOPD y la LTD, contienen una referencia expresa a quienes ocupan «puestos directivos» para indicar que también gozan del derecho a la desconexión digital. En efecto, al incorporar la obligación empresarial de establecer una política empresarial de desconexión digital se incluye expresamente a quienes ocupen «puestos directivos» (arts. 88.3 LOPD y 18.2 LTD), expresión que no puede circunscribirse a quienes tengan la condición de alto directivo sino

³⁶ CARDONA RUBERT, M. B.: «Los perfiles del derecho a la desconexión digital», ob. cit., p. 113, lo caracteriza «con la facultad en favor de trabajadores y empleados públicos de mantenerse fuera del alcance digital de la empresa, es decir, desconectados de las comunicaciones»; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «Poderes del empresario y derechos digitales del trabajador», ob. cit., p. 13/19, lo define como «el derecho del trabajador durante su tiempo de descanso a no recibir y, en su caso, a desatender los requerimientos que, a través de los dispositivos electrónicos de comunicación que le ha proporcionado la empresa, pueda recibir de ésta, bien directamente o provenientes de terceros»; o para SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y FOLGOSO OLMO, A.: «En torno a la desconexión digital», ob. cit., p. 48, sería «el derecho a no permanecer atento a los requerimientos, exigencias y demás cuestiones empresariales durante el tiempo ajeno a la jornada laboral [...] también al descanso semanal, los permisos, las vacaciones e, incluso, a otras situaciones en las que no persiste la obligación de partas servicios, tales como suspensiones del contrato por causas objetivas o bajas médicas».

a todo aquel trabajador que desarrolle funciones directivas³⁷. La utilización de esta expresión más genérica y omnicomprendensiva tiene la virtualidad de evitar posibles actuaciones empresariales de reducción de la operatividad del derecho a la desconexión mediante la exclusión de quienes tienen funciones directivas al socaire de argumentar la imposibilidad de la desconexión de quienes dirigen la empresa, centros de trabajo, unidades o departamentos.

En relación a los altos directivos se ha formulado la posibilidad de que pudiera excluirse su derecho a la desconexión dado que, cuando llama a la autonomía colectiva para que module el ejercicio del derecho a la desconexión, se establece que deberá atender a la «naturaleza y objeto de la relación laboral»; expresión que claramente iría dirigida a las relaciones laborales especiales, de suerte que la negociación colectiva, atendiendo a la naturaleza de esta relación laboral, podría no reconocer el derecho al alto directivo³⁸. Además, podría aducirse que, de acuerdo al artículo 3 del RD 1382/1985, que regula la relación laboral especial de alto directivo, la aplicación de la normativa laboral debería contenerse expresamente en el contrato, de lo contrario, sería aplicable supletoriamente la legislación mercantil, lo que impediría la aplicación del derecho a la desconexión. Sin embargo, este planteamiento plantea dos objeciones, la primera es que la negociación colectiva debe atender a la naturaleza y objeto de la relación laboral pero no puede eliminar para un colectivo un derecho reconocido legalmente³⁹; la segunda, la aplicación supletoria de la normativa mercantil no sería óbice para el reconocimiento al alto directivo de un derecho que está reconocido en una ley orgánica y que le resultaría aplicable en cuanto trabajador.

6. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LAS POLÍTICAS INTERNAS EMPRESARIALES

Antes del reconocimiento del derecho a la desconexión digital ya se venía sosteniendo la importancia que debería tener la autonomía colectiva en la confi-

³⁷ SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: «Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral», ob. cit., p. 337, señala que «la mención es más amplia que la de altos directivos, por lo que deberían quedar integrados todos los trabajadores de la empresa, con independencia de la naturaleza ordinaria o especial de su relación laboral». En idéntico sentido, SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y FOLGOSO OLMO, A.: «En torno a la desconexión digital», ob. cit., p. 46.

³⁸ MONREAL BRINGSVAERD, E.: «El derecho a la desconexión digital del trabajo», ob. cit., p. 637.

³⁹ Como señala PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «Poderes del empresario y derechos digitales del trabajador», ob. cit., pp. 14-19, la negociación colectiva puede modular el derecho pero no puede disponer de él. En términos similares, MORATO GARCÍA, R. M.: «Derecho a la desconexión digital en la negociación colectiva, los planes de igualdad y los protocolos empresariales», *Revista Trabajo y Derecho*, n.º 11, 2020, p. 9.

guración de dicho derecho⁴⁰. Centralidad que queda reflejada en los artículos 88.2 LOPD y 18.2 LTD. Junto a la autonomía colectiva se otorga un papel importante a las políticas internas de la empresa en los artículos 88.3 LOPD y 18.2 LTD. Se ha destacado por la doctrina que la principal aportación de la regulación del derecho a la desconexión digital sea el papel otorgado a la negociación colectiva y a las políticas empresariales.⁴¹ Sucede sin embargo que el diseño del rol que ha desempeñar la negociación colectiva y las políticas internas de la empresa en la ordenación jurídica de la desconexión digital tal y como están diseñadas requiere la toma de posición interpretativa en varios aspectos.

A) **Rol de la autonomía colectiva y las políticas empresariales en la configuración de la desconexión**

Una primera cuestión que se suscita es si se ha otorgado a la autonomía colectiva y a la política interna empresarial un distinto rol en la norma de protección de datos y en la norma de trabajo a distancia. En el artículo 88.2 LOPD se dice que las «modalidades de ejercicio de este derecho [...] se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores», y a continuación, en el apartado 3 del citado precepto, se indica que «el empleador [...] elaborará una política interna dirigida a los trabajadores»; mientras que en el artículo 18.2 LTD, invirtiendo el orden, primero se llama a la política interna, en similares términos que en el artículo 88.3 LOPD y, a continuación, se establece que «los convenios o acuerdos colectivos de trabajo podrán establecer los medios y medidas adecuadas para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la desconexión».

De una primera lectura pareciera que se invierte la prelación de fuentes en una y otra normativa,⁴² de manera que si en la norma de protección de datos la autonomía colectiva es la fuente primigenia a la hora de regular la desconexión digital, en el trabajo a distancia el instrumento fundamental sería la política interna de la empresa, quedando relegada a un papel secundario la negociación

⁴⁰ MIÑARRO YANINI, M.: «La desconexión digital en la práctica negocial: más forma que fondo en la configuración del derecho», *Revista Trabajo y Seguridad Social-CEF*, n.º 440, 2019, ob. cit., p. 18.

⁴¹ REVUELTA GARCÍA, M.: «Desconexión digital y criterios convencionales», ob. cit., p. 158; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: «Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral», ob. cit., p. 332; ALEMÁN PÁEZ, F.: «El derecho a la desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica y contextualizada al hilo de la Loi Travail n.º 2016-1088», *Revista Trabajo y Derecho*, n.º 30, 2017, p. 9.

⁴² SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y FOLGOSO OLMO, A.: «En torno a la desconexión digital», ob. cit., p. 56, advierte dicha impresión que luego reconduce al modelo general de interrelación entre la autonomía colectiva y la política empresarial.

colectiva, más sí que cabe cuando se utiliza el condicional «podrá», lo que ha llevado a afirmar, acertadamente, que la LTD «parece conferir a la negociación colectiva un papel menor»⁴³. Sin embargo, volviendo a la coherencia interna que ha de presidir el ordenamiento jurídico, la lectura debe ser otra, que nos lleva a afirmar que el papel de la negociación colectiva y su interrelación con las políticas internas a la hora de diseñar la desconexión digital es el mismo en ambos preceptos. Conclusión a la que se llega si tenemos presente que el artículo 18.1 LTD tiene como premisa su remisión a la regulación de la desconexión prevista en el artículo 88 de la LOPD –se reconoce el derecho en «los mismos términos» señala el precepto de la LTD–. De suerte que, además, se produce una especie de reconocimiento acumulativo de posibles espacios de actuación para la autonomía colectiva, dado la autonomía colectiva ve ampliado su campo de acción en materia de desconexión en las prestaciones a distancia; la autonomía colectiva juega un papel preminente en la configuración de este derecho, ya que, por un lado, las modalidades de ejercicio del derecho se sujetarán a lo previsto en el convenio colectivo o en el acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores (art. 88.2 LOPD); y, de otro lado, podrán establecer los medios y medidas adecuadas para garantizarlo (art. 18.2 LTD).

B) Derecho efectivo no sujeto a su recepción por la autonomía colectiva o la política empresarial

Una segunda cuestión de indudable importancia es la vinculación del derecho a la desconexión con la autonomía colectiva y las políticas internas empresariales en el sentido de si aquel resulta vinculado en su reconocimiento y eficacia por éstas últimas⁴⁴. La normativa, tanto la LOPD como la LTD, creo que no ofrece dudas al respecto, el reconocimiento del derecho a la desconexión no queda vinculado de forma alguna a su recepción por parte de la autonomía colectiva ni de las políticas internas empresariales⁴⁵. Dado que su reconocimiento expreso y diáfano se efectúa en ambos preceptos legales, y puesto que a la negociación colectiva se llama para modular su ejercicio, funcionalidad a la que también se llama a las políticas internas que, además, se

⁴³ BARRIOS BAUDOR, G.: «La desconexión digital en la negociación colectiva de 2020: un análisis práctico», *Revista Galega de Dereito Social*, n.º 11, 2020, p. 112.

⁴⁴ Véase ÁNGEL QUIROGA, M.: «Desconexión digital y tiempo de trabajo: conflictos entre negociación colectiva y políticas de empresa», en AAVV: *El Estatuto de los Trabajadores 40 años después* (XXX Congreso Anual AEDTSS), Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2020.

⁴⁵ MONREAL BRINGSVAERD, E.: «El derecho a la desconexión digital del trabajo», *ob. cit.*, p. 638.

ocuparán de las acciones formativas y de sensibilización en aras a evitar los riesgos de fatiga informática, resulta evidente que el derecho a la desconexión digital no queda condicionado, ni en su reconocimiento ni en su eficacia, por la autonomía colectiva ni las políticas internas de empresa. Lo deseable es que la negociación colectiva proceda a establecer las modalidades de ejercicio de la desconexión digital, dado que es el instrumento idóneo para adaptarlo a las singularidades que ofrece los sectores productivos y/ o las empresas; pero la ausencia de previsiones en la negociación colectiva –o la falta de políticas empresariales en materia de desconexión digital– no impide a la persona trabajadora hacer valer su derecho a la desconexión.

C) Configuración e interrelación de la negociación colectiva y las políticas empresariales

Otros aspectos destacables son la distinta configuración del papel de la negociación colectiva y de la política interna en términos obligacionales, así como su posible interrelación. Parece claro que sobre el empresario pesa una verdadera obligación al establecerse que «elaborará» una política interna de desconexión (arts. 88.3 LOPD y 18.2 LTD). No está tan claro que se haya establecido una obligación de modelizar su ejercicio a través de la autonomía colectiva, puesto que se señala que «*se sujetarán* a lo establecido en la negociación colectiva *o, en su defecto*, a lo acordado entre empresa y representantes de los trabajadores» (art. 88.2 LOPD) o se indica, para el trabajo a distancia que «los convenios o acuerdos colectivos de trabajo *podrán* establecer los medios y medidas». Que los preceptos llaman a la autonomía colectiva a tener un papel protagonista en la configuración de la desconexión digital está fuera de toda discusión⁴⁶, pero que no se establece en términos obligacionales -en el sentido de configurar un deber de negociar- parece determinarse, de un lado, porque se omite expresamente la configuración como deber pues solo se dice que se «sujetará», pero no que haya un deber de negociar; por otro lado, de la expresión «en su defecto», que implica contemplar la posibilidad de que la negociación colectiva no haya regulado las modalidades de ejercicio del dere-

⁴⁶ En este sentido MOLINA NAVARRETE, C.: «Jornada laboral y tecnologías de la información: desconexión digital, garantía del derecho al descanso», ob. cit., p. 271, aboga por que la configuración de la desconexión digital «debe huir de una regulación unilateral y simplificada, para acoger otra pactada y articulada a fin de reescribir los nuevos términos del justo equilibrio entre vida profesional y personal en el mundo digital».

cho, y de la expresión condicional «podrán», que nos deja traslucir la atribución discrecional de asumir negociar o no dichos contenidos⁴⁷.

En cuanto a la forma de interacción entre la autonomía colectiva y la política empresarial interna se plantean varios interrogantes, a saber: si la política empresarial está vinculada a la previa existencia de previsiones convencionales y si, regulada la desconexión digital por la autonomía colectiva, la política empresarial debe ajustarse a ella⁴⁸.

Se ha sostenido que la política empresarial de desconexión se encuentra condicionada a la configuración que de la misma se haga a través de la negociación colectiva⁴⁹ e, incluso que no se da dicha vinculación porque ambas se mueven en dos planos distintos, la autonomía colectiva en el de la configuración del derecho a la desconexión y la política interna en el plano de la protección de la seguridad y salud laboral.⁵⁰ Siendo sugerente esta última propuesta, no parece que nos movamos en dos planos distintos porque la política empresarial, a tenor de lo establecido en el artículo 88.2 LOPD y 18.2 LTD, se dirige a dos contenidos, uno la definición de las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión⁵¹, el otro, la definición de acciones formativas y de sensibilización que eviten, ahora sí, un particular riesgo laboral, la fatiga informática; no parece de la estructura del precepto que la definición de las modalidades de ejercicio vengan presididas expresamente a evitar dicho riesgo –lo que no quiere decir que no se contemple el mismo a la hora de configurar dichas modalidades–. Pero tampoco parece que se pueda sostener que la efectividad de una política interna queda supeditada o condicionada a la previa existencia de una regulación convencional, pues no debemos de olvidar que mientras que la política empresarial se configura como una obligación, la intervención de la negociación colectiva carece de naturaleza obligatoria, podrán o no los agentes

⁴⁷ Advierte de la ausencia de un deber de negociar, entre otros, TRUJILLO PONS, F.: «La “desconexión digital” en el ámbito laboral», ob. cit., p. 210; PÉREZ CAMPOS, A. I.: «Teletrabajo y derecho a la desconexión digital», ob. cit., p. 521.

⁴⁸ SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: «Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral», ob. cit., p. 333.

⁴⁹ BAYLOS GRAU, A.: «Una nota sobre el papel de la negociación colectiva en la configuración de los derechos derivados de la ley de protección de datos personales y garantía de derechos digitales», ob. cit., p. 638.

⁵⁰ MONREAL BRINGSVAERD, E.: «El derecho a la desconexión digital del trabajo», ob. cit., p. 638.

⁵¹ En contra PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «Poderes del empresario y derechos digitales del trabajador», ob. cit., p. 15/19, para quien lo que se atribuye a la política de empresa no es tanto modular el ejercicio del derecho sino poner en práctica una política empresarial que facilite y promueva su ejercicio, reservándose la modulación a la negociación colectiva. Sin embargo, no se alcanza a ver la distinción propuesta puesto que definir las modalidades de ejercicio no es otra cosa que establecer las modalidades de ejercicio, en consecuencia, se atribuye a la negociación y a la política de empresa la misma funcionalidad.

sociales en los procesos de negociación regular o no la desconexión. De lo anteriormente afirmado, no sería razonable negar eficacia a una política interna por el hecho de no haberse contemplado previamente la desconexión en el convenio colectivo de aplicación o en un acuerdo de empresa, cuando se ha establecido una obligación para el empresario que éste debe acometer si no quiere incurrir en una infracción de norma.

No obstante, no parece que esta sea la interpretación que se alumbraba en uno de los primeros pronunciamientos judiciales dictados, entre otros aspectos, en materia de desconexión en un supuesto de trabajo a distancia. En efecto, la SAN n.º 44, de 22 de marzo de 2022, anula una cláusula de reconexión, no por los términos en los que se establece, sino porque está prevista en un instrumento empresarial y a juicio del órgano jurisdiccional, estos límites a la desconexión «no los puede establecer unilateralmente el empresario, sino que, como indica el artículo 88 LOPD, se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o lo acordado entre empresa y representantes de los trabajadores». No comparto la fundamentación, primero porque el convenio aplicable nada establece y no se puede vincular la validez de dicha cláusula, aunque sea un límite a la desconexión, a su previsión en el convenio, cuando el empresario tiene una obligación frente a la ausencia de deber de negociar, pero es que en el trabajo a distancia, el artículo 18.2 utiliza el término «podrá», es decir, no se exige a la negociación contemplarlo y se mantiene la obligación empresarial de elaborar una política de desconexión. Es más, la DA 1.ª de la LTD indica que la negociación colectiva «podrá» establecer supuestos de reconexión pero ni atribuye dicha funcionalidad en exclusiva a la autonomía colectiva ni excluye expresamente que las políticas empresariales no puedan contemplar este tipo de supuestos excepcionales si no están contempladas en la negociación colectiva. Además, en el supuesto analizado, como veremos ulteriormente, frente al derecho a la desconexión entra en juego el derecho de libertad de empresa que se ha obviado por completo, a pesar de que la sentencia reconoce que el derecho a la desconexión no es un derecho absoluto.

Ahora bien, cuestión distinta es que, regulada la desconexión por la autonomía colectiva, la política empresarial deberá hacer suya dicha regulación teniendo un mínimo margen de separación respecto a lo previsto en el convenio colectivo, pues debemos recordar su carácter de fuente normativa. En principio, respecto a la definición de las modalidades de ejercicio de la desconexión definidas en el convenio o acuerdo aplicable no puede la política empresarial separarse de lo allí regulado, debiendo reflejarlo en su política interna; solo si en esa definición se incluyesen en el convenio acciones forma-

tivas y de sensibilización o cualquier otra medida de seguridad y salud, se podría producir excepcional y restrictivamente un apartamiento por parte de la política interna siempre que razones de seguridad y salud justificasen que la acción prevista en el convenio es contraproducente atendido a la singularidad de la empresa. Estaríamos ante un supuesto excepcional y de aplicación restrictiva, de suerte que en la mayoría de los supuestos las acciones formativas y de sensibilización previstas en el convenio deben ser adoptadas en las políticas internas de las empresas.

D) **Ausencia de preferencia entre los instrumentos de la autonomía colectiva**

Una última cuestión resulta interesante destacar en relación a la autonomía colectiva, ni la LOPD ni la LTD, establecen preferencia alguna a favor de la negociación sectorial o empresarial, sin que exista, en principio, prioridad aplicativa a favor del nivel empresarial al no ser una de las materias listadas en el artículo 84.2 ET⁵². No obstante, en la medida en que se conciba como una medida de conciliación podría tener prioridad aplicativa la regulación de la desconexión contenida en el convenio de empresa al amparo de lo previsto en el artículo 84.2 e) ET. Seguramente no es necesaria la delimitación de preferencias, en tanto que se puede y debe proceder a una articulación combinada de ámbitos negociales, el sectorial resultará idóneo para articular previsiones generales del sector, y el empresarial para adaptarlas a las singulares características de las empresas. No obstante, como ya acertadamente ha advertido la doctrina, la estructura empresarial española en la que la mayoría de las empresas tienen un reducido número de trabajadores y carecen de convenio propio, erige al nivel sectorial como el decisivo a la hora de modelizar el ejercicio del derecho a la desconexión digital⁵³.

⁵² SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y FOLGOSO OLMO, A.: «En torno a la desconexión digital», ob. cit., pp. 54-55.

⁵³ En este sentido, son claras PÉREZ CAMPOS, A. I.: «Teletrabajo y derecho a la desconexión digital», ob. cit., p. 522, cuando afirma, teniendo presente la realidad del tejido empresarial español que la desconexión digital «debería abordarse en los convenios colectivos de ámbito sectorial, o en su defecto, mediante acuerdos de empresa suscritos directamente con los trabajadores, aunque esta práctica podría fortalecer un tratamiento desigual» y MORATO GARCÍA, R. M.: «Derecho a la desconexión digital en la negociación colectiva, los planes de igualdad y los protocolos empresariales», ob. cit., p. 12, «precisamente resultarían muy necesarias las previsiones en torno a esta materia en los convenios sectoriales, sobre todo para el caso de empresas con pocos empleados y sin convenio».

7. EL PAPEL DE LA REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES ANTE LA DESCONEXIÓN DIGITAL

En el diseño de la desconexión digital, los representantes de los trabajadores pueden llegar a tener un importante papel en la elección de las modalidades de ejercicio a través de la negociación colectiva, especialmente, a nivel empresarial. Protagonismo que contrasta con la menor relevancia⁵⁴ que se les otorga a la hora de diseñar la política empresarial de desconexión, al atribuírseles, únicamente, una facultad de audiencia previa (arts. 88.3 LOPD y 18.2 LTD), no siendo necesario ni preceptiva ni la negociación ni el acuerdo con la representación de los trabajadores⁵⁵, cuya opinión carece de carácter vinculante para el empresario⁵⁶.

Debe advertirse el «posible» reconocimiento diferenciado de esta facultad de audiencia previa entre la norma de protección de datos y la de trabajo a distancia, de suerte que parecería que en la primera se produce un reconocimiento subjetivo más amplio que en la segunda. En efecto, mientras que el artículo 88 LOPD al establecer el trámite de previa audiencia lo vincula a la «representación de los trabajadores», expresión que permite evacuar dicho trámite con la representación legal, la representación sindical o una representación *ad hoc*⁵⁷, en el artículo 18.2 del LTD se circunscribe dicho trámite a la representación legal. Significa ello que en la configuración de la desconexión digital en el trabajo a distancia sólo la representación legal es la que puede evacuar el trámite de audiencia, no parece que dicha interpretación se pueda mantener si tenemos presente que el artículo 18.1 LTD reconoce para dicha modalidad prestacional el derecho a la desconexión en los «términos estable-

⁵⁴ De poco significativa lo califica REVUELTA GARCÍA, M.: «Desconexión digital y criterios convencionales», ob. cit., p. 187.

⁵⁵ SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: «Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral», ob. cit., p. 334; En este sentido también SERRANO OLIVARES, R.: «Los derechos digitales en el ámbito laboral: comentario de urgencia a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales», ob. cit., p. 228, aunque se muestra crítica con el papel otorgado a la representación de los trabajadores.

⁵⁶ En este sentido se pronuncian, TERRADILLOS ORMAETXEA, M. E.: «El derecho a la desconexión digital en la ley y en la incipiente negociación colectiva española: la importancia de su regulación jurídica», ob. cit., p. 21; CARDONA RUBERT, M. B.: «Los perfiles del derecho a la desconexión digital», ob. cit., p. 125; REVUELTA GARCÍA, M.: «Desconexión digital y criterios convencionales», ob. cit., p. 171.

⁵⁷ En este sentido se manifiesta TRUJILLO PONS, F.: La «desconexión digital» en el ámbito laboral, ob. cit., p. 215. Sin embargo, SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: «Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral», ob. cit., p. 336, sostiene que no cabe la audiencia previa con una comisión *ad hoc*; mientras que TERRADILLOS ORMAETXEA, M. E.: «El derecho a la desconexión digital en la ley y en la incipiente negociación colectiva española: la importancia de su regulación jurídica», ob. cit., p. 19, considera que la referencia legal debe entenderse efectuada a los delegados de prevención dado el fin perseguido por la política empresarial que no es otro que prevenir el riesgo de fatiga informática.

cidos» en el artículo 88 de la LOPD, sin establecer que el apartado 2.º del citado precepto constituya una especialidad para el trabajo a distancia, lo que significa una remisión a la totalidad del artículo 88 LOPD, incluida la referencia más general de «representación de los trabajadores». Esta interpretación dota de coherencia en este aspecto a ambas regulaciones, no siendo entendible una respuesta diferenciada.

No debe olvidarse en relación a la desconexión el derecho que asiste a los representantes de los trabajadores de ser informados y consultados sobre las cuestiones que pudieran afectar a los trabajadores (art. 64.1 ET), su deber de vigilancia en el cumplimiento de las normas laborales y de las condiciones de seguridad y salud [art. 64.7 a) 1.º y 2.º ET], así como su colaboración en materia de conciliación [art. 64.7 d) ET], dado que la desconexión es claramente una cuestión que afecta a los trabajadores, prevista en una norma de incidencia laboral y susceptible de afectar a la salud de los trabajadores y a la conciliación de la vida laboral y personal⁵⁸. A estas facultades generales, habría que añadir, dada la afectación que la falta de observancia del derecho a la desconexión puede producir en la salud de los trabajadores, las singulares facultades otorgadas a los delegados de prevención, señaladamente, el reconocimiento de su colaboración con la empresa en la mejora de la acción preventiva [art. 36.1 a) LPRL] y su facultad de vigilancia y control del cumplimiento de la normativa preventiva [art. 36.1 b) LPRL]⁵⁹.

8. OPERATIVIDAD Y LÍMITES AL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL: LA RECONEXIÓN

La desconexión digital gravita sobre la distinción entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso y supone la interrupción de la comunicación durante el tiempo de no trabajo. La infracción de la desconexión se produce cuando estando el trabajador en su tiempo de descanso se produce la comunicación por parte del empresario o de otro trabajador, cliente o tercero por motivos laborales. Esta infracción se produce incluso aunque ese tiempo sea considerado como tiempo de trabajo y sea remunerado, pues, como ha advertido la doctri-

⁵⁸ IGUARTÚA MIRÓ, M. T.: «El derecho a la desconexión digital en la Ley Orgánica 3/2018», ob. cit., p. 84; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: «Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral», ob. cit., p. 337; MUÑOZ RUÍZ, A. B.: «El derecho a la desconexión digital en el teletrabajo», ob. cit., p. 16; TRUJILLO PONS, F.: La «desconexión digital» en el ámbito laboral, ob. cit., p. 215.

⁵⁹ TERRADILLOS ORMAETXEA, M. E.: «El derecho a la desconexión digital en la ley y en la incipiente negociación colectiva española: la importancia de su regulación jurídica», ob. cit., pp. 18-19.

na, «se trata de espacios temporales de no-trabajo [...] sugerir que pueda tratarse de tiempo de trabajo supone expresar un mensaje claudicante [...] contrario a las orientaciones de política legislativa que persigue el artículo 88 LOPD».⁶⁰

Cuestión distinta es que se produzca una alteración del tiempo de descanso programada con antelación –por ejemplo, vía modificación sustancial de la jornada de trabajo o por previsión convencionalmente establecida–, en ese supuesto no cabría sostener que se produce una afectación del derecho a la desconexión. Como acertadamente señala la doctrina, «la diferencia, por tanto, se sitúa en la antelación con la que se produce la modificación de la programación del período de descanso, de lo contrario, si la decisión de modificación unilateral se produce durante el disfrute del tiempo de descanso, el derecho a la desconexión digital debe resultar plenamente aplicable. El problema, por tanto, no se limita a que se reconozca como tiempo de trabajo y compute a efectos de jornada, sino a garantizar el derecho a permanecer desconectado durante los períodos de descanso»⁶¹.

Es, por tanto, contrario al derecho a la desconexión interrumpir el período de descanso cuando el trabajador está en él, aunque a posteriori dicha interrupción sea considerada por el empleador como tiempo de trabajo, compute a efectos de la jornada máxima o como horas extraordinarias y sea retribuida, salvo que se haya alterado previamente la programación del tiempo de descanso, se haya pactado una disponibilidad o se den circunstancias excepcionales que justifiquen la conexión que actúan como límites del derecho a la desconexión.

Dentro de los límites a la desconexión, lo que se denomina reconexión plantea un importante debate sobre la admisibilidad o no de supuestos en los que se pueda proceder a comunicarse con el trabajador por motivos laborales. Esta posibilidad si parece admisible dado que el derecho de desconexión digital no se configura de forma absoluta,⁶² y puesto que, junto a dicho derecho de configuración legal –en mi opinión ya se ha postulado que adolece del carácter de derecho fundamental–, emerge el principio de libertad de empresa que pudiera justificar por razones excepcionales la reconexión.

⁶⁰ CARDONA RUBERT, M. B.: «Los perfiles del derecho a la desconexión digital», ob. cit., pp. 117-118.

⁶¹ REVUELTA GARCÍA, M.: «Desconexión digital y criterios convencionales», ob. cit., p. 164.

⁶² SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: «Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral», ob. cit., p. 335. En la doctrina judicial se reconoce en la SAN n.º 44 de 22 de marzo de 2022 en la que, sin entrar, en el tenor literal de la cláusula de la instrucción empresarial sobre desconexión la declara nula por la fuente en la que viene recogida.

Que no estamos ante un derecho absoluto lo evidencia la normativa del trabajo a distancia, por un lado, adviértase del cambio en la configuración de dicho derecho producido del anteproyecto al RDLTD y luego a la LTD, dado que en el anteproyecto se garantizaba una «limitación absoluta» mientras que en el LTD solo se prevé una «limitación», habiéndose eliminado el término «absoluto», puede inferirse que la intención del legislador es admitir supuestos de reconexión; por otro lado, la Disposición Adicional 1.^a de la LTD al reconocer a la autonomía colectiva la capacidad para establecer posibles circunstancias extraordinarias de modulación del derecho a la desconexión. Debemos detener nuestra atención en tres aspectos⁶³. En primer lugar, la norma habla de modulación del derecho a la desconexión, lo que debe ser entendido como la posibilidad de modificar la interrupción de la comunicación entre empresario y trabajador a distancia mediante la reconexión. En segundo lugar, no cualquier circunstancia permite la modulación del derecho de desconexión, tienen que ser circunstancias cualificadas, dado que la norma las adjetiva de «extraordinarias»; abriéndose un ámbito de actuación para la negociación colectiva de especial trascendencia a la hora de concretar los supuestos que permitirán la reconexión del trabajador a distancia. En tercer lugar, la llamada a la negociación colectiva se hace en términos condicionales, no obligatorios y exclusivos, al señalarse que los convenios o acuerdos «podrán»⁶⁴.

Admitida la posibilidad de supuestos de reconexión se plantea la duda de si estos solo pueden ser eficaces si están previstos en la negociación colectiva, como por ejemplo sostiene la SAN n.º 44, de 22 de marzo de 2022 al afirmar que «los límites al derecho a la desconexión digital en el teletrabajo no los puede establecer unilateralmente en el empresario»⁶⁵. Partiendo del importante papel de la negociación colectiva en la configuración de las cláusulas de reconexión, y dejando claro que la admisión de las mismas solo puede obedecer a circunstancias extraordinarias –como indica la Disposición adicional 1.^a LTD y la doctrina científica–⁶⁶, la

⁶³ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y FOLGOSO OLMO, A.: «En torno a la desconexión digital», ob. cit., pág. 50, infieren el carácter de derecho no absoluto de la DA 1.^a LTD.

⁶⁴ MORATO GARCÍA, R. M.: «Desconexión digital y registro de la jornada laboral ante el auge del teletrabajo», en BAZ RODRÍGUEZ, J. (dir.): Los nuevos derechos digitales laborales de las personas trabajadoras en España. CISS, Madrid, 2021, p. 288, realiza una análisis crítico de la DA 1.^a de la LTD.

⁶⁵ REVUELTA GARCÍA, M.: «Desconexión digital y criterios convencionales», ob. cit., p. 175, señala que «en relación a la fuente en la que se establecen este tipo de cláusulas de reconexión excepcional, el artículo 88 LOPD no determina que exclusivamente puedan acordarse a través de la negociación colectiva. Y, aunque es cierto que la política interna deberá ajustarse a los establecido en convenio colectivo o acuerdo de empresa, el resultado insuficiente de la negociación colectiva en esta materia posibilitaría la configuración unilateral de las circunstancias justificativas».

⁶⁶ Que las limitaciones deben responder a una razón objetiva, proporcional y suficiente lo ha advertido la doctrina ampliamente a la hora de tratar los límites en el marco de la negociación colectiva, entre otros, BARRIOS BAUDOR, G.: «La desconexión digital en la negociación colectiva de 2020: un análisis

libertad de empresa permitiría admitirlas sin necesidad de que estuvieran previstas en la negociación colectiva, debiendo el empresario ofrecer una justificación objetiva, razonable y proporcionada que ampare la reconexión. Se ha advertido por la doctrina que solo situaciones de especial gravedad que afectasen a «bienes esenciales y no a un puro interés económico» ampararían la reconexión; pero no puede restarse operatividad a la libertad de empresa como derecho justificador de la posibilidad de reconexión, en el bien entendido que no se sostiene aquí que sea en cualquier supuesto, sino cuando medie una causa justa, razonable, objetiva y proporcionada, incluida también el interés económico de la empresa, que por otra parte, subyace siempre en cualquiera de esas posibles causas excepcionales. Lo que no resulta admisible es el mero interés económico empresarial que puede ser satisfecho sin necesidad de menoscabar el derecho a la desconexión digital, y cuya interrupción obedece a criterios de oportunidad empresarial. En todo caso, siempre tiene que haber una razón objetiva, razonable y proporcional, lo contrario debe llevar a declarar la infracción del derecho a la desconexión.⁶⁷

Además, debe tenerse en cuenta, como ya se ha señalado, que no se establece un deber de negociar la desconexión y sí una obligación empresarial de adoptar una política interna; y en el trabajo a distancia, además, la llamada a la negociación no se hace en términos de exclusividad señalándose que se podrán establecer, lo que implica que pueden no establecerse y ello no impediría la reconexión al amparo del artículo 38 CE. De ahí la doble crítica que se puede hacer al pronunciamiento de la Audiencia Nacional, por un lado, no es cierto que la configuración del derecho a la desconexión digital en la LOPD y en la LTD reserve en exclusiva a la negociación los límites, y, por otro lado, habiendo afirmado que no es un derecho absoluto, debería haberlo confrontado con la libertad de empresa, derecho constitucional, procediendo a un análisis de la cláusula como elemento argumentativo central y no como *obiter dicta*.

9. MECANISMOS DE GARANTÍA DEL DERECHO A LA DESCONEXIÓN

La plena realización del derecho a la desconexión digital cuenta con tres vías de tutela, la vía penal, la vía administrativa y la contencioso laboral.

Una de las lagunas de la regulación de la desconexión digital que se observa en la LOPD es la ausencia de cualquier previsión sobre la posible res-

práctico», ob. cit., p. 154; CARDONA RUBERT, M. B.: «Los perfiles del derecho a la desconexión digital», ob. cit., p. 119; REVUELTA GARCÍA, M.: «Desconexión digital y criterios convencionales», ob. cit., p. 174.

⁶⁷ SANGUINETI RAYMOND, W. A.: «El derecho a la desconexión digital y sus límites en el trabajo a distancia», ob. cit., p. 4.

ponsabilidad administrativa ante un incumplimiento empresarial de dicho derecho⁶⁸. Olvido que se vuelve a producir en el LTD, al no contenerse precepto alguno que modifique la TRLISOS para tipificar como ilícito administrativo la trasgresión del derecho a la desconexión digital. El silencio que ha guardado por dos veces el legislador no significa que el derecho a la desconexión resulte desprotegido administrativamente⁶⁹, dado que el incumplimiento de la obligación empresarial de desconexión digital puede subsumirse en el ilícito contemplado, bien en el artículo 7.5 del TRLISOS –en virtud del cual se considera falta grave la trasgresión de las normas y los límites legales o pactados en materia de jornada de trabajo, dado que la desconexión es un aspecto de la jornada de trabajo, o más concretamente un límite a la misma–; bien en el artículo 7.10 del TRLISOS –que considera falta grave los actos u omisiones que fueren contrarios a los derechos de los trabajadores reconocidos en el artículo 4 del ET, y en tanto se viera afectado el derecho a una adecuada política preventiva [art. 4.2 d) ET] o su intimidad [art. 4.2 e) ET]–, bien el artículo 8.11 del TRLISOS –que tipifica como falta muy grave los actos del empresario que fueran contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores–.

También cabría exigir responsabilidad al amparo de la inobservancia de las normas de seguridad y salud como infracciones.⁷⁰ Concretamente de acuerdo a lo previsto en el artículo 11.4 TRLISOS cuando señala que son faltas leves «las que supongan incumplimientos de la normativa de prevención de riesgos laborales, siempre que carezcan de trascendencia grave para la integridad física o la salud de los trabajadores». Dentro de las faltas graves previstas en el artículo 12 TRLISOS, su apartado 1.º que reputa infracción grave la ausencia de plan de prevención o no evaluar los riesgos; su apartado 6.º que tipifica como grave «incumplir la obligación de efectuar la planificación de la actividad preventiva que derive como necesaria de la evaluación de riesgos, o no realizar el seguimiento de la misma»; o su apartado 8.º que tipifica «el incumplimiento de las obligaciones en materia de formación e información suficiente y adecuada a los trabajadores acerca de los riesgos del puesto de trabajo

⁶⁸ Lo que ha llevado a PÉREZ CAMPOS, A. I.: «Teletrabajo y derecho a la desconexión digital», ob. cit., p. 511, a hablar de un «derecho de configuración prematura».

⁶⁹ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «Poderes del empresario y derechos digitales del trabajador», ob. cit., pp. 15-19, señala la posibilidad de subsumir las infracciones del derecho de conexión en los ilícitos previstos en materia de tiempo de trabajo y seguridad y salud; PEREZ AMORÓS, F.: «Derecho de los trabajadores a la desconexión digital mail on holiday», *IUS: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, n.º 45, 2020, p. 274, quien señala que «es una infracción de normas sancionable».

⁷⁰ Para un mayor detalle, véase por todos, TRUJILLO PONS, F.: La «desconexión digital», ob. cit. pp. 194-208.

susceptibles de provocar daños para la seguridad y salud y sobre las medidas preventivas aplicables, salvo que se trate de infracción muy grave». E incluso como falta muy grave al amparo de lo previsto en el artículo 13.10 TRLISO que prescribe la no adopción de «cualesquiera otras medidas preventivas aplicables a las condiciones de trabajo en ejecución de la normativa sobre prevención de riesgos laborales de las que se derive un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores».

Desde la perspectiva penal, la infracción del derecho a la desconexión podría subsumirse en el tipo contemplado en el artículo 311 del Código Penal que establece que serán castigados con las penas de prisión de seis meses a seis años y multa de seis a doce meses los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual. La otra posibilidad de exigencia de responsabilidad, dada la posible afectación de la salud de los trabajadores penal vendría determinada por lo previsto en el artículo 316 CP en el que se establece que «los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses»⁷¹.

La tercera vía está encarnada por la jurisdicción social, que es competente para conocer de la posible reclamación ante la infracción empresarial del derecho de desconexión al amparo del artículo 2 a) Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. En relación al plano laboral, se ha advertido por la doctrina la imposibilidad de apreciar la garantía de indemnidad ante el tenor de los pronunciamientos judiciales⁷², sin embargo, planteada una reclamación ante el empresario para que se respete el derecho a la desconexión, con indicación de la intención de acudir a la vía judicial, si aquella no es atendida, es factible la operatividad de la garantía de indemnidad que salvaguarde al trabajador solicitante frente a posibles represalias empresariales⁷³.

⁷¹ Considera aplicable el delito de seguridad y salud ante una infracción en materia de desconexión digital TRUJILLO PONS, F.: La «desconexión digital», ob. cit. p. 196.

⁷² SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y FOLGOSO OLMO, A.: «En torno a la desconexión digital», ob. cit., p. 53, advierten que la interpretación judicial mayoritaria no permitiría aplicar la garantía de indemnidad.

⁷³ Sobre la extensión de la garantía de indemnidad a reclamaciones no jurisdiccionales, véase FOLGOSO OLMO, A.: La garantía de indemnidad, BOE, Madrid, 2021, pp. 241-277.

10. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA IZQUIERDO, R. y CRISTÓBAL RONCERO, R.: «Nuevas tecnologías y tiempo de trabajo: el derecho a la desconexión digital», en AAVV, *Conferencia Nacional Tripartita OIT. El futuro del trabajo que queremos*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, OIT, Madrid, 2017.
- ALEMÁN PÁEZ, F.: «El derecho a la desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica y contextualizada al hilo de la Loi Travail N.º 2016-1088», *Revista Trabajo y Derecho*, n.º 30, 2017.
- ALTÉS TÁRREGA, J. A. y YAGÜE BLANCO, S.: «A vueltas con la desconexión digital: eficacia y garantías de lege lata», *Revista Labos*, vol. 1, n.º 2, 2020.
- ÁLVAREZ CUESTA, H.: «El diálogo social y la negociación colectiva como herramienta para lograr una transición digital justa», *Revista Lan Harremanak*, n.º 42, 2019.
- ÁNGEL QUIROGA, M.: «Desconexión digital y tiempo de trabajo: conflictos entre negociación colectiva y políticas de empresa», en AAVV: *El Estatuto de los Trabajadores 40 años después (XXX Congreso Anual AEDTSS)*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2020.
- ARAGÜEZ VALENZUELA, L.: «El impacto de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación en el tiempo de trabajo: una especial referencia a la desconexión digital», en MIRANDA BOTO, J. M. (dir.): *El derecho del trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones*, Cinca, Madrid, 2018.
- ARRIETA IDIAKEZ, F. J.: «La desconexión digital y el registro de la jornada diaria en España como mecanismos para garantizar el descanso, la salud y el bienestar de los trabajadores a distancia», *Revista Lan Harremanak*, n.º 42, 2019.
- BARRIOS BAUDOR, G.: «El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral español: primeras aproximaciones», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 1, 2019.
- «La desconexión digital en la negociación colectiva de 2020: un análisis práctico», *Revista Galega de Dereito Social*, n.º 11, 2020.
- BASTERRA HERNANDEZ, M.: *Tiempo de trabajo y tiempo de descanso*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- BAYLOS GRAU, A.: «Los derechos digitales y la negociación colectiva», *Diario La Ley*, n.º 9.331, 2019.
- «Una nota sobre el papel de la negociación colectiva en la configuración de los derechos derivados de la ley de protección de datos personales y garantía de derechos digitales», *Revista Ciudad del Trabajo*, n.º 14, 2019.
- BAZ RODRÍGUEZ, J.: «La Ley Orgánica 3/2018 como marco embrionario de garantía de los derechos digitales laborales. Claves para un análisis sistemático», *Revista Trabajo y Derecho*, n.º 54, 2019.
- CAIRÓS BARRETO, D. M.: «El papel y alcance de la negociación colectiva en la nueva regulación del trabajo a distancia», *Revista Trabajo y Derecho*, n.º 75, 2021.
- *Una nueva concepción del tiempo de trabajo en la era digital*, Bomarzo, Albacete, 2021.

- CARDONA RUBERT, M. B.: «Los perfiles del derecho a la desconexión digital», *Revista de Derecho Social*, n.º 90, 2020.
- CASAS BAAMONDE, M. E.: «Soberanía sobre el tiempo de trabajo e igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres», *Revista Relaciones Laborales*, n.º 3, 2019.
- «Digitalización y Teletrabajo», en FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. y FERNÁNDES DOMÍNGUEZ, J. J.: *Seminario internacional sobre nuevos lugares, distintos tiempos y modos diversos de trabajar: innovación tecnológica y cambios en el ordenamiento social*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021.
- CHARRO BAENA, P.: «Cambios tecnológicos y tiempo de trabajo», en SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. (dir.): *Derechos Fundamentales y Tecnologías Innovadoras. III Encuentro Internacional sobre Transformaciones del Derecho del Trabajo Ibérico*, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2017.
- CIALTI, P.-H.: «El concepto de disponibilidad y su consideración como tiempo de trabajo: delimitación», en AAVV, *El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo*. XXXVIII Jornadas universitarias andaluzas de derecho del trabajo y relaciones laborales, 2019.
- CREMADES CHUECA, O.: «Una panorámica a la desconexión digital desde una perspectiva empleadora: límites jurídicos, escenarios y propuestas», en TRUJILLO PONS, F. y TOSCANI GIMÉNEZ, D. (dirs.): *La desconexión digital en el trabajo*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2020.
- D'APONTE, M.: «El trabajo a distancia y el derecho a la desconexión en la relación laboral», en FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. y FERNÁNDES DOMÍNGUEZ, J. J.: *Seminario internacional sobre nuevos lugares, distintos tiempos y modos diversos de trabajar: innovación tecnológica y cambios en el ordenamiento social*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021.
- DE STEFANO, V.: «“Negotiating the algorithm”: Automation, artificial intelligence and labour protection», *Working Paper*, n.º 246, ILO, 2018.
- DEL REY GUANTER, S. (dir.): «Documentos sobre el impacto de las nuevas tecnologías en la gestión de las personas y en las relaciones laborales», *La Ley*, Madrid, 2020.
- EUROPEAN SOCIAL PARTNERS: «European social partners framework agreement on digitalisation», European Trade Union Confederation (ETUC), 2020
- FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: «Cronoreflexión al hilo de cuestiones actuales sobre tiempo de trabajo», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, n.º 421, 2018.
- FERNÁNDEZ COLLADOS, M. B.: «La negociación colectiva ante los riesgos laborales en la nueva era digital», *Revista Lan Harrenamak*, n.º 44, 2020.
- «Industria 4.0 y prevención de riesgos laborales», en FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. y FERNÁNDES DOMÍNGUEZ, J. J.: *Seminario internacional sobre nuevos lugares, distintos tiempos y modos diversos de trabajar: innovación tecnológica y cambios en el ordenamiento social*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021.
- FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑOZ, J.: «Las nuevas tecnologías y sus consecuencias para la salud en el ámbito laboral», en FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. y FERNÁNDES

- DOMÍNGUEZ, J. J.: *Seminario internacional sobre nuevos lugares, distintos tiempos y modos diversos de trabajar: innovación tecnológica y cambios en el ordenamiento social*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021.
- FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: «Desconexión digital en el ámbito laboral: un derecho emergente de los trabajadores», en FUENTES SORIANO, O. (dir.): *Era digital, sociedad y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- FOLGOSO OLMO, A.: *La garantía de indemnidad*, BOE, Madrid, 2021.
- GARCÍA MURCIA, J. Y RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: «La protección de datos personales en el ámbito de trabajo: una aproximación desde el nuevo marco normativo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 216, 2019.
- GIL PLANA, J.: «El tiempo de trabajo en el trabajo a distancia», en PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y THIBAUT ARANDA, J. (dirs.): *El trabajo a distancia*, La Ley, Madrid, 2021.
- IGUARTÚA MIRÓ, M. T.: «El derecho a la desconexión digital en la Ley Orgánica 3/2018», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, n.º 432, 2019.
- LAHERA FORTEZA, J.: «El papel de la negociación colectiva en la regulación de los derechos digitales del empleo público», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 54, 2019.
- LANTARÓN BARQUÍN, D.: «La seducción de los horizontes: reflexiones sobre el derecho a la desconexión digital del trabajador», *Noticias Cielo*, núm. 5, 2019.
- «Encrucijadas y direcciones del derecho a la desconexión digital del trabajador: especial atención al ámbito preventivo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 250, 2022.
- LEROUGE, L.: «Desconexión digital del trabajo: reflexiones sobre los retos jurídicos en derecho laboral», *Revista Trabajo y Seguridad Social-CEF*, n.º 436, 2019.
- LÓPEZ CUMBRE, L.: «Derechos digitales laborales y su negociación», *Revista Otrósí*, 2020. Disponible en: <https://www.otrosi.net/analisis/derechos-digitales-laborales-negociacion>
- «El tiempo de disponibilidad no presencial puede no ser tiempo de trabajo», Publicaciones GA_P, marzo, 2021 (www.ga-p.com).
- LLORENS ESPADA, J.: «Los derechos digitales en la negociación colectiva», en BAZ RODRÍGUEZ, J. (dir.): *Los nuevos derechos digitales laborales de las personas trabajadoras en España*, CISS, Madrid 2021.
- MARTÍN MUÑOZ, M. R.: «El derecho a la desconexión digital en España: un análisis de su regulación legal y convencional», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 239, 2021.
- MARTÍNEZ MOYA, J.: «El derecho a la desconexión digital: contenido, límites y limitaciones», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n.º 1, 2021.
- MEGINO FERNÁNDEZ, D.: «La plasmación del derecho a la desconexión digital en la negociación colectiva», DesC-Labor, 2021. Disponible en <https://www.desclabor.com/blog/la-plasmacion-del-derecho-a-la-desconexion-digital-en-la-negociacion-colectiva-ii/>

- «Negociación colectiva y desconexión digital: un binomio todavía en construcción», en FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, ROBERTO y FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *Seminario internacional sobre nuevos lugares, distintos tiempos y modos diversos de trabajar: innovación tecnológica y cambios en el ordenamiento social*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021.
- «Desconexión digital: caracterización y materialización en las políticas internas de las empresas», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 250, 2022.
- MERCADER UGUINA, J. R.: «Aspectos laborales de la Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre: una aproximación desde la protección de datos», *Revista Trabajo y Derecho*, n.º 52, 2019.
- MERCADER UGUINA, J. R. y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «El protagonismo del convenio colectivo en el nuevo reglamento de protección de datos», *Revista Información Laboral*, n.º 6, 2018.
- «El permanente debate sobre la jornada laboral: una cuestión clásica (reducción del tiempo de trabajo) y otra reciente (el derecho a la desconexión del trabajo)», *Información Laboral*, núm. 10, 2016.
- MESSENGER, J.: «Working time and the future of work», en ILO Future Of Work Research Paper Series, ILO, 2018.
- MINERO ALEJANDRE, G.: «Nuevas tendencias en materia de protección de datos personales. La nueva Ley Orgánica y la jurisprudencia más reciente», *Anuario jurídico y económico escurialense*, n.º 52, 2019.
- MIÑARRO YANINI, M.: «La desconexión digital en la práctica negocial: más forma que fondo en la configuración del derecho», *Revista Trabajo y Seguridad Social-CEF*, n.º 440, 2019.
- MOLINA NAVARRETE, C.: «Jornada laboral y tecnologías de la información: desconexión digital, garantía del derecho al descanso», *Revista Temas Laborales*, n.º 138, 2017.
- MONREAL BRINGSVAERD, E.: «El derecho a la desconexión digital del trabajo», en THIBAUT ARANDA, J., MONREAL BRINGSVAERD, E. y JURADO SEGOVIA, Á. (coords.): *Derecho del Trabajo y Nuevas Tecnologías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- MORATO GARCÍA, R. M.: «Derecho a la desconexión digital en la negociación colectiva, los planes de igualdad y los protocolos empresariales», *Revista Trabajo y Derecho*, n.º 11, 2020.
- «Desconexión digital y registro de la jornada laboral ante el auge del teletrabajo», en BAZ RODRÍGUEZ, J. (dir.): *Los nuevos derechos digitales laborales de las personas trabajadoras en España*, CISS, Madrid, 2021.
- MORENO DÍAZ, J. M.: «La negociación colectiva como medio fundamental de reconocimiento y defensa de las nuevas realidades derivadas de la industria 4.0», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, n.º 1, 2018.
- MUÑOZ RUÍZ, A. B.: «El derecho a la desconexión digital en el teletrabajo», *Revista Trabajo y Derecho*, n.º 12, 2020.

- NAVARRO CONTRERAS, C. C. y MONZÓN PÉREZ, H.: «Bienvenida sea la negociación colectiva de los derechos (y obligaciones) digitales. Notas al XXIV Convenio Colectivo del Sector de la Banca», *Revista Derecho Digital e Innovación*, n.º 8, 2021.
- PÉREZ AMORÓS, F.: Derecho de los trabajadores a la desconexión digital mail on holiday, IUS: *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, n.º 45, 2020.
- PÉREZ CAMPOS, A. I.: «Teletrabajo y derecho a la desconexión digital», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, n.º 1, 2021.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «Poderes del empresario y derechos digitales del trabajador», *Revista Trabajo y Derecho*, n.º 59, 2019.
- PRECIADO DOMÉNECH, C. H.: *Los derechos digitales de los trabajadores*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2019.
- PURCALLA BONILLA, M. Á.: «Control tecnológico de la prestación laboral y derecho a la desconexión de los empleados. Notas a propósito de la Ley 3/2018, de 5 de diciembre», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 218, 2019.
- QUÍLEZ MORENO, J. M.: «La garantía de los derechos digitales en el ámbito laboral: el nuevo artículo 20 bis del Estatuto de los Trabajadores», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 217, 2019.
- REQUENA MONTES, O.: «Derecho a la desconexión digital: un estudio de la negociación colectiva», *Revista Lex Social*, n.º 2, 2020.
- REVUELTA GARCÍA, M.: «Desconexión digital y criterios convencionales», LÓPEZ CUMBRE, L. (dir.): *Efectos laborales, sindicales y de seguridad social de la digitalización*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor España, 2022.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Derechos digitales: garantías e interrogantes*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2019.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E.: «La trascendencia de la disponibilidad horaria del trabajador en el contexto de las plataformas digitales», *Revista Temas Laborales*, n.º 146, 2019.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: «El impacto de la industria 4.0 en las relaciones de trabajo: el derecho a la desconexión digital», en KAHALE CARRILLO, D. T. (dir.): *El impacto de la industria 4.0 en el trabajo: una visión multidisciplinar*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2020.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, CARMEN y FOLGOSO OLMO, A.: «En torno a la desconexión digital», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, n.º 2, 2021.
- SANGUINETI RAYMOND, W. A.: «El derecho a la desconexión digital y sus límites en el trabajo a distancia», *NET21*, n.º 2, 2021.
- SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: «Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, n.º 148, 2021.
- SEPÚLVEDA GÓMEZ, M.: «Negociación colectiva y derechos digitales en el empleo público», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 54, 2019.
- SERRANO ARGÜESO, M.: «Always on. Propuestas para la efectividad del derecho a la desconexión digital en el marco de la economía 4.0», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, n.º 2, 2019.

- SERRANO GARCÍA, J. M.: *La protección de datos y las regulación de las tecnologías en la negociación colectiva y en la jurisprudencia*, Bomarzo, Albacete, 2019.
- SERRANO OLIVARES, R.: «Los derechos digitales en el ámbito laboral: comentario de urgencia a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales», *Revista IUSLabor*, n.º 3, 2018.
- TALÉNS VISCONTI, .: «La desconexión digital en el ámbito laboral: un deber empresarial y una nueva oportunidad de cambio para la negociación colectiva», *Revista Información Laboral*, n.º 4, 2018.
- THIBAUT ARANDA, J.: *El teletrabajo. Análisis Jurídico-laboral*, CES, 2001.
- TASCÓN LÓPEZ, R.: «El derecho de desconexión del trabajador (potencialidades en el ordenamiento español», *Revista Trabajo y Derecho*, n.º 41, 2018.
- TERRADILLOS ORMAETXEA, M. E.: «El derecho a la desconexión digital en la ley y en la incipiente negociación colectiva española: la importancia de su regulación jurídica», *Revista Lan Harremanak*, n.º 42, 2019.
- TODOLÍ SIGNES, A.: «El derecho a la desconexión digital es un derecho fundamental (tres argumentos para defender esta posición)», *Argumentos en Derecho Laboral*, 2021. Disponible en <https://adriantodoli.com/2021/04/29/el-derecho-a-la-desconexion-digital-es-un-derecho-fundamental-tres-argumentos-para-defender-esta-posicion/>
- TRONCOSO REIGADA, A.: «El marco jurídico de la protección de datos personales: Reglamento UE 2016/679 y Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre», *Revista Ministerio Trabajo y Economía Social*, n.º 148, 2021.
- TRUJILLO PONS, FRANCISCO y TOSCANI GIMÉNEZ, D. (dirs.), *La desconexión digital en el trabajo*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2020.
- «El ejercicio del derecho a desconectar digitalmente del trabajo: su efectividad en las empresas», *Revista Lan Harremanak*, n.º 44, 2020.
- *La «desconexión digital» en el ámbito laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- «Un estudio acerca de la eventual Directiva comunitaria sobre el derecho a la desconexión digital en el trabajo», *Revista IUSLabor*, n.º 2, 2021.
- USHAKOVA, T.: «De la conciliación a la desconexión tecnológica. Apuntes para el debate», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 192, 2016.
- VALLE MUÑOZ, F. A.: «La regulación de las tecnologías de la información y de la comunicación por la negociación colectiva», *Revista Temas Laborales*, n.º 148, 2019.
- VARGAS-LLAVE, O.; WEBER, T. and AVOGARO, M.: «Industrial relations. Right to disconnect in the 27 EU Member States», Eurofound, 2020.
- VELASCO LOZANO, JAVIER: «Desconexión digital: más allá de la (escasa) normativa española. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo e instrucciones prácticas para el respeto de este derecho», *Revista de Derecho Laboral Vlex*, n.º 2, 2021.
- VALLECILLO GÁMEZ, M. R.: «El derecho a la desconexión ¿novedad digital o esnobismo del viejo derecho al descanso», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, n.º 408, 2017.

CAPÍTULO XIII

**EL CONTROL DEL TIEMPO DE TRABAJO Y LAS NUEVAS
RELACIONES LABORALES**

ISABEL MARÍN MORAL
Profesora Contratada Doctor
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Francisco de Vitoria

1. SITUACIÓN ACTUAL

El sistema tradicional del control y cómputo del tiempo de trabajo que tradicionalmente se ha venido haciendo se está replanteando por la existencia de nuevos procedimientos de flexibilización que se han venido incorporando en el Estatuto de los Trabajadores, por la implantación de nuevas tecnologías y sistemas automatizados, no sólo en los procesos de producción, por la prestación de servicios fuera de la empresa, ya sea en teletrabajo o con jornadas híbridas, donde existen horarios, en algunos casos, libremente definidos por los trabajadores y, finalmente, por la incorporación de retribución de trabajos que no vienen definidos por las horas sino por objetivos. Todo ello determina que estemos ante un nuevo sistema de relaciones laborales donde el control del tiempo trabajado adquiere un rol importante.

Siempre ha sido complejo fijar y controlar el tiempo de trabajo, de ahí que una de las cuestiones más difíciles en las relaciones laborales sea la ges-

tión de personas, sobre todo en las pequeñas y medianas empresas¹. Actualmente se está ante un momento de cambio de las relaciones laborales, con interrogantes que afectan al control horario, lo que obliga a la empresa a fijar criterios a través de negociaciones con sindicatos y trabajadores con el fin de tener, con base en los intereses particulares de las partes y de las circunstancias de la empresa, reglas claras de control de tiempo de trabajo y la consecuente paz social.

El control del tiempo de trabajo permite beneficios para ambas partes y es por ello importante que las partes tomen conciencia de que el registro horario no es una simple carga administrativa. A través de los diferentes sistemas de control se permite obtener datos para conocer derechos y obligaciones de ambas partes de una manera mensual, lo que facilita la toma de decisiones empresariales en el marco de lo pactado en convenio colectivo o en el ámbito de la empresa.

La existencia y buena gestión del control horario es necesaria en la empresa ya que el mero reconocimiento legal de la jornada de 40 horas en cómputo anual (art. 34 ET) o el límite diario de 9 horas, salvo acuerdo por convenio o pacto de un número de horas diferente, con un máximo de 12 horas diarias, no impide la existencia de conflictos. La elaboración anual del calendario laboral (art. 34.6 ET) tampoco impide que haya enfrentamientos entre partes por razón del tiempo de trabajo, que al ser general para toda la empresa no resuelve cada caso concreto. El trabajador quiere saber qué horas tiene que trabajar, cómo se distribuye su tiempo de trabajo y cuantas realmente trabaja, lo que solo con la normativa nacional y un genérico calendario anual no puede resolverse. De ahí que el control horario tiene un protagonismo indiscutible para determinar los derechos de las personas trabajadoras en materia de cumplimiento de jornada, pero también de cobro por el tiempo de trabajo.

El celo del legislador en delimitar la jornada es loable y por ello se ha llegado a afirmar que existe en el ordenamiento un «derecho de los trabajadores al horario»² sin embargo, no es tan claro que la empresa deba entregar a

¹ Según las estadísticas oficiales, en el año 2021 había 1.278.179 pequeñas y medianas empresas en España con asalariados de un total de 2.884.713 empresas, de las que sin asalariados eran 1.601.769 y grandes sólo 4.765 empresas. www.ipyme.es (Recuperado el 26/02/2022).

² CUBO MAYO, A.: «El tiempo de trabajo y los problemas no resueltos de control y registro de la jornada y horario», *Diario La Ley*, n.º 8819, Sección Doctrina, 8 de septiembre de 2016. Define este derecho al horario como «el derecho a tener prefijadas unas horas concretas de entrada y salida al trabajo y de disfrute de descansos entre jornada, sin que puedan ser variadas unilateralmente por el empresario sino es por los procedimientos y con los requisitos legalmente establecidos».

cada trabajador a principio de año qué días y horas específicas debe realizar, quedando muchas veces solventado por los convenios colectivos³.

Así las cosas el registro horario debe entenderse desde la perspectiva de permitir una mejor gestión del tiempo de trabajo en la empresa, lo que obliga a tratar los datos que se recogen y a dar cuenta de ellos a los trabajadores y su representación legal, pero también como una forma de garantizar los derechos de las personas trabajadoras, impidiendo que se hagan horas extraordinarias sin que sean retribuidas y el consecuente fraude tanto en las cotizaciones a la Seguridad Social como en el pago de impuestos.

El control horario bien definido e implementado en la empresa otorga una herramienta de gran valor para las dos partes de la relación laboral, quienes, además, deberán conjugar el tratamiento de datos con la transversal (y cada vez más importante) Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales (en adelante LOPD).

2. MARCO LEGAL

El control de tiempo de trabajo se regula en el artículo 34.9 ET con la redacción dada por el Real Decreto-ley 8/2019 de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo que establece reglas sobre limitación de la jornada laboral y sobre el control de esta. En la exposición de motivos de este RD-Ley se justifica la implantación del registro horario diario en las dificultades habidas tanto para el control de la jornada por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, como para la prueba en las reclamaciones de los trabajadores afectados por la extralimitación horaria.

Con esta normativa se cumple lo establecido en la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo el 4 de noviembre de 2003 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo poniendo en valor el registro de tiempo de trabajo que la STJUE de 14 de mayo de 2019 en el asunto C-55/18, apartado 62, establece, y donde se fijan sus características básicas: «un sistema objetivo, fiable y accesible que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador forma parte de la obligación

³ De forma específica, el legislador es consciente de que la persona trabajadora debe conocer cuándo va a trabajar en circunstancias excepcionales y, por ejemplo, se fijan reglas para que en caso distribución irregular de la jornada la persona trabajadora tenga conocimiento de ello al menos con cinco días de antelación a la fecha de prestación laboral. Sin embargo se da libertad a las partes, ya sea en virtud de convenio o pacto, para fijar cómo hacerlo y cómo computar el tiempo trabajado.

general que incumbe a los Estados miembros y a los empresarios, prevista en los artículos 4, apartado 1, y 6, apartado 1, de la Directiva 89/391, de constituir una organización y los medios necesarios para proteger la seguridad y la salud de los trabajadores.»

La problemática en el control del tiempo de trabajo ya se había evidenciado por el Tribunal Supremo en su sentencia 246/2017 de 23 de marzo, donde afirmó que, «de *lege ferenda* convendría una reforma legislativa que clarificara la obligación de llevar un registro horario y facilitar al trabajador» la prueba del tiempo real empleado en el trabajo, lo que permitirá la determinación de si se han realizado horas por encima de la jornada ordinaria (legal o pactada), que son las horas extraordinarias.

3. TIEMPO DE TRABAJO VERSUS REGISTRO DE JORNADA

De acuerdo con el artículo 2 de la Directiva 2003 /88/CE se considera que es «tiempo de trabajo»: «todo el período durante el cual el trabajador permanece en el trabajo a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones de conformidad con las especificaciones y las prácticas nacionales». Esta misma Directiva añade que se entenderá que es «período de descanso» todo el aquel que no sea tiempo de trabajo. La Directiva también impone tiempos máximos de trabajo semanal (art. 6). Por lo tanto, la Directiva separa nítidamente el tiempo de trabajo de los descansos, de modo que estos no podrán ser incluidos dentro del tiempo de trabajo con independencia de la forma o duración que contemplen⁴.

El Estatuto de los Trabajadores no define qué ha de entenderse por tiempo de trabajo, por lo que debe aplicarse el concepto de la Directiva 2003 /88/CE, pero sí establece límites semanales y diarios con el fin de velar por la seguridad y salud laboral de las personas trabajadoras. Los convenios colectivos también establecen límites fijando las horas anuales de tiempo de trabajo, que no es necesariamente la suma del total de las horas que pudieran trabajarse a lo largo de todo un año respetando los descansos obligatorios que contempla el Estatuto. Por tanto, saber exactamente cuál es el tiempo de trabajo de una persona traba-

⁴ BLASCO PELLICER, A. y LÓPEZ BALAGUER, M.: «Ámbito objetivo de la obligación legal de registro: ¿qué es lo que hay que registrar», *La Ley* 4961/2020, p. 14. Blasco considera que el concepto de «tiempo de trabajo» en la Unión Europea tiene tres características: que el trabajador esté en ejercicio de su actividad o de sus funciones, que esté a disposición del empresario, lo que implica que debe de estar físicamente donde el empresario determine y, finalmente, que el trabajador deberá permanecer en el trabajo en el periodo considerado.

jadora es una labor no sencilla que además se complica cuando se realizan horas extraordinarias o hay jornadas irregulares. Precisamente por la dificultad de tener un conocimiento exacto del tiempo de trabajo que cada trabajador ha realizado es por lo que la STJUE de 14 de mayo de 2019 (C-35/18) impuso a las empresas la obligación de implantar un sistema que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada persona trabajadora con la finalidad de que pueda controlarse si se ha vulnerado el límite máximo de duración de la jornada y si se cumplen los periodos de descanso. De ahí que el artículo 34.9 ET imponga un lacónico control horario que debe ser leído con la doctrina tanto europea como nacional.

La normativa hace depender el control horario, no del tiempo de trabajo, sino de la jornada, de hecho dice: «la empresa garantizará el registro diario de la jornada», sin embargo el fin de este control es constatar que las horas realizadas respetan los límites legales de descansos y de horas extraordinarias, por tanto, conocer el tiempo de trabajo. En consecuencia, a pesar de que se habla de registro diario de la jornada se debe registrar el tiempo de trabajo realizado⁵. Una de las cuestiones importantes en este registro será definir cómo quedan fuera los descansos, ya que estos no se consideran tiempo de trabajo y, por ello, no deberían estar en el registro de control horario. Es importante tener claro que, al ser el registro de tiempo de trabajo, si en él se incluyeran los descansos habría una presunción que todo el tiempo de trabajo registrado es de trabajo de trabajo, conforme al concepto incluido en la Directiva, lo que puede suponer un grave problema empresarial en materia de gestión de tiempos y personas, además de salarios.

El ET no se refiere al tiempo de trabajo sino a la jornada y no se refiere de forma alguna a los descansos, no especifica si deben incluirse en el registro o cómo deben tenerse en cuenta a la hora de cumplimentar el registro. Por ello es recomendable que al negociar el contenido y forma del control horario se acuerde que sea lo más exhaustivo posible y permita controlar los descansos y las pausas que no se consideren por las partes tiempo de trabajo, a fin de que queden fuera del cómputo. En este sentido la Audiencia Nacional en sentencia de 15 de febrero de 2022 (rec. 356/2021) entendió que, aunque exista en convenio colectivo negociado el tiempo de trabajo, no puede imponerse a través de sentencia un determinado control si no existe como tal un control horario negociado ya que se trataría de «una creación *ex novo* de obligaciones que no

⁵ Entre otras ver STSJ Castilla La Mancha, de 25 de febrero 2022, en la que la Sala entiende que firmar el registro no significa necesariamente que se han realizado horas extraordinarias de trabajo que tengan que ser retribuidas.

encuentra encaje la aplicación o interpretación de norma legal o convencional, sino que conformarían un conflicto de intereses que no puede recibir respuesta en sede judicial tal y como dispone entre otras la reciente sentencia STS de 3 de noviembre de 2021, rec. 31/2020».

La finalidad última del registro es poder delimitar de manera objetiva, fiable y accesible el tiempo de trabajo diario del trabajador a fin de que, tal y como dice la STJUE se pueda «garantizar el efecto útil de los derechos recogidos en la Directiva 2003/88 y del derecho fundamental consagrado en el artículo 31.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.»⁶. Esto obliga a que en el registro solo esté el tiempo de trabajo, no los descansos, a que ambas partes se comprometan con las obligaciones derivadas del registro horario y, consecuentemente a que el tiempo de trabajo y los descansos se delimiten en le empresa, ya sea a través de convenio o pactos, de forma consciente y escrupulosa, en beneficio de ambas partes.

4. LAS PARTES EN EL REGISTRO HORARIO

A) **La obligación empresarial sobre el control horario**

Los registros de entrada y salida en las empresas, lo que comúnmente se ha llamado fichar, han existido antes de que entrara en vigor el artículo 34.9 ET. A través diferentes sistemas (tarjetas perforadas, firmas, u otros) la empresa controlaba quién iba a trabajar y qué horas estaba en el trabajo. Estos controles constituían una forma de vigilancia y control amparados en el poder de dirección del empresario en virtud del artículo 20.3 ET: «El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad». Con esta habilitación legal, las empresas han vigilado el cumplimiento de la asistencia al centro de trabajo y del trabajo a través de diferentes sistemas adoptados de forma unilateral en virtud del poder de dirección sin necesidad de acuerdo con la RLT o los trabajadores y sólo con el límite al respeto de la dignidad de los trabajadores y valorando sus circunstancias de capacidad real en el caso de personas con discapacidad.

⁶ Véase también, STJUE de 5 de octubre de 2004, Pfeiffer y otros, C 397/01 a C 403/01, apartado 100, y de 6 de noviembre de 2018, Max Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften, C 684/16, apartado 20.

A diferencia de la finalidad que tiene el registro horario del artículo 34.9 ET, la adopción de sistemas de vigilancia y control *ex art.* 20.3 ET se hace por la empresa para su propio interés ya que, en base a las actuaciones que lleve a cabo, puede, entre otras cosas, incoar expedientes sancionadores e incluso despedir por vulneración de la buena fe contractual. Así las cosas, estos sistemas de control no ponen al trabajador como beneficiario de una decisión empresarial porque, además, no se garantiza el acceso a los mismos cuando este lo necesita. Por ello, el legislador velando por el trabajador, que es la parte débil de la relación laboral, impone un nuevo control al empresario (que esta vez no es voluntario) donde el trabajador sí tiene derechos de acceso e incluso puede negociar a través de convenio colectivo o en la empresa con la RLT, debiéndose en todo caso respetar sus derechos⁷. La finalidad del nuevo control horario pone al trabajador en el centro y, de igual forma que le obliga a registrar su jornada, le facilita conocer su jornada laboral y tiempo de trabajo, viniendo la empresa obligada a poner a disposición del trabajador el registro diario, esta vez de forma obligatoria. Por ello, el registro horario se configura como un derecho del trabajador para poder conocer las horas efectivamente trabajadas, poder reclamar los descansos a que tiene derecho y las horas extraordinarias trabajadas por encima de la jornada ordinaria. No se trata propiamente de tener derecho al horario en toda su amplitud, pero sí a poder gestionar y tener los datos de su tiempo de trabajo dentro del marco legal.

La previsión legal incluida en el artículo 34.9 ET impone a la empresa la obligación de llevar un registro de la jornada y de conservarlo⁸. Lo configura como una obligación y no una opción para el empresario y se debe aplicar desde el momento que tenga un solo trabajador contratado. Se trata, tal y como dice el criterio técnico 101 sobre la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de registro de jornada, «una obligación para resultado en el sentido de establecer fácticamente un registro»⁹. Se trata de un registro de con-

⁷ Es necesario impedir que el empresario pueda imponerle una restricción de sus derechos: STJUE de 5 de octubre de 2004, Pfeiffer y otros, C 397/01 a C 403/01, apartado 82; de 25 de noviembre de 2010, Fuß, C 429/09, apartado 80, y de 6 de noviembre de 2018, Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften, C 684/16, apartado 41.

⁸ STSJ de Castilla la Mancha de 3 de marzo 2022, Rec. 450/2021: «ya no puede atribuirse al trabajador demandante la carga de la prueba en el sentido y con el alcance tradicionales, sino que afirmada por este la existencia de horas extras con mención de sus distribución e importe, su comprobación deberá derivarse ineludiblemente del examen el registro horario, cuya creación, conservación y aportación en el acto del juicio corresponde al empresario. E igualmente parece claro que si se incumpliera por el indicado empresario tal obligación de llevanza del registro, podrán y deberán aplicarse las naturales consecuencias atinentes a la acreditación de los hechos en cuestión».

⁹ Criterio Técnico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 101/2019. Se puede consultar en https://www.mites.gov.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Atencion_ciudadano/Criterios_tecnicos/CT_101_2019.pdf.

figuración legal con un fin específico: el registro de la jornada¹⁰ y da libertad para fijar cómo implementarlo o qué incluir, materia esta última que habría de haberse acometido en aras de la evitación de conflictos laborales.

El control horario del artículo 34.9 ET es independiente de otros sistemas de control y vigilancia que también la empresa podrá instalar¹¹. A pesar de que la norma es clara, la empresa deberá informar a los trabajadores sobre las finalidades registro en virtud de lo previsto de la LOPD. El artículo 34.9 ET delimita la finalidad del tratamiento que es solo la gestión del tiempo de trabajo, por lo que si con el mismo registro se persiguen otras finalidades deberá buscarse otra base jurídica para el tratamiento conforme a lo establecido en la LOPD.

Al tratarse el registro de control horario de un sistema de gestión de datos previsto expresamente por la ley no es necesario que la empresa solicite de forma expresa al trabajador el consentimiento al tratamiento de los datos, vieniendo este obligado a facilitar sus datos para el cumplimiento del fin para el que se crea, que es el control de la jornada laboral.

El sistema de control de la jornada diaria de las personas trabajadoras en sus centros de trabajo deberá reunir unas condiciones que vinculan al empresario y que deberá velar para que concurren en el sistema elegido. El registro debe ser objetivo, fiable y accesible para los trabajadores, por lo que debe poder funcionar respetando dichas características y es responsabilidad de la empresa. Por su parte, los trabajadores vendrán obligados volcar el horario que desarrollan en la empresa de forma diaria y por ello deberá ser de fácil cumplimiento y accesible, especialmente para personas trabajadoras que tengan discapacidades visuales o de otro tipo conocidas por la empresa.

Este registro puede revestir distintas formas, con utilización o no nuevas tecnologías¹². Sin embargo, como se verá más adelante, no todas ellas son pacíficas pudiendo afectarse a otros derechos, especialmente la protec-

¹⁰ La STS 23 de marzo de 201, Rec. 81/2016, antes de que se aprobara el control horario de la jornada, ya puso en valor la importancia de la protección de datos en lo que implica este tipo de control diario de la jornada: «la creación de este registro implica un aumento del control empresarial de la prestación de servicios y un tratamiento de los datos obtenidos, máxime en los supuestos de jornada flexible, de trabajo en la calle o en casa, que pueden suponer una injerencia indebida de la empresa en la intimidad y libertad del trabajador, así como en otros derechos fundamentales que tutela nuestra Constitución, especialmente en su artículo 18,4, máxime cuando la pretensión ejercitada y, el fallo que la estima van más allá del simple control de entrada y salida, por cuánto requiere almacenar datos que permitan comprobar el adecuado cumplimiento de los horarios pactados, objetivo cuyo logro requiere, incluso, un tratamiento anual de los datos recogidos para determinar el cumplimiento de la jornada anual.»

¹¹ Estos otros controles se podrán implementar en aplicación del artículo 20.3 ET.

¹² La Guía del Ministerio de Trabajo permite que las diferentes tipologías de empresas, sectores y ocupaciones profesionales puedan contar con un modelo o sistema adecuado sus características. *Guía sobre el registro de la jornada*. Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. Madrid 2019. <https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/GuiaRegistroJornada.pdf>

ción de datos y el respeto al derecho a la intimidad, cuestión que se plantea en herramientas que utilizan como forma identificativa los datos biométricos, que se trata en el epígrafe 9 de este capítulo. Por lo tanto, hay muchas soluciones pero ha de estudiarse cada una de ellas ya que no todas son idóneas para todas las empresas ni todas respetan todos los derechos, por lo que puede concluirse que las soluciones que ofrece el mercado para el control horario no son pacíficas.

La obligación empresarial no termina en facilitar el registro y que queden anotadas las entradas y salidas con la herramienta que corresponda, sino que también se le exige que pueda sacar y tratar datos de dicho registro, habida cuenta que la propia norma obliga a la documentación del registro y que sus datos deban ser guardados o custodiados al menos durante cuatro años, tiempo durante el que debe ser accesible no sólo a la Inspección sino también a los trabajadores y sus representantes legales. Esta segunda obligación¹³ de documentar el registro comporta necesariamente establecer sistemas de control horario donde los datos puedan tratarse y ello lleva a que de la forma más segura y trazable sea aquella en la que se utilizan medios tecnológicos. Por tanto, el registro, además de ser una obligación legal, se configura como herramienta de control ya que facilita conocer el tiempo de trabajo no solo a efectos de verificar que no hay excesos sobre la jornada ordinaria y que se han cumplido con los descansos obligatorios, sino también para gestionar la posible flexibilidad horaria que prevé el artículo 34.2 y 3 ET. y su impacto en la jornada anual prevista en los convenios colectivos.

La obligación de la empresa de poner a disposición de los trabajadores el control horario de la jornada, sin embargo, choca con aquellas empresas que apuestan por sistemas de trabajo diferentes a los que de forma tradicional se han venido realizando en la empresa. Se trata de los nuevos sistemas de trabajo por objetivos y trabajo por proyectos, donde el trabajador se organiza solo y, en muchos casos, se trata de trabajo realizado a distancia. Posiblemente, en estos casos debería repensarse el sistema de control de tiempo de trabajo que prevé el Estatuto de los Trabajadores, si bien es cierto que un cambio del sistema actual puede generar inseguridad en los trabajadores y podría comportar abuso empresarial mientras no exista formación laboral de ambas partes.

¹³ Un empresario tiene dos obligaciones, primero la obligación al registro y, por otro, la obligación de documentar este registro. AGUILERA IZQUIERDO, R.: «Sujeto activo de la obligación legal de registro, ¿quién está obligado a registrar la jornada?», en *Registro de la jornada y adaptación del tiempo de trabajo por motivos de conciliación*, Wolters Kluwer, La Ley, Madrid, 2020.

B) La persona trabajadora como sujeto del control horario

El artículo 34.9 ET establece que la empresa deberá tener un registro horario de «de cada persona trabajadora», la genérica mención a las personas trabajadoras genera algunas dudas sobre el ámbito de aplicación del registro horario, que el Ministerio de Trabajo aclaró a través de una guía ¹⁴.

Existe una regla general que posteriormente se matiza o concreta con los trabajadores específicos obligados. Así, el registro de horario se aplica a la totalidad de los trabajadores con independencia de la categoría o el grupo profesional a que pueda pertenecer, y a todos los sectores de actividad, viniendo todas las empresas obligadas a facilitar el registro independientemente de su tamaño o de su tipo de organización a excepción, como se verá, de las cooperativas. Esta es la regla general.

La matización viene del tipo de trabajador que viene afectado. En este sentido, el registro horario se aplicará a todas las personas trabajadoras que estén incluidas en el ámbito de aplicación definido en el artículo 1 ET. Consecuencia de ello es que quedan excluidos los funcionarios públicos y las personas al servicio de las administraciones públicas y demás entes organismos y entidades del sector público ¹⁵; los autónomos; las personas que desarrollan trabajos familiares, salvo que se demuestre la condición de asalariado; las personas que desarrollan trabajos a título de amistad benevolencia o buena vecindad; así como los consejeros y miembros de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa solo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo.

Así mismo, se excluye del registro horario de la jornada las personas sujetas las relaciones laborales de carácter especial previstas en el artículo 2.1 ET, como son la del personal de alta dirección, el servicio hogar, penados en las Instituciones penitenciarias ¹⁶, deportistas profesionales ¹⁷, artistas en es-

¹⁴ *Guía sobre el registro de la jornada*, ob. cit.

¹⁵ El Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público no contempla el registro horario, pero sí se establece dentro del código de conducta previsto en el artículo 54 que « 2. El desempeño de las tareas correspondientes a su puesto de trabajo se realizará de forma diligente y cumpliendo la jornada y el horario establecidos».

¹⁶ Tampoco contempla de forma expresa la obligación de registro horario el Real Decreto 782/2001, de 6 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad. Este Real Decreto en materia de jornada dice que «3. El horario de trabajo, dentro de los límites establecidos legalmente para la jornada de trabajo, será el necesario para el correcto desarrollo de la actividad productiva».

¹⁷ El Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales no contempla la obligación de registro horario que sí se dice qué tiempos no se computarán a efectos de duración máxima de la jornada: los tiempos de concentración previos a la cele-

pectáculos públicos, personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios sin asumir el riesgo y ventura, aquellas trabajadores con discapacidad que presten sus servicios en los centros especiales de empleo menores sometidos a ejecución de medidas de internamiento para el cumplimiento de su responsabilidad penal, residentes para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud, abogados que prestan servicios en despachos de abogados individuales o colectivos y cualquier otro que expresamente sea declarado como relación laboral especial.

Quedan también excluidas las personas trabajadoras acogidas a jornadas especiales de trabajo conforme a lo previsto en el Real Decreto 1561/1995, denominados trabajadores móviles, trabajadores de la Marina mercante y trabajadores que realizan servicios de interoperabilidad transfronteriza en el transporte ferroviario.

En cuanto al trabajo en la cooperativa, la Ley 27/1999 de 16 de julio sostiene que la relación de los socios con la cooperativa es societaria por lo tanto la normativa laboral no es de aplicación en materia de tiempo de trabajo de los socios trabajadores, siendo la propia cooperativa la que regule la jornada el descanso mínimo, las fiestas o las vacaciones. Por lo tanto, no se aplicará el artículo 34.9 ET y, consecuentemente, no existirá obligación de registro horario, toda vez que no se prevé la aplicación supletoria del ET.

En el ámbito de los trabajadores incluidos en el artículo 1 ET existen también especialidades que deben tenerse en cuenta y que son las referidas a cargos intermedios, trabajadores a tiempo parcial y trabajadores a distancia.

En el caso de los cargos intermedios, los cargos de confianza y aquellas otras personas con responsabilidades especiales en el ámbito de una empresa y que no son estrictamente personal de alta dirección deberán cumplimentar el control horario, salvo que hayan pactado un régimen de libre disponibilidad del tiempo de trabajo, en cuyo caso será muy recomendable que exista un pacto de disponibilidad horaria. En este último supuesto sería muy ilustrador que los convenios colectivos contemplarán esta circunstancia o bien se negociará a nivel de empresa con la representación legal de los trabajadores.

Los trabajadores con contrato a tiempo parcial tienen una carga legal específica en materia de control del tiempo de trabajo y por ello deberán cumplimentar el registro horario de conformidad con lo establecido en el

bración de competiciones o actuaciones deportivas, los empleados en los desplazamientos hasta el lugar de la celebración de las mismas, sin perjuicio de que a través de la negociación colectiva se regule el tratamiento y duración máxima de tales tiempos.

artículo 12.4 ET: «La jornada de los trabajadores a tiempo parcial se registrará día a día». Este registro difiere de cómo se debe registrar el control horario previsto en el artículo 34.9 ET en que debe existir una totalización mensual de las horas trabajadas que la empresa debe entregar en copia al trabajador al finalizar el mes. Se impone también una consecuencia a la falta de registro y entrega mensual junto con el recibo de salarios, que es la transformación del contrato a tiempo parcial en contrato a tiempo completo¹⁸, salvo prueba en contrario que acredite el carácter parcial de los servicios. Ambos registros son compatibles y obligatorios, ambos tienen como finalidad gestionar la jornada laboral. La empresa puede implementar un único control horario pero debe garantizar lo previsto en el artículo 12.4 ET y las consecuencias que comportan ser un trabajador a tiempo parcial, como son las limitaciones en materia de jornada, prohibición de horas extraordinarias y limitación de las complementarias.

Finalmente, están sujetos a control horario los trabajadores que realizan su trabajo a distancia al amparo de la Ley de Trabajo a Distancia (Ley 10/2021, de 9 de julio). En estos casos el control será también a distancia por lo que se recomienda que en el acuerdo de trabajo a distancia se especifique expresamente¹⁹ o, tal y como sostiene Carmen Solis Prieto²⁰ que se incluya una mención «de remisión a documentos técnicos donde se explicaran las formas de control implantadas en la empresa». Además de ese control a distancia o incluso la personación en el lugar donde se está desarrollando el trabajo son posibles otros controles como son de actividad en el teclado, videovigilancia, correo electrónico o geolocalización, entre otros debiendo todos ellos respetar en todo caso la LOPD y el derecho a la intimidad²¹, y aplicarse tras la evaluación de la medida de acuerdo con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad²².

¹⁸ Entre otras, STSJ de Canarias, de 21 de septiembre de 2018 (rec. 41/2018).

¹⁹ ABELLEIRA, F. J.: Considera que tiene poco sentido práctico dado que los medios pueden cambiar con relativa rapidez o facilidad, en: «Las modificaciones del acuerdo de trabajo a distancia y las condiciones de trabajo y la ordenación de prioridades en el acceso al trabajo a distancia», en AA. VV, *El trabajo a distancia: una perspectiva global*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021, p. 342.

²⁰ SOLIS PRIETO, C.: «El contenido mínimo del acuerdo del trabajo a distancia», en *El trabajo a distancia: una perspectiva global*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021, p. 306. En la misma línea: GOMEZ ABELLEIRA, F. J.: *La nueva regulación del trabajo a distancia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, p. 62.

²¹ CASAS BAAMONDE, M. E.: «El Derecho del Trabajo, la digitalización del trabajo y el trabajo a distancia», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 11/2020, pp. 1433 y ss.

²² STC 98/2000, de 10 de abril (RTC 2000,98) y STEDH (Gran Sala) Barbulescu II c. Rumanía, de 5 de septiembre de 2017 (TEDH 2017,61).

C) **El papel de los sindicatos y de la representación legal de los trabajadores**

La empresa no puede imponer el sistema de control horario *ex art.* 34.9 ET que considere más oportuno o idóneo, sino que debe implementar aquello que se haya pactado mediante negociación colectiva o acuerdo de empresa²³, si bien, en defecto de ello el empresario podrá decidir sobre el sistema de organización del registro previa consulta con los representantes de los trabajadores. Por lo tanto, el esquema es, primero convenio colectivo, segundo acuerdo con la RLT y finalmente, en defecto de los anteriores, decisión unilateral del empresario, previa consulta.

La definición de los sistemas de control horario no es una materia muy negociada en convenios colectivos supraempresariales, posiblemente porque cada empresa tiene sus peculiaridades²⁴ e imponer un determinado sistema genera conflictividad. Por ello, la opción más habitual es la propuesta empresarial con consulta a la RLT que podrá emitir informe previamente a la toma de decisión sobre el sistema de control.

La consulta con la RLT en la empresa es una obligación, no sólo de forma subsidiaria en virtud del artículo 34.9 ET sino también por aplicación del artículo 64.5 ET conforme al cual el comité de empresa tendrá derecho a emitir informe sobre «la implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo, estudios de tiempos (...)» previamente a que el empresario lo implante. No se impone por el ET una obligación de negociar pero si de consultar, sin que tenga necesariamente que llegarse a un acuerdo²⁵ ni que el informe que emita el comité de empresa sea vinculante. La obligación de solicitar el informe a la RLT, que podrá o no emitirlo, constituye una obligación complementaria de transparencia²⁶.

²³ Dice la Guía del Ministerio de trabajo sobre registro de jornada (ob. cit., que «serán las partes legitimadas para negociar las que, en ejercicio de su libertad autorreguladora para determinar el contenido de la negociación colectiva o acuerdo de empresa correspondientes al cumplimiento de este deber, habrán de incluir cuántos aspectos relacionados con la organización y documentación del registro horario estimen oportunos».

²⁴ GARCIA MURCIA, J.: «Otros instrumentos de ordenación colectiva de las relaciones de trabajo: acuerdos marcos, convenios extraestatutarios y acuerdos de empresa» en *Sindicalismo y democracia. El Derecho Sindical Español del profesor Manuel Carlos Palomeque treinta años después (1986-2016)*, Granada, 2017, p. 828 y ss., considera que la negociación en el seno de la empresa permite una aproximación real a los problemas existentes.

²⁵ CID BARBARRO, C.: *Representación Sindical de la empresa*, Lex Nova, Madrid 2014.

²⁶ SELMA PENALVA, A.: «El control de accesos por medio de huella digital y sus repercusiones prácticas sobre el derecho a la intimidad de los trabajadores», *Aranzadi Social*, 2010, núm. 3, pp. 27-36.

La solicitud del informe se hace sobre la base de una información previa que debe haber sido facilitada a la RLT y que debe tener un contenido apropiado²⁷. Sin perjuicio de que el informe no es vinculante la negociación sobre el control horario debe configurarse como una vía para poder implicar a los trabajadores en la determinación del tiempo de trabajo. Esa negociación no sólo debería ser qué tipo de herramienta se va a implantar sino también acuerdos de dónde ponerse el control, cómo gestionarlo, los derechos de acceso con sus plazos y personas ante las que se tiene que solicitar y sistemas de solución de conflicto en caso de falta de operatividad, con obligaciones para las partes. Se trata de una oportunidad para estudiar y consensuar los procedimientos de flexibilidad horaria, así como tratar y analizar cuestiones como son los descansos, tiempo de bocadillo (en caso de no estar reflejado en el convenio) o momentos para fumar o consulta del móvil personal.

Cuestión diferente es que el informe no se solicite en cuyo caso sí existe un incumplimiento empresarial que puede ser sancionado. En esa línea, la STS 1 de junio de 1988 (ECLI: ES: TS:1988:11874), consideró que la implantación de un sistema de control por parte de la empresa «omitiendo la intervención informativa del delegado de personal, vició la instrucción general mencionada».

Además de la anulabilidad de la medida²⁸, la omisión de solicitar el informe es una infracción administrativa grave tipificada en el artículo 7.5. LISOS con la redacción dada en el RDL 8/2019 y del 7.7. LISOS. Precisamente la existencia del 7.7. LISOS determina que se pueda sostener sin lugar a duda la anulabilidad, lo que es acorde, además, con el espíritu de la ley, ya que si simplemente la sanción fuera económica (máximo 6.250 €) la empresa asumiría este coste como uno más del sistema a implantar y no habría una razón para involucrar a la RLT²⁹. Por otro lado, la Inspección de Trabajo no solo verificará la existencia de un registro de jornada sino también cómo se organiza y si ha existido previamente un procedimiento de negociación o consulta con la representación de los trabajadores para lo que podrá solicitar las actas de las reuniones celebradas en el proceso de negociación. Consecuentemente deberá levantarse acta de cada reunión que se celebre y deberá haber una trazabilidad de los

²⁷ SEPULVEDA GOMEZ, M.: «El control sindical del tiempo de trabajo», *El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo, XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas del trabajo y relaciones laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2020, p. 281 y ss.

²⁸ A la misma conclusión se llega con la Sentencia STSJ Canarias 19 de abril de 1994 (rec. 195/1994): «el resultado debe ser el de anulabilidad de las actuaciones habidas o de las medidas adoptadas por el empresario en los distintos supuestos señalados, que devienen así irregulares».

²⁹ En contra: AGUILERA IZQUIERDO, R.: ob. cit., que sostiene que la única consecuencia es la imposición de una sanción por infracción administrativa.

pasos dados sobre información y consulta para que ante la Inspección y, en su caso en vía judicial, quede cumplido el trámite por la empresa.

Finalmente, el artículo 64.7 ET establece la competencia de la representación de los trabajadores en la vigilancia del cumplimiento de las normas vigentes en materia laboral de Seguridad Social y de empleo así como del resto de los pactos en la empresa ello incluye indudablemente la gestión del tiempo de trabajo. Por tanto, una vez implantado el sistema de control horario la RLT podrá verificar el cumplimiento del sistema y de todo lo acordado con la empresa en materia de gestión del tiempo de trabajo.

5. CONTENIDO DEL REGISTRO HORARIO

A) El tiempo de trabajo

El artículo 34.9 ET establece que en el registro diario de jornada se deberá incluir «el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora». Con tan escueta redacción se generan muchas dudas que han venido a ser resueltas por la Inspección de Trabajo y en base a las cuales se puede concluir que este precepto es de mínimos y necesita de una negociación, ya sea en convenio colectivo o con la RLT para que ambas partes (empresa y trabajador) consigan aquello que se busca, que no es otra cosa que quede constancia del tiempo de trabajo realizado por cada persona trabajadora en la empresa.

Una de las primeras cuestiones que debe tratarse es cómo acompañar el control horario con las pausas, interrupciones o descansos que pueden realizarse a lo largo de toda la jornada diaria, sobre la base de la Directiva ya analizada que excluye como tiempo de trabajo a los descansos. Sin embargo, no siempre las pausas, descansos o interrupciones quedarán excluidos del cómputo de tiempo de trabajo, tal y como se pasa a analizar.

En el registro horario, según establece el artículo 34.9 ET, sólo se registra la entrada y salida, sin que exista obligación legal de registrar las pausas realizadas para el bocadillo, para fumar, para comer, consultar el móvil personal, el tiempo que se tarda en poner el uniforme o incorporarse al puesto de trabajo³⁰ u otras. Pero tampoco hay obligación de dejar constancia en el regis-

³⁰ La Sentencia de la Audiencia Nacional 20 de junio de 2019 (rec. 115/2019) consideró que la empresa no podía descontar del salario como retrasos, el tiempo empleado en incorporarse al trabajo sobre la base del control de entradas y salidas.

tro de las pausas o interrupciones legales como el descanso tras 6 horas de trabajo (art. 34.4 ET) o los tiempos entre la jornada de la mañana y tarde si se trabaja a tiempo partido (34.3 ET). Así las cosas, no puede afirmarse que todos los descansos no contemplados en el registro sean necesariamente tiempo de trabajo.

La Guía de Ministerio del Trabajo³¹ ha dado algo de luz al problema y sostiene que la previsión normativa de pausas obligatorias o su negociación en convenio o pacto en la empresa permite su exclusión del registro horario «porque resultan identificables en relación con esos otros instrumentos que permiten dar certeza y seguridad jurídica del tiempo de trabajo realizado y retribuable».

Por ello, al tiempo de acordar en el convenio colectivo o a través de un acuerdo con la RLT qué sistema de control se va a implantar, es recomendable que se negocie qué se considera tiempo de trabajo y por tanto qué computa en el registro, debiendo quedar constancia de ello. La cuestión no es baladí ya que a falta de negociación o acuerdo, todo el tiempo que transcurre desde la entrada hasta la salida que se haya registrado se considera tiempo de trabajo efectivo, recayendo en el empresario la obligación de romper dicha presunción. Las implicaciones para la empresa son muchas y no sólo económicas, por la obligación que tendrá de pagar a los empleados horas extraordinarias que posiblemente no se hayan realizado, sino también por las sanciones que podría legalmente imponer la Inspección de Trabajo.

Conceptos como jornada, tiempo de trabajo u horario se antojan difíciles de separar nítidamente en el control horario, por eso, se precisa, más allá de las disquisiciones terminológicas³², unas reglas claras y, en su defecto, deberá ser la negociación colectiva³³ la que defina el tiempo de trabajo dada la dificultad real de su discusión en el centro de trabajo. Que el convenio contemple qué pausas tienen consideración de tiempo efectivo de trabajo otorga seguridad a las partes. Si además se establecen guías de actuación en los centros sobre qué herramientas son las más idóneas que permitan ese registro con normas que obliguen también a los trabajadores (lo que facilita resolver los conflictos por incumplimiento en el registro o por el registro irregular) desaparecería mucha conflictividad.

Para dar claridad sobre el tiempo de trabajo y su cómputo, sería razonable que en el control horario se especificara, por un lado, el tipo de trabajo que se

³¹ *Guía sobre el registro de la jornada*, ob. cit., p. 5.

³² IGARTUA MIRÓ, M. T.: «La obligación de registro de la jornada de trabajo tras el RDL 8/2019», *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 147/2019, pp. 131-133.

³³ Véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2022 (Rec. 299/2022) en la que se resuelve un conflicto colectivo que trae su causa, entre otras, de las pausas y su volcado en el registro horario.

presta por el trabajador en el centro de trabajo especificándose si es presencial o en un lugar fuera del centro de trabajo, como pudiera ser el domicilio de un cliente; por otro, si todo o parcialmente el trabajo se desempeña a distancia por el trabajador y, finalmente, se debería concretar si hay horas contempladas en el registro que son únicamente de puesta a disposición y su consideración como tiempo de trabajo o no. Por lo tanto, antes de comenzar la implantación de un control horario se debería analizar por la empresa los tipos de contratos que tienen sus trabajadores y sus formas o peculiaridades en el desempeño del trabajo, puesto que ello puede definir el sistema más apropiado para la llevanza del control, pero también la necesaria definición de criterios para que el cómputo horario sea lo más fidedigno y transparente, además de gestionable.

Igualmente se debería definir previamente a la implantación del control, puesto que afecta al cómputo, cuál es el tipo de jornada diaria de cada trabajador, si es continuada o partida, dado que en el primer caso será necesario saber si el tiempo de descanso previsto legalmente para jornadas superiores a 6 horas es o no tiempo de trabajo, debiéndose comprobar si consta en el convenio colectivo o si se ha negociado en el seno de la empresa. Por otro lado, en el caso de que la jornada sea partida deberán establecerse reglas sobre cómo registrarlo puesto que deberá haber una entrada y salida por la mañana, y otra por la tarde, lo que significa que el trabajador deberá hacer cuatro registros. El problema es que no todo tipo de registros permiten este control y los conflictos laborales pueden ser muchos. La regla es que si no hay registro de horas de salida y entrada en la jornada partida se presume que todas las horas (incluso las dedicadas para ir a comer) son horas de trabajo y como tales deberían ser retribuidas. Que exista un horario de la empresa donde conste el horario partido no puede trasladarse directamente el horario de la empresa al control horario de cada trabajador ya que no siempre el trabajador se irá y volverá puntualmente y, en ocasiones, podrá quedarse trabajando. Por lo tanto, que el sistema controle todos los registros de entradas y salidas conviene tanto a la empresa como a los trabajadores.

Cuestión también que debe analizarse al implantar el control horario es si existen pausas o descansos dentro de la jornada diaria, debiéndose acordar cómo computan y cómo deben trasladarse al propio registro. En este sentido se puede acordar que haya un fichaje del inicio de la pausa y otro de la reanudación de la actividad laboral, pero exige de unas normas claras en las empresas y un traslado de estas a los trabajadores sobre cómo se computarán las pausas pactadas. De esta manera el control horario responderá a lo que las partes quieren, que no es otra cosa que los trabajadores disfruten de descansos pactados, y no queden reflejados como de tiempo de trabajo.

Así mismo, se debe contemplar en la empresa la posibilidad de que haya acuerdos con los trabajadores sobre el horario flexible de entrada y salida. En estos casos, la empresa permite a los trabajadores entrar y salir de su puesto de trabajo en un rango horario, permitiéndose al trabajador tener más libertad para ajustar su horario a sus necesidades sin que ello repercuta negativamente a la empresa ya que deberá trabajar un mínimo diario y, además, de realizar las horas en cómputo anual para las que le han contratado. Dada la falta de uniformidad en los horarios de entrada y salida el registro horario deberá permitir hacer un seguimiento real de las horas que el trabajador ha realizado y ello deberá acompañarse con la necesidad de hacer cómputos de horas en períodos superiores a un día, ya que con la flexibilidad será posible que unos días se trabaje menos y otros más, sin que las horas realizadas de más puedan tener la consideración de horas extraordinarias. Habida cuenta de la finalidad del registro horario se considera que en estos casos debería al menos poderse realizarse semanalmente la suma de jornada diaria.

La misma lectura se debe realizar cuando el trabajador realiza jornada flexible. En estos casos la empresa da libertad al trabajador para que trabaje cuando quiera pero un mínimo de tiempo, por eso que es relevante poder ajustar el tipo de control horario más adecuado para el fin que busca la ley, siendo imprescindible conocer qué es lo que se ha pactado ya sea un convenio colectivo, con la RLT o lo acordado con el trabajador, en su caso. Esta jornada flexible es diferente la distribución irregular de la jornada prevista en el artículo 34.2 ET en virtud de la cual 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, en cuyo caso el trabajador debe conocer y tener claro qué días va a trabajar y cuántas horas, todo ello sin perjuicio del derecho que tiene el trabajador a conocer su jornada diaria al menos con 5 días de antelación, tal y como sostiene el artículo 34.2 ET³⁴.

Existen también otras cuestiones que pueden ser determinantes para el control horario como son: la edad del trabajador ya que en caso de ser menor de 18 años las exigencias en materia de jornada son diferentes (art. 34 ET); los horarios en que se realiza el trabajo, es decir sí es diurno o nocturno y cómo queda eso afectado por las disposiciones legales y el convenio colectivo aplicable, al igual que si se trabaja o no a turnos; la realización de jornadas reducidas ya sea por conciliación de la vida laboral familiar o por otros motivos; y, finalmente, que se realicen jornadas especiales conforme al Real Decreto 1561/1995 de 21 de septiembre salvo que se especifique una cuestión diferente al amparo del artículo 34.7 ET que habilita al Gobierno a regular especialidades en el registro de control horario.

³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2019 (rec. 147/2018).

B) El registro diario

No existe duda sobre que el registro de la jornada deberá ser diario. Esto significa que no basta con un calendario laboral, un cuadrante de jornada o un reparto de turnos, ya que estos se elaboran previamente al desempeño del trabajo por los empleados y no determinan por sí mismos el tiempo trabajo real realizado.

Que un trabajador tenga un horario no determina por sí mismo que lo haya cumplido ya que puede haber pedido un día de libre disposición, haber cambiado el turno con otro trabajador o haber acompañado a su hijo al médico, pero también puede haber trabajado más horas en aras de la distribución irregular de la jornada o sencillamente haber hecho horas extraordinarias. El horario que se da al trabajador es el de su jornada ordinaria e, idealmente, se calcula sobre la base de la jornada anual pactada. Por ello, una cosa es el horario que se le facilita al trabajador al inicio del año, que no es intocable, y otra diferente lo que se haya trabajado y para ello está el control del tiempo de trabajo. El horario del trabajador no es suficiente, es necesario el control o registro diario de la jornada.

Tampoco poner un horario de entrada y salida de la empresa supone un control horario *ex art.* 34.9 ET ya que con aquel se busca conocer qué horas está abierta la empresa, que no tiene por qué coincidir con los días ni con las horas que va la persona trabajadora a la empresa. Por tanto, el control horario busca conocer el tiempo de trabajo que se ha realizado por cada una de las personas de la empresa y es incompatible con la mera tenencia de un horario en la empresa³⁵.

Resulta, además, indiscutible que la lectura del registro diario de jornada y el posible incumplimiento en los límites de tiempo de trabajo desempeñado debe realizarse teniendo en cuenta la flexibilidad en la distribución del tiempo de trabajo que permite la vigente normativa.

La implementación del registro horario diario no significa que otros registros contemplados expresamente en el Estatuto de los Trabajadores desaparezcan sino, al contrario, constituyen obligaciones legales independientes y compatibles. En ese sentido se mantiene el registro diario de los contratos a tiempo parcial establecido en el artículo 12.4 ET donde consta que la jornada

³⁵ Tampoco sería posible equiparar un tacógrafo al control horario: «su contenido se circunscribe y limita a determinar el tiempo que el motor del vehículo en que se instalan está en marcha, pero en modo alguno prueban o acreditan la jornada laboral de quien lo conduce, ni las horas de conducción de carga o descarga y simple presencia a disposición, lo que les priva de todo valor a efectos demostrativos de la realización de horas extraordinarias», STSJ Galicia 3 de marzo de 2022, Rec. 6059/2021.

de los trabajadores a tiempo parcial se registrará día a día y se totalizará mensualmente entregando copia al trabajador. De igual forma se mantiene el registro de horas extraordinarias previsto en el artículo 35.5 ET donde consta que a efectos del cómputo de horas extraordinarias la jornada de cada trabajador se registrará día a día y se totalizará en el período fijado para el abono de las retribuciones entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente³⁶.

Finalmente, el sistema de registro que se implante en la empresa debe ser objetivo, debe garantizar la fiabilidad, veracidad y la no alteración a posteriori de los datos como el respeto de la LOPGDD, así como del derecho a la intimidad de las personas trabajadoras, entre otros, en el caso de videovigilancia³⁷.

6. CONSERVACIÓN DEL REGISTRO DE JORNADA

El artículo 34.9 ET en su último párrafo establece que «la empresa conservará los registros a qué se refiere este precepto durante cuatro años y permanecerán a disposición de las personas trabajadoras de sus representantes legales y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social». De esta forma se adaptó el derecho español a la doctrina del TJUE de 14 de mayo de 2019³⁸, superando la doctrina del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2017 en que se sostenía que con la normativa existente en aquel momento no se garantizaba el cumplimiento activo de las obligaciones establecidas en la Directiva 2003/88 y en la Directiva 89/391.

La empresa tiene obligación de conservar los datos de los registros durante el mismo plazo que se prevé en la normativa de Seguridad Social para las obligaciones laborales (art. 24.1 TRLGSS). La conservación implica la custodia de los datos y la garantía de que no pueden ser accesibles a o por terceros sin legitimación. Por otro lado, la obligación de conservar durante cuatro años conlleva también la obligación de suprimir los datos conforme a lo previsto en

³⁶ En este caso el registro diario del artículo 34.9 del Estatuto puede ser utilizado para el cumplimiento de la obligación del registro establecida en este artículo 35.5, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto en la disposición adicional tercera del Real decreto 1561/1995 sobre derechos de los representantes legales de los trabajadores a la recepción de información sobre las horas extraordinarias.

³⁷ Sobre las características del registro véase el epígrafe 7 d) de ese capítulo.

³⁸ Sentencia TJUE (Gran Sala) de 14 de mayo 2019, Asunto C-55/18. *Vid.* Sobre la materia: PRECIADO DOMÈNECH, C. H.: «El Registro de la jornada ordinaria en la nueva doctrina del Tribunal Supremo», *Revista de Información Laboral*, núm. 7/2017. y SEPÚLVEDA GÓMEZ, M.: «La obligación empresarial de establecer un sistema de cómputo diario de la jornada laboral conforme al derecho comunitario», *Temas Laborales*, 148/2019, pp. 217-228.

el artículo 17.1 LOPD «cuando ya no sean necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos». De esta manera, la empresa deberá suprimir los datos si finaliza la relación laboral con el trabajador titular de los datos transcurrido el citado tiempo.

El Estatuto de los Trabajadores no impone un sistema específico para mantener guardar o conservar estos datos. No establece que tengan que guardarse digitalizados o en papel³⁹. Por ello, siguiendo el Criterio Técnico 101/2019 sobre actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de registro de jornada debe entenderse válido «cualquier medio físico o de cualquier otro tipo siempre que el mismo garantice la fiabilidad y veracidad respecto de los datos registrados diariamente». Sostiene asimismo la Inspección que esta conservación de los registros diarios no implica la totalización de los mismos, tal y como sí se establece en el caso de los contratos a tiempo parcial y para el cumplimiento de las obligaciones en caso de realización de horas extraordinarias.

Los registros deben permanecer a disposición de las personas trabajadoras, sus representantes legales y de la inspección lo que implica que en cualquier momento se debe de poder acceder a ellos siempre que sea solicite por las personas legitimadas. Además, el acceso y consulta deberá poderse realizar de forma inmediata, sobre todo cuando sean solicitados por la Inspección de Trabajo en una visita presencial con el fin de evitar cualquier alteración o modificación de los datos en el intervalo en media entre la solicitud efectuada y el control efectivo de tales datos por dichas autoridades tal y como sostiene la STJUE (asunto C-342/12) de 30 de mayo de 2013. Por ello, para dar cumplimiento a este acceso es preciso que los registros estén permanentemente de forma física en el centro de trabajo o sean accesibles desde el mismo de manera inmediata.

El Estatuto de los Trabajadores tampoco especifica cómo se debe entregar o cómo se tiene que poner a disposición la información solicitada. Por motivos de seguridad jurídica entiende la Inspección de Trabajo que debe interpretarse que la puesta a disposición «no implica la obligación de entrega de copias, salvo que así lo disponga en convenio colectivo o exista un pacto expreso en contrario, ni debe entregarse a cada persona trabajadora copia de su registro diario, sin perjuicio de facilitar su consulta personal, ni a los representantes de los trabajadores, lo que no obsta la posibilidad de estos últimos de tomar conocimiento de los registros de los trabajadores». Sin perjuicio de ello,

³⁹ Proponía CUBO MAYO, A.: ob. cit., que el registro del horario debería tener «un formato que garantice la veracidad de los datos y el control externo, priorizando los sistemas electrónicos».

en la medida de que se registran datos personales y en virtud de la LOPD el empresario deberá dar acceso los datos de registro a los trabajadores como titular de los mismos ya que no se establece en la normativa vigente ninguna previsión sobre que no se puedan facilitar estos datos, más al contrario se trata de datos que deben tener y conocer las personas trabajadoras porque esa es una de las finalidades del registro horario. Sobre el acceso y siguiendo el artículo 13 LOPD «se entenderá otorgado si el responsable del tratamiento facilitara al afectado un sistema de acceso remoto, directo y seguro a los datos personales que garantice, de modo permanente, el acceso a su totalidad». Por ello, la posibilidad de que el trabajador pueda acceder a través de una aplicación informática a su registro y sea informado de ello, es suficiente para que la obligación empresarial quede cumplida, debiendo en todo caso respetarse que el trabajador solo podrá acceder a sus datos, no a los demás trabajadores⁴⁰ y ello a pesar de la dicción generalista del ET que dice «permanecerán a disposición de las personas trabajadoras».

La aplicación de la LOPD también alcanza al derecho del trabajador a solicitar la modificación de datos cuando estos sean erróneos, lo que se denomina derecho de rectificación. En este caso el artículo 16 Reglamento (UE) 2016/679 establece que el estado puede obtener «sin dilación indebida del responsable del tratamiento la rectificación de los datos personales inexactos que le conciernan» y el artículo 14 LOPD establece que «el afectado deberá indicar en su solicitud a qué datos se refiere y la corrección que haya de realizarse. Deberá acompañar, cuando sea preciso, la documentación justificativa de la inexactitud o carácter incompleto de los datos objeto de tratamiento.» Dos son las cuestiones importantes en esta materia, en primer lugar el derecho del trabajador a la rectificación que, a pesar de no venir contemplada en el Estatuto de los Trabajadores es un derecho que tiene porque se están tratando sus datos. Esto significa que la empresa una vez recibe la petición del trabajador deberá darle trámite y verificar si existe el error, comunicándole lo que corresponda. En la medida que hay un expediente de acceso cualquier modificación tiene una justificación y trazabilidad, por lo que existe habilitación para realizar la modificación del registro. En segundo lugar, permitir la rectificación es acorde con el fin del registro horario tal y como viene previsto en la Directiva 89/391, ya que la finalidad última de este registro es comprobar que corresponda el registro con las horas realmente trabajadas por la persona, y ello implica que cualquier irregularidad en el registro debe poderse poner en cono-

⁴⁰ MOLINS GARICA ATENCE, J. «El registro de la jornada de trabajo», *Trabajo y Derecho*, 59, 2019, p. 14.

cimiento de la empresa para que implemente las subsanaciones que correspondan. Pero además, debe también facilitarse a la RLT, en la medida que estos tienen la competencia de vigilancia del cumplimiento de normas vigentes en materia laboral y de vigilancia y control de las condiciones de seguridad y salud laboral de las personas trabajadoras (arts. 64.7. 1.º y 2.º ET), siendo un incumplimiento de registro importante en cómputo, por ejemplo, a efectos de horas extraordinarias. Cualquier rectificación que proceda deberá llevar aparejada, por un lado, el cambio en el sistema, si es que existen errores de cómputo y, por otro, la liquidación que corresponda, por lo que el trabajador tendrá derecho a cobrar horas extraordinarias y, en su caso, si no se le retribuyeran dispondrá de prueba para ejercitar sus derechos ante la jurisdicción laboral.

Finalmente la persona trabajadora tiene derecho a la supresión de sus datos «con independencia de que el registro sea más o menos sofisticado»⁴¹. En esos casos la empresa deberá bloquear los datos durante cuatro años, que es el tiempo que deberá conservarlos, y solo transcurrido este tiempo desde que se registraron podrá eliminarlos de forma que no puedan ser recuperados.

7. BREVE ANALISIS DEL REGISTRO DE JORNADA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA LOPD

Por aplicación de la LOPD la empresa viene obligada a respetar y adoptar una serie de medidas en relación con el registro horario, que se pasan a analizar.

A) Obligaciones de la empresa

La empresa tiene obligación de incluir en su Registro de las Actividades del Tratamiento el registro horario en la medida que se trata de un sistema de información que trata datos personales para un fin muy concreto. Dependiendo de la empresa la documentación a incluir en dicho registro podrá variar dado que deberá ajustarse a la situación concreta de gestión del registro horario en el centro de trabajo.

Así mismo, la empresa deberá consultar a su delegado de protección de datos, si dispone de él⁴², sobre el tratamiento de los datos de las personas trabajado-

⁴¹ Agencia Española de Protección de Datos: *La protección de datos en las relaciones laborales*, 2021.

⁴² Requisitos para tener un delegado de protección de datos: <https://www.aepd.es/es/derechos-y-deberes/cumple-tus-deberes/medidas-de-cumplimiento/designacion-delegado-proteccion-datos> (Consultada el 1 de marzo de 2022).

ras. Su opinión no es vinculante pero la empresa debe valorar su consejo. Es relevante tener en cuenta que la LOPD y el Reglamento general de protección de Datos (en adelante, RGPD) dan mucha libertad a las empresas, si bien cada decisión tomada debe estar evaluada y justificada, razón por la que se considera que la actitud empresarial en el ámbito de la protección de datos debe ser proactiva.

Tras un análisis de los datos que se van a tratar para el cumplimiento del fin del control horario y de las personas trabajadoras afectadas, la empresa puede venir obligada a realizar una evaluación de impacto conforme a lo previsto en el artículo 35.3 RGPD, cuestión que procederá hacer en caso de que el registro horario se realice a partir del tratamiento de datos biométricos.

Finalmente, la empresa deberá conservar los datos del registro durante cuatro años.

B) Base jurídica y no obligación de consentimiento

El registro de jornada tiene su base jurídica en la obligación legal de incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de cada persona trabajadora conforme queda establecido en el artículo 34.9 ET, por lo que existiendo dicha previsión legal se exonera a la empresa de solicitar el consentimiento a cada una de las personas trabajadoras. Por ello, no será preciso que cada una de ellas autoricen el tratamiento de sus datos derivados del sistema de control horario siempre que exclusivamente la finalidad sea la prevista en el Estatuto de los Trabajadores⁴³.

Esta finalidad has sido aclarada por la Guía sobre el Registro de Jornada del Ministerio de Trabajo de la siguiente manera: «crear un marco de seguridad jurídica en las recíprocas relaciones de personas trabajadoras y empresas, así como posibilitar el control por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Además, la empresa, tras analizar los datos de registro de jornada, podrá conocer si alguna de las personas trabajadoras ha incumplido su horario y, por este motivo, no es necesario que la persona trabajadora haya sido informada específicamente sobre los resultados de dicho control. Sin embargo, el

El delegado de protección de datos también será quien canalice las contestaciones a los derechos ejercidos por las personas trabajadoras y quien resuelva las incidencias que se planteen en la empresa sobre los datos.

⁴³ GONZÁLEZ BIEDMA, E.: «Derecho a la información y consentimiento del trabajador en materia de protección de datos», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 138, 2017.

registro horario no podría ser utilizado para fines diferentes, como por ejemplo comprobar la ubicación de una persona trabajadora ⁴⁴.»

C) La información al trabajador

La posibilidad de implementar el sistema de registro horario *ex art.* 34.9 ET no habilita *per se* a la empresa a registrar todo tipo de datos y utilizarlos para más finalidades (principio de limitación de la finalidad) ⁴⁵ sin el conocimiento del trabajador y, dependiendo del caso, su consentimiento. Esto significa que el empresario sólo puede recoger los imprescindibles para el control del registro horario y no puede recoger ningún otro con el pretexto del artículo 34.9 ET, «por si acaso» o «aprovechando que...». Si utiliza los datos recogidos para otros tratamientos diferentes deberá informar sobre el tratamiento o tratamientos va a hacer de los datos que recoge, qué más cosas va a hacer con los datos, además de lo establecido en el artículo 34.9 ET, debiendo dar una información completa conforme a lo establecido en la LOPD.

La información que debe recibir la persona trabajadora en relación con el tratamiento de los datos previsto en el citado artículo 34.9 ET incluye las características del sistema del control horario (en papel, digital, con huella...) y delimitación de los datos que se tratan, así como de la finalidad, base legal y los derechos de acceso, rectificación, oposición y supresión, sin perjuicio de la obligación empresarial de conservar los registros durante cuatro años.

Por ello, es recomendable que en el momento de la contratación se informe a la persona trabajadora de estos extremos. Posteriormente, y de igual forma, también se deberá informar sobre cualquier cambio que se implemente.

Una cuestión importante es que la empresa debe poder probar que ha informado al trabajador y por ello deberá adoptar un sistema con el que pueda acreditarlo, pudiendo entregar la información y quedarse con copia firmada, que no es un consentimiento sino simplemente un recibí.

⁴⁴ *Guía sobre el Registro de la Jornada*, ob. cit.

⁴⁵ Según la RAE (<https://dpej.rae.es/lema/principio-de-limitaci%C3%B3n-de-la-finalidad>): Principio propio del tratamiento de datos personales conforme al cual tales datos deben ser recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no pueden ser tratados ulteriormente de manera incompatible con dichos fines, salvo que lo sean con fines estadísticos o de investigación científica e histórica.

Véase el artículo 5.1.b). Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos).

Por tanto, las personas trabajadoras, más allá del mero contrato del SEPE, deberán firmar que conocen aspectos tan básicos como qué va a hacer la empresa con sus datos y cómo puede ejercer sus derechos en esta materia.

D) **Requisitos del sistema de control horario**

La LOPD no impide que puedan implementarse variados sistemas para el registro del control horario, pero sí aconseja que se adopte el sistema menos invasivo posible⁴⁶, lo que responde al principio de minimización de datos⁴⁷. De esta forma, en la toma de decisión sobre el sistema, ya sea desde el convenio colectivo o en sede empresarial con la RLT, deberá tenerse en cuenta sólo se tratarán aquellos datos indispensables para el fin que se persigue.

Los datos del registro serán la identificación del trabajador y las horas de entrada y salida, ya que cualquier otro dato adicional que pueda grabarse o recogerse precisará un tratamiento de protección de datos específico. En ese caso, si se considera la procedencia de tratar más datos para otras finalidades que excedan de las establecidas en el Estatuto de los Trabajadores, deberá, tras el análisis y evaluación correspondiente por la empresa con la audiencia de la representación de la empresa⁴⁸, solicitarse el consentimiento a cada persona trabajadora, tras facilitarles la información básica del tratamiento.

E) **Quienes pueden acceder a los datos**

El acceso a los datos, además de los trabajadores titulares de los derechos, puede ser realizado por la Inspección de Trabajo para el ejercicio de sus funciones⁴⁹ en virtud del artículo 18 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, ordenadora del sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social y del artículo 34.9 ET.

También podrá acceder la RLT en virtud de la previsión legal del artículo 34.9 ET: «La empresa conservará los registros a que se refiere este precepto durante cuatro años y permanecerán a disposición de las personas traba-

⁴⁶ *La protección de datos en las relaciones laborales*, ob. cit.

⁴⁷ Principio de minimización de datos: «aplicar medidas técnicas y organizativas para garantizar que sean objeto de tratamiento los datos que únicamente sean precisos para cada uno de los fines específicos del tratamiento reduciendo, la extensión del tratamiento, limitando a lo necesario el plazo de conservación y su accesibilidad» <https://www.aepd.es/es/derechos-y-deberes/cumple-tus-deberes/principios>

⁴⁸ La LOPD no dice nada de forma expresa sobre los registros laborales y la posición que debe adoptar la RLT por ello se aplica normativa y jurisprudencia laboral. Véase el epígrafe 4 C) de este capítulo.

⁴⁹ STJUE de 30 de mayo de 2013, C 342/12.

jadoras, de sus representantes legales y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social». En este caso, el acceso a los datos es para una finalidad concreta que es que puedan cumplir su obligación de velar por la seguridad y salud de los trabajadores, hacer seguimiento del cumplimiento del horario y del número de horas extraordinarias, así como su correcta cotización.

Las empresas que gestionen las aplicaciones de registro también podrán acceder a los datos pero para una finalidad concreta que es la funcionalidad del registro, por lo que no podrán utilizar los datos para finalidades diferentes, debiendo todo ello quedar documentado en un contrato de encargado de tratamiento.

Finalmente, la empresa deberá implementar medidas de seguridad para velar por que sólo puedan acceder los legitimados y sólo a los datos que correspondan (por ejemplo, el trabajador sólo puede acceder a sus datos personales) y que no puedan realizarse modificaciones o supresiones no autorizadas.

8. SISTEMAS DE REGISTRO HORARIO

España tiene un tejido empresarial muy diverso y no es dable considerar que un determinado tipo de control deba imponerse como obligatorio, ya que es difícil pensar en un sistema que pueda ser adecuado para la gran diversidad de situaciones existentes. Como dice Sempere Navarro en el voto particular de la STS 23 de marzo de 2017 (rec. 81/2016): «El carácter flexible en el modo de llevar a cabo ese control sobre el tiempo de trabajo casa bien con la heterogénea realidad empresarial. Poco tiene que ver la empresa minúscula donde su titular (persona física) está al frente con la gran corporación multicéntrica; distinta es la actividad agrícola y la industrial, la muy tecnificada y la arcaica; etc. De igual modo, nada tiene que ver el centro de trabajo donde existe un horario rígido y uniforme a lo largo de cinco días con la empresa que permite el horario libre y la realización de jornadas según demanda; etc.»

El artículo 34.9 ET no regula los sistemas válidos para el control de jornada, ni siquiera hay una indicación de cuales son posibles a modo de enunciado abierto, por esta razón debe colegirse que se pueden establecer tanto mecanismos analógicos como electrónicos y digitales⁵⁰. Lo importante no es tanto qué sistema se implementa como que este debe ser seguro, fiable y debe garan-

⁵⁰ Tanto la *Guía sobre el registro de jornada* del Ministerio de Trabajo, ob. cit., p. 14, como el Criterio Técnico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 101/2019, ob. cit., p. 13, dan libertad a la empresa para la implantación del sistema que se considere más apropiado.

tizar la trazabilidad de la jornada efectivamente realizada sin que haya posibilidad de manipulación posterior, ya sea por el empresario o por el propio trabajador. Se trata de incorporar al vacío existente en el ET los requisitos se dimanan de la doctrina sobre tiempo de trabajo incluida en la Directiva 2003/88 y la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de mayo de 2019 (C-55-18)⁵¹.

La implantación de cualquiera de los sistemas disponibles en la actualidad debe permitir controlar la jornada efectiva realizada por el trabajador a fin de que quede garantizado el cumplimiento los periodos mínimos de descanso y duración máxima del tiempo de trabajo semanal, sin perjuicio que el mismo control horario permita tener un conocimiento certero de las horas extraordinarias realizadas al margen de la jornada ordinaria.

El control del horario, con independencia de la forma que en se establezca, ya sea por convenio, acuerdo, pacto o directamente por el empresario, es un derecho del trabajador irrenunciable, no pudiendo el empresario cumplimentar el horario por el trabajador y manipularlo, o considerar que el horario que se pone en la empresa es el horario trabajado por la persona empleada, toda vez que con ello se permitiría vulnerar las directrices y objetivos de la regulación del tiempo de trabajo⁵².

A) Los controles papel: la plantilla en Excel

Las plantillas de Excel en las que consta el nombre del trabajador, hora de entrada y hora de salida se trata de una solución muy implementada en pequeñas empresas en las que la presencia en el puesto de trabajo es obligatoria. En estos casos, existen dos opciones, el trabajador rellena su hora de entrada y hora de salida, o bien el empresario rellena las horas y el trabajador las valida con su firma. Los riesgos de manipulación de estos registros son altos y pueden venir tanto del empresario como de propio trabajador. No se trata por tanto de un sistema fiable.

⁵¹ STJUE 14 de mayo de 2019 (C-55-18) «Por consiguiente, para garantizar el efecto útil de los derechos recogidos en la Directiva 2003/88 y del derecho fundamental consagrado en el artículo 31, apartado 2, de la Carta, los Estados miembros deben imponer a los empresarios la obligación de implantar un sistema objetivo, fiable y accesible que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador.»

⁵² Véanse, en este sentido, las sentencias de 25 de noviembre de 2010, Fuß, C 429/09, EU: C:2010:717, apartado 81, y de 6 de noviembre de 2018, Max Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften, C 684/16, EU: C:2018:874, apartado 41.

Existen también otras formas de control en papel que no pueden tener la consideración de registro, como es la exclusiva firma del horario según entra el trabajador en el centro de trabajo. En este sentido la Audiencia Nacional en sentencia de 15 de febrero de 2022 (rec. 356/2021) considera que no se puede considerar como registro horario válido el hecho de que la empresa ponga a disposición de los empleados la planificación horaria previa y el cómputo de turnos con información de horas, debiendo el empleado firmar una hoja cuando toma el servicio. La razón para declarar que este sistema no puede tener la consideración de control horario es la imposibilidad de acreditar el inicio y fin de la jornada diaria de trabajo, añadiendo que hacer depender el cómputo de tiempos estimados no reales, no puede ser un sistema acorde a la finalidad de la ley.

Su conservación y acceso a la información es también más limitada que si se tratara de registros informáticos o digitales, por ello se recomienda la digitalización de las hojas para tenerlas fácilmente localizables cuando el trabajador o la Inspección lo soliciten, ya que al tratarse de hojas de papel pueden deteriorarse y pueden perderse, pero además es una forma de impedir la manipulación empresarial posterior⁵³.

El hecho de que para tener conocimiento de las horas trabajadas la empresa vuelque los datos a un sistema informático no determina que el contenido sea el veraz, por ello, en caso de llevar el registro manual es imprescindible guardar los documentos rellenos de puño y letra y, en su caso, firmados por el trabajador. Todo el tratamiento posterior que se haga de los datos es una actividad de gestión interna de la empresa, pero no tiene valor probatorio. Por ello, la doctrina se inclina a pensar que se trata de un sistema que puede ser diabólico ya que el propio empresario puede presionar para la firma de unos horarios que realmente no se corresponden con los realizados⁵⁴, rompiéndose así el fin garantista del control horario en la ordenación del tiempo de trabajo que busca la seguridad y salud de los trabajadores.

En todo caso, dado que la empresa debe realizar el recuento de las horas es más factible que existan errores y confusiones, por ello que si se quisiera una seguridad en el cómputo debería haber un doble cómputo por dos personas distintas en la empresa, o bien que de forma mensual el trabajador fuera informado de las horas con entrega de copia de las hojas firmadas y él diera su aceptación al cómputo final resultante.

⁵³ CRESPI FERRIOL, M.^a M.: «Dinámica del registro, ¿Cómo hay que registrar?», *Registro de la jornada y adaptación del tiempo de trabajo por motivos de conciliación*, La Ley, 2020.

⁵⁴ IGARTUA MIRÓ, M.^a T.: «La obligación de registro de la jornada de trabajo tras el RDL 8/2019», ob. cit., p. 147.

En definitiva este sistema no es el más idóneo para el fin que busca el artículo 34.9 ET con los trabajadores presenciales pero, además, el control se complica aún más en caso de trabajadores en teletrabajo⁵⁵ o que no acuden a su centro de trabajo al inicio y/o fin de la jornada laboral, como pueden ser los comerciales. En estos casos el sistema de control manual se antoja no válido.

B) Los sistemas informáticos o «fichaje digital»

Los sistemas de control horario informáticos tienen la gran ventaja de que la empresa conoce de forma fácil y fiable el tiempo de trabajo de los trabajadores. Se trata de sistemas que permiten la conservación de los datos y su acceso de forma rápida desde el centro de trabajo, que es donde se le pueden solicitar desde la Inspección⁵⁶ o los trabajadores.

En estos casos la empresa puede desarrollar sus propias herramientas, comprar sistemas, pero también contratar los servicios de un tercero que, por ejemplo, facilite un espacio en la nube donde está el programa informático con los datos, o que gestione y saque informes a demanda. Esta última empresa pasaría a ser encargado de tratamiento⁵⁷ y debería firmarse un contrato en el que se establezcan las obligaciones de ambas partes en relación con los datos y su tratamiento.

La empresa debe implementar medidas de seguridad informática propias y verificar que la empresa con la que contraten el sistema, si así fuera, también las tiene implementadas, sobre todo en materia de seguridad de la nube en la que se alojan los datos y donde se van sincronizando, como en materia de acceso a través de contraseñas seguras.

En cualquiera de los casos, ya se trate de sistemas propio o externos, la empresa debe verificar que los registros no pueden manipularse externamente

⁵⁵ CARRASCOSA BERMEJO, M.^a D.: «Derecho al registro horario adecuado y teletrabajo» en *El trabajo a distancia: una perspectiva global*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021. Incide en que «el teletrabajo no exime a la empresa del registro horario, sino que casi obliga más a la empresa que lo utiliza a registrarlo, al tener el teletrabajador un derecho reforzado a la desconexión digital» (p. 474) y añade que en estos casos la forma del control horario se realizará normalmente a través de lo que se denomina «fichaje digital» (p. 487).

⁵⁶ El Criterio Técnico dice que se deben poder imprimir o descargarse y suministrarse en formato legible y tratable. Esto significa que no se puede entregar las líneas de código con los registros a la inspección sino la información tratada con la que pueda saber qué horas ha hecho cada trabajador cada día.

⁵⁷ Las diferencias entre responsable del tratamiento (que sería la empresa que contrata a los trabajadores cuyos datos se tratan) y el encargado de tratamiento (la empresa que trata los datos por cuenta de la responsable de los mismos) puede consultarse en: https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/rules-business-and-organisations/obligations/controller-processor/what-data-controller-or-data-processor_es (Consultado el 2 de abril de 2022).

y que queda garantizada la integridad de la información, debiéndose realizar pruebas de control y tener un seguimiento exhaustivo de los accesos que al sistema se han realizado.

Cuestión de especial análisis debe ser la propiedad del dispositivo que el trabajador utiliza para hacer el fichaje. El acceso a los sistemas de control a través de aplicaciones a las que se accede desde dispositivos, como un ordenador o un móvil, pueden ser propiedad de la empresa o del propio trabajador⁵⁸. En el caso de que sean propiedad del trabajador y la empresa obligue a su utilización puede considerarse que se vulnera el derecho fundamental a la privacidad dado que el trabajador tiene que facilitar el teléfono o su dirección de correo electrónico en la que se recibe el código de descarga de la aplicación informática de control empresarial y desde la propia aplicación podrían instalarse programas en el teléfono o dispositivo para acceder a otro tipo de datos a los que habría que acceder tras el consentimiento en la descarga de la aplicación. Por tanto, el trabajador tendría que facilitar el acceso de la empresa o del proveedor elegido por esta a su teléfono personal, donde hoy en día se tiene todo tipo de información. En este sentido, debe afirmarse que la empresa debe utilizar otros medios alternativos aquellos que sean propiedad del trabajador.

A pesar de que con estas aplicaciones se busca ser más eficaz en la identificación del trabajador cabe la posibilidad de que se utilice fraudulentamente, lo que habilita al empresario a ejercer su potestad sancionadora, constituyendo el registro un elemento de prueba. Así, cabe la posibilidad de la suplantación de personas como ocurrió en el caso resuelto en la STSJ de Andalucía de Granada, de 18 julio 2019, Rec. 474/2019, considerándose que es despido procedente por trasgresión de la buena fe contractual «simular de forma reiterada y continua la prestación de servicios en intervalos en los que en realidad no se hallaba presente, haciendo valer las picadas del sistema de control de salida que una compañera hacía en su nombre, desde su ordenador y con sus claves de acceso, así como efectuar de forma reiterada y continua, picadas de entrada en el sistema de control de la compañera indicada, con objeto de simular que la misma se encontraba su puesto de trabajo durante periodos de tiempo en los que no se hallaba prestando servicios». En otros supuestos como el resuelto en la STSJ Castilla La Mancha, de 25 de febrero 2022, Rec. 397/2021, en la que la Sala entiende que firmar el registro no significa necesariamente que se han realizado horas extraordinarias de trabajo que tengan que ser retribuidas.

⁵⁸ Que el trabajador aporte sus propios dispositivos es lo que se ha llamado «Bring your own device» o BYOD. En estos casos la empresa debe ser proactiva en la adopción de medidas de seguridad y de aseguramiento de la información privada de la empresa, por lo que habrá que implementar sistemas de control de accesos con un fin de gestión informática que son además del control horario.

C) **Los sistemas online declarativos**

Los sistemas online declarativos consisten en el acceso a una plataforma digital donde el trabajador marca su hora de entrada y de salida. Al ser un acceso online puede ser válido desde cualquier puesto de trabajo, ya sea presencial, a distancia, o en puestos híbridos. El control horario en este caso es simplemente declarativo por parte del trabajador, lo que implica que puede haber registrado online que está en su puesto de trabajo y no estarlo, o estar trabajando y no hacerlo. Por ello, en estos casos, se pueden implementar otros controles de trabajo efectivo, como pueden ser controles de teclado o de visualización de pantalla.

D) **Software de control con funcionalidades adaptadas**

Existen también software con funcionalidades adaptadas y consiste no solo en control horario (entrada/salida) sino también el control de carga de trabajo, gestión de tareas y proyectos, la gestión de las vacaciones y ausencias, además de otras funcionalidades que varían según el producto. Generalmente en estos casos el trabajador dispone de una *app* en su móvil o tableta donde registra su entrada y salida normalmente tras identificarse en un determinado programa de trabajo, no siendo preciso que entre manualmente la hora de entrada y salida. Con esta *app* el trabajador también conoce puntualmente tanto sus horas trabajadas como el cumplimiento de su trabajo en tiempo real sin que tenga que pedir a la empresa el acceso cada vez que quiere una información. Se trata de un sistema más transparente, quita burocracia a la empresa, pero también supone la unión de dos controles, el de horario y el de cumplimiento del trabajo.

Dado que los datos quedan informatizados pueden luego fácilmente volcarse en los programas de gestión de nóminas, lo que ahorra tiempo a la empresa en la totalización de horas y su revisión.

E) **Máquinas de fichar, tarjetas y relojes con banda magnética y tornos**

Existe también el control de horario con máquinas de fichar que utilizan tarjetas y relojes con banda magnética y tornos. Cuando pasa el trabajador por el torno de la empresa o pasa la tarjeta por un lector en la entrada del centro de trabajo se entiende que comienza el cómputo de su tiempo de trabajo y vuelve

a pasarla cuando lo abandona. Sin embargo, esta cuestión deberá revisarse si el control realizado persigue otro tipo de finalidades, como ocurrió en el caso de los bomberos de AENA⁵⁹, que registran su entrada en el registro aeroportuario para fines de seguridad, pero no comienza su tiempo de trabajo hasta que llegan a su puesto de trabajo. Se considera que durante ese tiempo de traslado interno no se está a disposición del empleador sino llevando a cabo una tarea preparatoria y análoga a la del desplazamiento desde el vestuario de la empresa hasta el lugar de trabajo. Para evitar conflictos como el expuesto es muy necesaria una negociación de cómo computar estos fichajes con la representación legal de los trabajadores y una información clara a las personas trabajadoras, ya que en caso contrario podría ser válido el registro sin perjuicio de la ponderación de otros medios de prueba por parte de Juzgador.

El control horario con reloj con banda magnética se ha considerado que «no afecta al núcleo esencial, ni accesorio, de los derechos a la dignidad e integridad personal de los trabajadores afectados»⁶⁰ y por tanto es un sistema de control legítimo que puede ponerse en la empresa.

Generalmente las máquinas de fichar recogen la información sin análisis y es más un sistema de presencia en el puesto de trabajo. Por ello, estos sistemas de fichaje en el centro de trabajo son incompatibles con los nuevos entornos laborales como el teletrabajo. Sin embargo no impiden también que haya fichajes trucados donde el trabajador se hace pasar por un compañero con lo que se altera y manipulan los resultados de la máquina de fichaje⁶¹, o incluso manipula el sistema informático⁶² que habitualmente determinan que pueda incoarse un procedimiento sancionador y se despidan de forma disciplinaria al trabajador por vulneración de la buena fe contractual.

⁵⁹ STS de 19 noviembre 2019 (rec. 1249/2017).

⁶⁰ STSJ de Madrid de 13 Feb. 2006 (rec. 199/2006).

⁶¹ Entre otras, STSJ de Canarias de Santa Cruz de Tenerife, de 28 Sep. 2021 (rec. 377/2021), que dice: «Simular la presencia de un compañero al fichar o firmar la asistencia al trabajo constituye falta muy grave, según el precepto convencional (Convenio del Metal de Madrid), sin distinción, para calibrar la trascendencia del hecho, sobre número de ocasiones en que se haga ni otro tipo de añadidos de eventual atenuación de tal proceder, seguramente porque la simulación en el fichaje infringe el deber de buena fe con la que ha de actuarse en el desarrollo de la relación laboral (arts. 5, a) y 20.2 del ET), y que si se transgrede pueda justificar el despido (art. 54.2, d) del ET).» Sostiene igual criterio: STSJ de La Rioja, Sala de lo Social, de 14 diciembre 2018 (rec. 220/2018); STSJ de Madrid, de 7 septiembre 2016 (rec. 424/2016) y STSJ de Madrid de 9 de julio de 2012 (rec. 1915/2012)

⁶² Si bien anterior al cambio normativo de 2019 sigue siendo válida la sentencia del STSJ de Galicia, de 16 junio 2010 (rec. 1213/2010) en la que considera despido procedente «el hecho de crear (accediendo al ordenador) sin notificarlo a la empresa dos puntos de fichaje nuevos (con idéntica denominación que los duplicados, pero con código distinto), lo que posibilitaba fichar sin moverse del sitio, siendo utilizados durante meses».

Parecido a las tarjetas de que se pasan por el lector son las tarjetas de proximidad, que utilizan la tecnología RFID (siglas de Radio Frequency Identification, en español, identificación por radiofrecuencia) y que incluyen un circuito y una antena de comunicación. Son tarjetas que transmiten y son más duraderas que las tradicionales por no haber contacto físico.

9. ANÁLISIS DEL CONTROL HORARIO A TRAVÉS DE HUELLA DACTILAR Y DATOS BIOMÉTRICOS

A) Estado de la situación

Existe controversia sobre la utilización de los datos biométricos por parte de las empresas ya que estos datos son personales⁶³ al permitir identificar de forma unívoca a la persona trabajadora si previamente se ha guardado una plantilla con la correspondencia. De acuerdo con el artículo 4.14 del RGPD tienen la consideración de datos biométricos los «obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona física que permitan o confirmen la identificación única de dicha persona, como imágenes faciales o datos dactiloscópicos».

La gestión de estos datos que va desde la obtención primera de ellos pasando por el almacenamiento hasta el tratamiento con sistemas algorítmicos determinan que la empresa deba implicarse en garantizar los derechos de intimidad y Protección de Datos de las personas trabajadoras⁶⁴.

Los datos biométricos que recoja la empresa deben ser lícitos, leales, transparentes y proporcionados. Por lo tanto, la empresa debe evaluar la procedencia de la aplicación de sistemas de control horario a través de datos biométricos y la afectación de derechos de los trabajadores. Esto es acorde con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el artículo 8 del Convenio, que sostiene que cualquier interferencia con el derecho a la protección de datos solo podrá autorizarse si es

⁶³ «La instalación de un sistema de control basado en la recogida y tratamiento de la huella dactilar de los empleados implica el tratamiento de sus datos personales puesto que dato personal es toda aquella información sobre una persona física identificada o identificable de conformidad con el artículo 4.1 del RGPD.»

⁶⁴ Una visión crítica del impacto del registro horario en la protección de datos puede consultarse en: MARRERO BLANCO, D. y MULERO FERNÁNDEZ, J. M.: «Los sistemas de control de la jornada laboral basados en datos biométricos. Un análisis crítico desde la privacidad», *LA LEY privacidad*, n.º 4, Segundo trimestre de 2020, Wolters Kluwer, Madrid, 2020.

conforme a la ley y si es necesaria, en una sociedad democrática, para proteger un interés público importante⁶⁵.

Actualmente, el tratamiento de los datos biométricos con el fin del control horario de las personas trabajadoras tiene como base de legitimación siguiente:

– El cumplimiento de una obligación legal: artículo 9.2 b) del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (RGPD), en relación con el artículo 20 y 34 del Estatuto de los Trabajadores (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) y el Real Decreto-Ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo.

– La existencia de un contrato: artículo 6.1.b RGPD.

Además, el sistema de control a través de datos biométricos es objetivo, fiable y accesible⁶⁶, cumpliendo con los requisitos de protección de datos y siendo válido para garantizar los derechos en materia de jornada de las personas trabajadoras, que recoge la Directiva 2003/88 / CE y el artículo 31 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Es objetivo porque identifica y autentica de forma individualizada a la persona trabajadora⁶⁷. Con ello se persigue por la empresa sortear algunas conductas laborales como son la sustitución de la ficha por otro trabajador, la cesión de claves⁶⁸, la picaresca de que se ha olvidado la ficha.

⁶⁵ Véase Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia de 20 de mayo de 2003 en los asuntos acumulados C-465/00, C-138/01 y C-139/01 (Rechnungshof contra Österreichischer Rundfunk y otros), Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 4 de diciembre de 2008, n.º 30562/04 y 30566/04 (S. y Marper contra Reino Unido) y sentencia de 19 de julio de 2011, n.º 30089/04, 14449/06, 24968/07, 13870/08, 36363/08, 23499/09, 43852/09 y 64027/09 (Goggins y otros contra Reino Unido).

⁶⁶ Los datos biométricos los define el artículo 4.14 del RGPD como «datos personales obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona física que permitan o confirmen la identificación única de dicha persona, como imágenes faciales o datos dactiloscópicos».

⁶⁷ La diferencia entre la identificación y autenticación es la existencia de un elemento adicional de comprobación de la identidad de la personal. Con la identificación se identifica al trabajador entre los existentes en la empresa que están registrados en la aplicación, mientras que para que exista autenticación debe iniciarse un proceso para probar la identidad del individuo contrastándolos solo con los datos del individuo.

⁶⁸ STSJ Andalucía (Granada) de 19 septiembre 2019 (rec. 636/2019) resuelve sobre el despido de una trabajadora que simulaba, de forma reiterada y continua, estar prestando servicios en intervalos de tiempo en los que estaba ausente, para lo que se hacía valer de las picadas de entrada en el registro por su compañera. Se dictamina despido procedente porque «La parte actora ha trasgredido la buena fe que inspira las mutuas y reci-

El sistema es fiable si bien no es perfecto⁶⁹. Deberá velarse por que la programación esté bien realizada, se recojan las plantillas biométricas de forma correcta⁷⁰ y se cumpla con la LOPD, sin perder de vista que la utilización sólo de la biometría es un proceso de autenticación débil, ya que para que fuera fuerte sería necesario que se proporcionaran, al menos, dos de las siguientes verificaciones: algo que se sabe, algo que se tiene o algo que se es (biometría)⁷¹. Posiblemente la parte más débil sea que el algoritmo de reconocimiento sea totalmente funcional y que dependa de la implementación de actualizaciones para que el sistema siga siendo fiable.

Por último es accesible porque la persona trabajadora no precisa de llevar nada, ni recordar una clave. Le basta con presentar su huella, su iris, su mano o lo que se haya registrado como plantilla biométrica.

Ahora bien, no se puede implementar este sistema de control sin adoptar previamente una serie de medidas que son⁷²:

– La evaluación de impacto en la empresa sobre el tratamiento que se quiere implementar, por tanto hay que hacerlo antes de que esté en funcionamiento, debiendo contar con su delegado de protección de datos si lo tuviera.

– La comunicación a los trabajadores del tratamiento con toda la información que detalla el artículo 13 LOPD.

– Y además, analizar y comprobar que se respetan de los principios de limitación de la finalidad, idoneidad (si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto), necesidad (si es estrictamente necesario el uso de datos biométricos para esta finalidad concreta), proporcionalidad (si es ponderada o

procas obligaciones y derechos de la relación laboral entre aquella y su empleador, con la conducta que describe la sentencia de instancia en los hechos declarados probados que fueron aceptados por la hoy recurrente.»

⁶⁹ La fiabilidad no es del 100% ya que depende de la calidad del equipo, la luz, la limpieza del sensor o incluso la edad. También depende de si el trabajador tiene o no una lesión en la zona que ha de escanearse (huella o iris) que puede ser temporal o permanente. Además, existen procedimientos y técnicas que permiten burlar o engañar a los sistemas de identificación / autenticación biométrica.

Sobre la degradación de la calidad de la información recogida de personas según se envejece: https://www.researchgate.net/publication/328526153_A_Study_of_Age_and_Ageing_in_Fingerprint_Biometrics (Recuperado el 23 de marzo de 2022).

⁷⁰ No ocurrió en el caso de la STJS Comunidad de Madrid, 12 de Julio 2019 (rec.206/2019) que sostuvo la improcedencia de un despido por impuntualidad diciendo que «la conclusión que básicamente alcanzó la Juez de instancia no puede ser más clara y rotunda, y se resume en que el sistema informático de control horario mediante huellas dactilares que la recurrente tiene instaurado en el centro de trabajo donde presta servicios el actor no es fiable, ni fidedigno, al menos en lo que atañe al demandante». Sin embargo, en la SAN de 20 junio 2019 sostuvo la procedencia de la potestad disciplinaria de la empresa sobre la base del control horario que se volcaba informáticamente.

⁷¹ «14 equívocos con relación a la identificación y autenticación biométrica» <https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-06/nota-equivocos-biometria.pdf> (Recuperado el 24 de marzo de 2022).

⁷² Resolución de 01/09/2020 al procedimiento E/0531/2020 de la Agencia Española de Protección de Datos. [aepd.es/es/documento/e-05310-2020.pdf](https://www.aepd.es/documento/e-05310-2020.pdf).

equilibrada) y minimización de datos (si se utilizan los datos a los mínimos imprescindibles para conseguir la finalidad perseguida), así como velar por que el tratamiento sea adecuado, pertinente y no excesivo para la finalidad a para la que se recogen.

– Finalmente, es relevante que se verifique que el uso de plantillas biométricas, siempre que sea posible, sea sólo utilizada por el responsable del tratamiento para el fin con el que se ha recogido, por tanto, el control horario. Los datos deberán estar cifrados y deberá impedirse la conexión con otras bases de datos o su divulgación, debiendo suprimirse los datos cuando el trabajador deje de prestar servicios al responsable del tratamiento.

Todo ello es clave para que el sistema de control horario biométrico pueda ser legal en cada caso en concreto.

A pesar de todo lo expuesto, es un hecho que hay dudas sobre si está suficientemente justificada la base legal para el tratamiento. El Dictamen CNS 63/2018 de la Autoridad Catalana de Protección de Datos entiende que no siempre el control horario con datos biométricos supera el juicio de proporcionalidad y que ni la LOPD ni otra norma con rango de ley expresamente señalan que el control horario se puede hacer con datos biométricos, por lo que dice: «La falta de previsión expresa de una autorización en el derecho laboral, que ahora requiere el artículo 9.2.b) del RGPD hace que puedan surgir dudas respecto a la admisibilidad de este tipo de sistemas de control horario en el ámbito laboral.»⁷³

B) **Qué son los datos biométricos para la gestión del tiempo de trabajo y su categorización**

Los datos biométricos pueden ser calificados de diferentes maneras. Por un lado se encuentran aquellos más estáticos que tienen que ver con los rasgos fisiológicos, entre ellos están la huella dactilar, el iris, el rostro, la geometría de

⁷³ «Hay que hacer una evaluación del impacto sobre la protección de datos a la vista de las circunstancias concretas en las que se lleve a cabo el tratamiento para determinar su legitimidad y proporcionalidad, incluido el análisis de la existencia de alternativas menos intrusivas, y establecer las garantías adecuadas.» https://apdcat.gencat.cat/web/.content/Resolucio/Resolucions_Cercador/Dictamens/2018/Documents/es_cns_2018_063.pdf (Recuperado el 24 de marzo de 2022).

Sobre esta cuestión véase: FERNANDEZ ORRICO, F. J.: *Criterios sobre uso de dispositivos tecnológicos en el ámbito laboral*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021. Sostiene que «se trata de una recomendación, y en modo alguno de una obligación», añadiendo que «la propia norma establece que el sistema deberá ser organizado a través de la negociación colectiva o en su defecto por la empresa que son quienes deben valorar la conveniencia o no de su implantación».

la mano o de las venas del dedo o la muñeca. Por otro lado están los datos más dinámicos, relacionados con los llamados rasgos conductuales, como pueden ser el reconocimiento de la firma, la escritura manuscrita, la voz, la forma de escribir en un teclado o la forma de andar. Existen también otro tipo de datos biométricos ligados a elementos psicológicos que tienen que ver con la medición de la respuesta hay situaciones concretas o pruebas específicas, que generalmente no se tienen en cuenta en los sistemas de control horario en las empresas.

Según el Dictamen 3/2012 sobre la evolución de las tecnologías biométricas⁷⁴, «Los datos biométricos cambian irrevocablemente la relación entre el cuerpo y la identidad, ya que hacen que las características del cuerpo humano sean legibles mediante máquinas y estén sujetas a un uso posterior.» Un sistema de control horario basado en datos biométricos identifica claramente a las personas trabajadoras y proporciona indudablemente un mayor grado de seguridad a las dos partes en la relación laboral que a través de otros sistemas, como pueden ser la firma en un papel o fichar con una tarjeta de cartulina a la entrada.

Para que la empresa sepa sin margen de error quien ha ido a trabajar y el tiempo trabajado aplicando datos biométricos no basta la instalación de un lector de huella digital o de iris, que son los más habituales. La implantación de un tratamiento de datos biométricos tiene tres procesos diferenciados: el registro de los datos, el almacenamiento y la correspondencia.

La empresa deberá en primer lugar decidir qué datos biométricos será los que trate para gestionar el control horario. Estos datos deberán ser suficientes para con ellos conseguir la identificación / autenticación de las personas trabajadoras de la empresa, no podrán ser excesivos y deben ser adecuados para los fines del tratamiento, que es el control horario. La empresa no puede almacenar datos biométricos de los trabajadores «por si acaso» ni puede transarlos en el mercado. Se trata de datos de sus empleados para un fin concreto que es el control horario que podrá solo mantener mientras son trabajadores de la empresa y el plazo legal de conservación.

Una vez definidos por la empresa los datos necesarios (exclusivamente los imprescindibles) que necesita para poner en marcha el sistema de control con datos biométricos, tras un análisis de los principios de necesidad, idoneidad, proporcionalidad y minimización de los datos, deberá ponerse en contac-

⁷⁴ Dictamen 3/2012 sobre la evolución de las tecnologías biométricas adoptado el 27 de abril de 2012 por el Grupo de Trabajo del artículo 29. https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-12/wp193_es.pdf (Recuperado el 15 de febrero de 2022).

to con cada trabajador para solicitarle sus datos y con ellos hacer la plantilla biométrica. En este momento se debe informar al trabajador del tratamiento conforme a LOPD. Si no se dispone de la plantilla facilitada por la persona trabajadora no podrá realizarse el tratamiento, lo que significa que la empresa no puede captar los datos de otros sitios (por ejemplo, no puede captar la huella de un vaso utilizado por el trabajador o los rasgos de la cara de una captura de las cámaras de videovigilancia).

Un primer registro de los datos biométricos es requisito previo para que el sistema informático trate los datos y los configure como plantilla biométrica.

Con la plantilla biométrica debe compararse la siguiente captura de datos en el control de acceso a la empresa⁷⁵, a lo que se llama correspondencia biométrica con el fin de identificar, verificar y autenticar a la persona trabajadora.

Detrás de la identificación y autenticación hay un tratamiento informático por parte de la empresa, sea con programas propios o productos ya desarrollados en el mercado. Este tratamiento de datos biométricos por la empresa para gestionar el control horario debe ajustarse siempre a la LOPD. En el caso de que sean productos comercializados en el mercado la empresa deberá verificar que los datos de las personas trabajadoras no serán cedidos ni tratados por terceras empresas debiendo velar por que la plantilla de los datos biométricos de sus empleados no sea utilizada por otras personas, físicas o jurídicas, sin una base jurídica.

Las ventajas del control horario a través de un sistema biométrico pueden resultar incuestionables para ambas partes ya que la empresa consigue una seguridad en la identificación de las personas trabajadoras, pero también estas tienen la facilidad de llevar siempre consigo aquello con lo que fichar, que será, bien la cara, su huella dactilar o su voz. Sin embargo, el debate debe ir más allá y ahondar cómo se debe realizar ese control y valorar si cumple o no con la normativa existente que va más allá de la prevista en el Estatuto de los Trabajadores.

C) La necesidad de informar a los trabajadores

Cuando con los datos biométricos se persigue identificar de manera unívoca a una persona física, como en el caso del control horario, el tratamiento

⁷⁵ El mero almacenamiento de las fotografías de los empleados no supondría un tratamiento de datos de categorías especiales ya que no hay un tratamiento técnico que permita identificar y autenticar a una persona individualizada por sus características (por ejemplo, cara o iris). Sobre esta cuestión véase el *Dictamen 3/2012 sobre la evolución de las tecnologías biométricas, op. cit.*

se incluye en lo que se llama «categorías especiales de datos» conforme a lo previsto en el artículo 9.1 RGPD⁷⁶. Este caso es permitido por contar con una base jurídica, que es el propio contrato de trabajo y la previsión incluida en el Estatuto de los Trabajadores⁷⁷.

De conformidad con la Agencia de Protección de Datos (PS/n.º 00128/2020) «la implantación e integración de un sistema de control horario basado en la huella dactilar por parte del empleador, ha de ser informado a los empleados de manera completa, clara, concisa y, además, la citada información debe ser completada con referencia tanto a las bases legales que den cobertura a dicho tipo de control de acceso, como a la información básica a la que hace referencia en el artículo 13 del RGPD». La información que se debe facilitar por la empresa a las personas trabajadoras que van a tener el control horario con datos biométricos es la siguiente conforme al artículo 13 del RGPD:

- La identidad y los datos de contacto del responsable y, en su caso, de su representante
- Los datos de contacto del delegado de protección de datos, en su caso;
- Información del tratamiento: se le tiene que informar que se van a recabar sus datos biométricos, especificando su tipo como puede ser la huella o el iris.
- La finalidad para la que se tratarán sus datos biométricos por la empresa, que en el caso que se estudia sería el control horario.
- La base jurídica del tratamiento. Para la finalidad del control horario la empresa tiene como base jurídica el contrato laboral, pero si, además, quisiera

⁷⁶ El Protocolo de enmienda al Convenio para la Protección de Individuos con respecto al procesamiento de datos personales, aprobada por el Comité de Ministros en su 128º período de sesiones en Estrasburgo el 18 de mayo de 2018 (Convenio 108) incluye únicamente como categorías especiales de datos, en su artículo 6.1 a los datos biométricos dirigidos a la identificación unívoca de una persona («biometric data uniquely identifying a person»), sin incluir la referencia a la autenticación.

Por su parte el *Libro blanco sobre la inteligencia artificial de la Comisión Europea* aclara la diferencia entre identificación y autenticación: «En lo que se refiere al reconocimiento facial, por «identificación» se entiende que la plantilla de la imagen facial de una persona se compara con otras muchas plantillas almacenadas en una base de datos para averiguar si su imagen está almacenada en ella. La «autenticación» (o «verificación»), por su parte, se refiere habitualmente a la búsqueda de correspondencias entre dos plantillas concretas».

https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_es.pdf (Recuperado el 7 de marzo de 2022).

⁷⁷ A este respecto, la STS de 2 de julio de 2007 (Rec. 5017/2003), ha entendido legítimo el tratamiento de los datos biométricos que realiza la Administración para el control horario de sus empleados públicos, sin que sea preciso el consentimiento previo de los trabajadores.

Tampoco, la implantación de un sistema de control biométrico constituye una modificación del contrato de trabajo al amparo del artículo 41 ET, sino que se trata de una medida que viene amparada por las facultades que encomienda a la empresa el artículo 20.3 ET, véase en DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUIZ A. B.: *Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo*, Lex Nova, Madrid, 2012.

utilizar los datos para otros fines deberá evaluar si es preciso el consentimiento expreso.

- Informar sobre si dichos datos biométricos se van a transferir o ceder a terceros. Esos datos no podrán cederse ni transferirse sin consentimiento expreso del trabajador afectado. Cuestión diferente es que existan encargados de tratamiento para finalidades específicas como es el mantenimiento de los sistemas de gestión y almacenamiento de las plantillas, sobre los que no es necesario el consentimiento expreso.

- Periodo de conservación de los datos, que irá ligado a la relación laboral y el mantenimiento del sistema de control instaurado. Si el trabajador deja de serlo deberá la empresa proceder a la destrucción o borrado de todos los datos de la huella, iris, etc. Incluida la plantilla biométrica.

- Y finalmente, como puede el trabajador ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación, oposición o limitación por la empresa y el derecho a presentar una reclamación ante una autoridad de control.

La información que debe ofrecer la empresa es diferente al requerimiento previo del consentimiento del trabajador que no viene obligado a prestarlo. Para cumplir con la información es preciso que, tras una evaluación de impacto⁷⁸, informe a la persona trabajadora del tratamiento conforme al artículo 13 LOPD. La falta de información permite la presentación de la correspondiente reclamación a la Agencia de Protección de Datos. En este sentido puede consultarse la resolución del procedimiento sancionador PS/ n.º 00128 2020 dictada por la AEPD⁷⁹, en fecha 1 de marzo de 2021, contra un ayuntamiento que impuso el control con huella dactilar sin informar a los empleados y al que le impone como sanción un apercibimiento por haber infringido el deber de información previsto en el artículo 13 del Reglamento (2016 679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016⁸⁰.

⁷⁸ La Agencia de Protección de datos en su resolución de 31 de marzo de 2021 al procedimiento sancionador PS/00127/2020 (<https://www.aepd.es/es/documento/ps-00127-2020.pdf>) dice lo siguiente: «En cualquier caso, con carácter previo a la decisión sobre la puesta en marcha de un sistema de control de este tipo y teniendo en cuenta sus implicaciones, tratamiento de datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, sería preceptivo llevar a cabo una evaluación de impacto relativa a la protección de datos de carácter personal para evaluar tanto la legitimidad del tratamiento y su proporcionalidad como la determinación de los riesgos existentes y las medidas para mitigarlos de conformidad con lo señalado en el artículo 35 RGPD.»

⁷⁹ Resolución de la Agencia de Protección de Datos de 25-02-2021 en el PS-00128-2020 <https://www.aepd.es/es/documento/ps-00128-2020.pdf>

⁸⁰ En la misma línea, considerándose que el tratamiento es adecuado, puede consultarse la resolución de la AEPD de fecha 12-05-2021 en el PS/00131/2020 (<https://www.aepd.es/es/documento/ps-00131-2020.pdf>), sobre control de horario y acceso por huella dactilar sin que se hubiera informado a los trabajadores del Centro Integrado de Formación Profesional de Someso con resultado de apercibimiento, así como el caso de

El trabajador no se puede negar al tratamiento de sus datos biométricos para la finalidad del control horario⁸¹ si se ha realizado por la empresa una evaluación de impacto en la que se analice la finalidad, necesidad, idoneidad, proporcionalidad, minimización de datos del tratamiento, se recojan solo datos adecuados, pertinentes y no excesivos y se garantiza que sólo se van a utilizar para el control horario. No siempre tras dicha evaluación será procedente la gestión del control horario a través de un registro de datos biométricos si del análisis resulta que en la empresa existen riesgos en la utilización de dicho sistema.

Si se hubieran recogido más datos de los necesarios deberán suprimirse⁸².

La propia Agencia de Protección de Datos recuerda que se pueden utilizar otro tipo de sistemas y que el acceso con dato biométrico podría no ser el único implantado: «tampoco parece que sea o deba ser el único sistema que puede ser usado: así el uso de tarjetas personales, la utilización de códigos personales, la visualización directa del punto de marcaje, etc., que pueden constituir, por sí mismos o en combinación con alguno de los otros sistemas disponibles, medidas igualmente eficaces para llevar a cabo el control⁸³». De igual forma, parte de la doctrina considera que debiera optarse por sistemas menos invasivos cuando ello fuera posible⁸⁴.

D) Los requisitos de los programas utilizados por la empresa

La empresa debe garantizar que el sistema informático de control de los datos biométricos es fiable y que dispone de las medidas de seguridad acordes al tratamiento de datos de categoría especial. Por ello, la empresa debe garantizar que no sea posible la reutilización de los datos biométricos obtenidos con motivo del control horario para otra finalidad.

También debe velar por que el sistema utilizado de datos biométricos permita revocar el vínculo de identidad, es decir, sea posible borrar a quién

Iberia que resuelve en la Resolución de 31/03/2021 dictada en el Procedimiento PS/00127/2020 en la que se impone también apercibimiento porque sí se había aportado información a los trabajadores pero de forma escasa.

⁸¹ La STS de 2 de julio de 2007 (rec. 5017/2003) ha entendido legítimo el tratamiento de los datos biométricos que realiza la Administración para el control horario de sus empleados públicos, sin que sea preciso el consentimiento previo de los trabajadores.

⁸² Dictamen 3/2012 del Grupo de Trabajo del artículo 29.

⁸³ Resolución de 31/03/2021 en el Procedimiento PS/00127/2020, ob. cit.

⁸⁴ FERNANDEZ ORRICO, F. J.: *Criterios sobre uso de dispositivos tecnológicos en el ámbito laboral*, ob. cit.

corresponde la plantilla, lo que deberá hacerse cuando finalice la relación laboral, sin perjuicio de la conservación de datos que establece la LOPD. En este sentido es interesante que se implementen sistemas automatizados de supresión de datos cuando hayan cesado los motivos para el tratamiento, como es la baja del trabajador en la empresa y tras el transcurso del plazo legal de conservación.

Por último, en relación con la diligencia de la empresa sobre el tratamiento de las plantillas de los datos biométricos de los trabajadores, debe destacarse que deberá utilizar sistemas de cifrado, que impidan a terceros no autorizados acceder a ellos, modificarlos, copiarlos, enviarlos por mail o suprimirlos y, por otro lado deberá optar por utilizar formatos de datos o tecnologías específicas que imposibiliten la interconexión de bases de datos biométricos y la divulgación de datos.

10. REFLEXIÓN Y FUTURO

La implementación del control horario ha permitido, tanto a las empresas como a los trabajadores, tomar conciencia de la importancia de la gestión del tiempo de trabajo y ha permitido disponer de una herramienta con la que las pequeñas y medianas empresas puedan lidiar las desavenencias que tradicionalmente existían sobre cómputo de horas trabajadas. Con la obligación legal de control horario hay un seguimiento continuo del cumplimiento del tiempo de trabajo y permite tener un conocimiento puntual de las horas en cómputo anual que se han realizado por el trabajador. Su cumplimiento y exigencia es en sí bueno, ya que limita abusos no solo empresariales, sino también, en ocasiones, de trabajadores.

Ahora bien, por sí solo el control horario sin una gestión posterior es una carga para ambas partes en la relación laboral donde el trabajador tiene que fichar y la empresa que tiene que habilitar el sistema de control. Si no existe una justificación, más allá de la imposición legal, las partes acogen el control horario como una carga administrativa más, no como una oportunidad para mejorar su negocio o empresa. Por ello el control horario debe configurarse como una herramienta desde la que la empresa y los trabajadores tengan unos datos reales de los tiempos de trabajo, que deben analizarse y con los que deben tomarse medidas. Una gestión correcta del control horario con un análisis de los datos permitirá a la empresa organizar, junto con la RLT, el tiempo de trabajo de una manera más eficiente, pero también va a permitir a los trabajadores tomar conciencia de las horas de trabajo realizadas y de los descansos

disfrutados (incluso dentro de la propia jornada). También va a permitir que se puedan gestionar con mayor seguridad para las dos partes la distribución irregular de la jornada por la empresa, así como el seguimiento de los derechos de los trabajadores en materia de horas extraordinarias, la sustitución por tiempos de descanso o la obligación de trabajo fuera del calendario del trabajador si este tiene que pagar horas a la empresa. Hablar de control horario significa necesariamente que la empresa debe contar con la RLT y trabajadores para que el sistema permita verificar el cumplimiento de los derechos y deberes de las personas trabajadoras, se pague lo procedente en derecho con su correspondiente cotización y el total de horas pactadas se cumplan con respeto de los límites horarios y descansos legales.

Las relaciones laborales en la práctica son complejas y cada empresa tiene sus circunstancias, no solo laborales, sino también económicas⁸⁵. Por ello, no es dable imponer iguales criterios en los sistemas de control horario a todo tipo de empresas habida cuenta que no siempre serán viables. Cada empresa deberá valorar qué sistema de control horario es más adecuado a su estructura y su situación específica, debiendo en todo caso valorar el impacto en materia de protección de datos y, en todo momento, es recomendable que la RLT sean copartícipes de las decisiones. La responsabilidad de todas las partes en la definición de los controles horarios estableciendo, entre otras cosas, los sistemas, determinará no sólo que haya paz social, sino también fomentará cuestiones más inmateriales, pero cada vez más demandadas, como la tranquilidad del trabajador (que sabe cuáles son las reglas, hay flexibilidad y participa en la determinación de las decisiones) o la reputación de la empresa y su marca.

Además, las relaciones laborales están en un momento de cambio. Es un hecho que deben adaptarse a un nuevo paradigma que viene de la mano de lo que se ha venido en llamar la industria 4.0⁸⁶ y, por ello, entra en juego la digitalización y automatización que se extiende hasta el control horario, lo que

⁸⁵ Hay sectores donde el control horario se antoja muy complicado, pero a la vez muy necesario, como es el de consultoría, en el que la cultura existente no ve mal hacer más horas y casi no existe el control horario real. En estos casos, por salud laboral, tanto empresa como sindicatos deben impulsar el estricto cumplimiento de horario.

⁸⁶ GOMEZ MILLAN HERENCIA, M. J.: «Registro de jornada y control horario», *El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo, XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas del trabajo y relaciones laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2020, pp. 218 y ss.

MORENO VIDA, M. N.: «Configuración general de trabajo: algunas reflexiones críticas», en AAVV. *La ordenación del tiempo de trabajo en el siglo XXI. Retos, oportunidades y riesgos emergentes*, Comares granada, 2014, p. 39: «la política de ordenación del tiempo de trabajo se viene inclinando del lado de la flexibilidad para las empresas y del incremento de la productividad, del lado de la lógica económica frente a la lógica social».

determina una gestión más real de los tiempos, permite al trabajador un más fácil acceso a qué o cuándo ha trabajado y, en su caso, Inspección de Trabajo. Si bien los controles horarios manuales deben mantenerse por el alto porcentaje de pequeñas empresas, debe de haber una tendencia a la automatización del proceso de control para gestionar tanto el cómputo anual de horas trabajadas como los descansos legales.

Se está asistiendo, favorecido por la pandemia Covid 19, a un incremento considerable del trabajo a distancia dónde el empresario no está para controlar físicamente si la persona trabajadora ha ido a trabajar y si cumple un horario, pero es que, además, en muchos casos es el propio trabajador quién define a qué horas trabaja, debiendo garantizarse tanto el cumplimiento máximo de jornada diaria, descansos y la desconexión digital. Por ello, los modelos de cumplimiento de objetivos en coexistencia con cumplimiento de tiempos de trabajo están llamados a ser protagonistas en las nuevas relaciones laborales en determinadas actividades. Esto implica también que las empresas deben definir de forma clara el puesto de trabajo y las funciones que deben desarrollar, así como tener un diseño de objetivos acordes, lo que actualmente es, en muchos casos, una tarea pendiente.

Tanto para la implantación de herramientas tecnológicas de gestión del control horario como la mera digitalización de procesos están actualmente los fondos Next Generation⁸⁷, que pueden permitir a la empresa acceder a una digitalización que permite mejores controles más allá de las hojas en papel firmadas. Que la empresa vea esta oportunidad es una de las cosas en las que el sindicato debe hacer hincapié, al ir en beneficio de todas las personas trabajadoras.

Por otro lado, existe también un cambio social con el que debe leerse y evolucionar la normativa laboral. La persona trabajadora tiene prioridades diferentes a las que tenía el trabajador del siglo xx. El trabajador del siglo XXI, sobre todo *millennials*, prefieren la flexibilidad horaria por razones estrictamente personales, como puede ser la conciliación de la vida laboral y familiar pero, también, para su desarrollo personal, que no profesional. El horario rígido de entradas y salidas de muchas empresas no gusta, impide la flexibilidad, de ahí la importancia de la negociación de pactos en el seno de la empresa sobre el tiempo de trabajo y su control⁸⁸. La empresa y la persona trabajadora necesi-

⁸⁷ <https://nexteugeneration.com/> (recuperada el 8 de abril de 2022).

⁸⁸ Sobre la base de la doctrina existente en materia de flexibilidad que no puede ser arbitraria. Se impide a la empresa el denominado «trabajo a llamada» que ya fue considerado abusivo en la sentencia en STS de 17 de diciembre de 2001, rec. 68/2001 que consiste en que solo se paga a los trabajadores que son llamados al trabajo por los días efectivamente trabajados.

tan sistemas de control que les den seguridad y de fácil acceso para poder verificar el cumplimiento contractual.

También el trabajador del siglo XXI, que quiere hacer más cosas que trabajar, lucha por la jornada de 32 horas, de 35 horas, la distribución del tiempo de trabajo en tan solo cuatro días o por la implantación de jornadas híbridas (unos días en casa y otros en la oficina) y todo ello precisa de un control horario que se ajuste a los tiempos actuales.

En definitiva, es indudable que los tiempos cambian, que las personas trabajadoras tienen más vida que la profesional y que no están dispuestas a relajar o abandonar y que todo ello influye de forma incuestionable en cómo debe abordarse una cuestión como es el control del tiempo de trabajo. El cómputo del tiempo trabajado, por tanto, será cada vez más a medida, por ello es preciso implementar sistemas fiables más allá de la hoja en papel con un Excel, donde las herramientas tecnológicas son imprescindibles. La labor de la RLT y de los convenios colectivos se antoja imprescindible para rediseñar las nuevas relaciones laborales y el sistema de control de horario.

También debe reflexionarse tanto por la empresa como por los trabajadores no solo sobre el tiempo físico de presencia en el trabajo, sino también sobre cómo compaginar esta obligación con el cumplimiento de objetivos de cada persona trabajadora o puesto de trabajo en la empresa sobre la base de herramientas tecnológicas. El impacto de control del tiempo de trabajo y el cumplimiento de objetivos en la jornada ordinaria es una materia sobre la que están llamados a trabajar los representantes de los trabajadores con la empresa y en la que deberán contar con la tecnología.

Por último, hay una cuestión externa a la empresa pero que debe valorar porque le afecta directamente en la marca; las políticas de control horario o sistemas implementados se valoran por el trabajador fuera del ámbito empresarial, se vuelcan en redes y aplicaciones (como Glassdoor.com). Estas valoraciones generan un alto impacto en la marca de la empresa, tanto positivo como negativo. Por ello, la empresa, que está cada vez más automatizada, mide mejor lo que se ha trabajado y controla el cumplimiento de objetivos, está llamada tomar conciencia de la forma de control horario y sus políticas sobre el tiempo de trabajo (que son materias como objetivos o políticas de flexibilidad) y para ello debe contar con los propios trabajadores o sus representantes.

11. BIBLIOGRAFÍA

- Agencia Española de Protección de Datos: *La protección de datos en las relaciones laborales*, 2021.
- AGUILERA IZQUIERDO, R.: «Sujeto activo de la obligación legal de registro, ¿quién está obligado a registrar la jornada?», en *Registro de la jornada y adaptación del tiempo de trabajo por motivos de conciliación*, Wolters Kluwer, La Ley, Madrid, 2020.
- BLASCO PELLICER, A. y LÓPEZ BALAGUER, M.: «Ámbito objetivo de la obligación legal de registro: ¿qué es lo que hay que registrar», *La Ley* 4961/2020.
- CARRASCOSA BERMEJO, M. D.: «Derecho al registro horario adecuado y teletrabajo», en *El trabajo a distancia: una perspectiva global*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021.
- CASAS BAAMONDE, M. E.: «El Derecho del Trabajo, la digitalización del trabajo y el trabajo a distancia», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 11/2020
- CID BARBARRO, C.: *Representación Sindical de la empresa*, Lex Nova, Madrid 2014.
- CRESPI FERRIOL, M. M.: «Dinámica del registro, ¿Cómo hay que registrar?», *Registro de la jornada y adaptación del tiempo de trabajo por motivos de conciliación*, La Ley, 2020.
- CUBO MAYO, A.: «El tiempo de trabajo y los problemas no resueltos de control y registro de la jornada y horario», *Diario La Ley*, n.º 8819, Sección Doctrina, 8 de septiembre de 2016.
- DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUIZ, A. B.: *Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo*, Lex Nova, Madrid, 2012.
- FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: *Criterios sobre uso de dispositivos tecnológicos en el ámbito laboral*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.
- GARCÍA MURCIA, J.: «Otros instrumentos de ordenación colectiva de las relaciones de trabajo: acuerdos marcos, convenios extraestatutarios y acuerdos de empresa», en *Sindicalismo y democracia. El Derecho Sindical Español del profesor Manuel Carlos Palomeque treinta años después (1986-2016)*, Granada, 2017.
- GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: «Las modificaciones del acuerdo de trabajo a distancia y las condiciones de trabajo y la ordenación de prioridades en el acceso al trabajo a distancia», en *El trabajo a distancia: una perspectiva global*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021.
- *La nueva regulación del trabajo a distancia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.
- GÓMEZ MILLAN HERENCIA, M. J.: «Registro de jornada y control horario», *El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo, XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas del trabajo y relaciones laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2020.
- GONZÁLEZ BIEDMA, E.: «Derecho a la información y consentimiento del trabajador en materia de protección de datos», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 138, 2017.

- Guía sobre el registro de la jornada: Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. Madrid 2019. <https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/GuiaRegistroJornada.pdf>
- IGARTUA MIRÓ, M. T.: «La obligación de registro de la jornada de trabajo tras el RDL 8/2019», *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 147/2019.
- MARRERO BLANCO, D. y MULERO FERNÁNDEZ, J. M.: «Los sistemas de control de la jornada laboral basados en datos biométricos. Un análisis crítico desde la privacidad», *La Ley privacidad*, n.º 4, Segundo trimestre de 2020, Wolters Kluwer, Madrid, 2020.
- MOLINS GARICA ATENCE, J. «El registro de la jornada de trabajo», *Trabajo y Derecho*, 59, 2019.
- MORENO VIDA, M. N.: «Configuración general de trabajo: algunas reflexiones críticas», en AAVV. La ordenación del tiempo de trabajo en el siglo XXI. Retos, oportunidades y riesgos emergentes, Comares granada, 2014.
- PRECIADO DOMÈNECH, C. H.: «El Registro de la jornada ordinaria en la nueva doctrina del Tribunal Supremo», *Revista de Información Laboral* núm. 7/2017.
- SELMA PENALVA, A.: «El control de accesos por medio de huella digital y sus repercusiones prácticas sobre el derecho a la intimidad de los trabajadores», *Aranza-di Social*, 2010, núm. 3.
- SEPULVEDA GOMEZ, M.: «El control sindical del tiempo de trabajo», *El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo, XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas del trabajo y relaciones laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2020.
- «La obligación empresarial de establecer un sistema de cómputo diario de la jornada laboral conforme al derecho comunitario», *Temas Laborales* 148/2019.
- SOLIS PRIETO, C.: «El contenido mínimo del acuerdo del trabajo a distancia», en *El trabajo a distancia: una perspectiva global*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021.

CUARTA PARTE

PERSPECTIVA DE DERECHO COLECTIVO

CAPÍTULO XIV

TENDENCIAS «AVANT-GARDE» DE LA ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

ÁNGEL ARIAS DOMÍNGUEZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Extremadura

GRATIELA FLORENTINA MORARU

Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Castilla-La Mancha

1. INTRODUCCIÓN

El éxito de cualquier estudio sobre negociación colectiva se sustenta en tres premisas: la muestra sobre la que se trabaja, el método de análisis, y la sistemática de exposición de los resultados.

Dado el objeto de la obra se ha decidido realizar la muestra sobre convenios colectivos nuevos de empresa de ámbito estatal de los últimos cinco años (2017 a 2021) en cualquier sector de actividad. Este criterio, se es consciente, no conforman (toda) la realidad de la negociación colectiva en esta materia. Para ello se necesitaría más tiempo y más espacio. Sin embargo, creemos que restringir el campo de búsqueda a los convenios de

empresa puede facilitar la labor de lo que vamos buscando. Porque no pretendemos, ni explicar las posibilidades que ofrece la negociación colectiva en estas materias, ni elaborar un tesoro conceptual de las posibilidades que se han apreciado. Nuestra pretensión es más modesta. Intentamos detectar, sencillamente, ejemplos llamativos, curiosos, o poco usuales, en los que la negociación colectiva verdaderamente se haya apartado significativamente de las sendas más trilladas en cada una de las materias estudiadas. No busqué aquí el lector, por expresarlo gráficamente, información sobre cómo han evolucionado las menciones a las horas extraordinarias en los convenios, o si ya es usual equiparar el permiso laboral retribuido por matrimonio a la constitución de una pareja de hecho, sino, más precisamente, si existen sistemas de cómputo telemático de esas horas, o si se concede permiso laboral por matrimonio de un hermano del trabajador o por divorcio propio. No se trata, no obstante, de buscar rarezas o ejemplos marginales, esto no es «*Bestiario*» (Julio Cortázar *dixit*), sino de exponer los extremos a los que la negociación colectiva ha llegado en cada una de las materias que analizamos. El paso del tiempo suele confirmar la intuición que predica que lo que hoy es extraordinario o peculiar, mañana es tendencia.

2. LOS EJEMPLOS EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS

La técnica de análisis ha sido la clásica en la materia, la que se destila de los estudios doctrinales más autorizados¹. Hemos leído transversalmente los convenios colectivos (los de los dos últimos años de manera exhaustiva, los otros tres anteriores solamente intentando detenernos en aquellos que, por el ámbito profesional, parecían más proclives a la innovación) teniendo presente el índice de materias que se abordan en esta obra, exponiéndolos sistemáticamente siguiendo fielmente su ordenación. Entendemos que así el lector puede consultar esta parte del trabajo como complemento de la lectura de las partes más sustanciales de esta obra, que son las otras.

¹ El mejor ejemplo de ordenación sistemática y técnica para la ordenación de convenios colectivos en esta materia es el estudio VV. AA. (Dir. SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.) Coord. KAHALE CARRILLO, D. T., y VELASCO PORTERO, T.: *El principio igualdad en la negociación colectiva*, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Empleo y Seguridad Social (Colección: Informes y Estudios. Serie: Relaciones Laborales, núm. 11), Madrid, 2016.

A) **Tiempo de disponibilidad: guardias, otros mecanismos peculiares de ordenación del tiempo de trabajo**

Muy interesante es el principio que recientemente se abre paso en relación con la optimización del tiempo de trabajo, tendiendo a facilitar que «*las reuniones informativas*» relacionadas con la actividad laboral tanto al inicio como al final de la jornada sean «*voluntarias cuando supongan prolongar la jornada de trabajo*»². La pandemia del Covid-19 y el sistema de comunicación Zoom, es decir la necesidad y la tecnología, han hecho más por la optimización del tiempo de trabajo en este tipo de reuniones que años de evolución convencional en la materia.

Los sistemas de organización de los tiempos de disponibilidad han sido, generalmente, dos. O bien se ordenan y consideran como horas extraordinarias³, o bien se implementan como un turno específico de trabajo⁴. Es decir, o es un tiempo añadido a la jornada ordinaria de trabajo, o constituye una jornada en sí misma considerada, más frecuente, no obstante, el primero que el segundo.

La «*disponibilidad*»⁵ puede ser para momentos puntuales (como por ejemplo el «*servicio de alerta telefónica*»⁶), «*complementos por trabajos fuera de la jornada ordinaria*»⁷, para «*todo momento*»⁸, para «*guardias de fin de semana*»⁹, trabajos en «*sábados y domingos*»¹⁰, o «*guardias en días festivos*»¹¹, para «*Meetings & Events*» en domingos o festivos¹², de «*24 hora al día*»¹³, o incluso de carácter semanal (como la «*guardia telefónica*»¹⁴), dependiendo, naturalmente, del ámbito objetivo de proyección del convenio.

² Artículo 35.2. III CC Bofrost, SAU (BOE 28.12.2021).

³ Así, por ejemplo, los arts. 7.3. CC Centro Farmacéutico (BOE 18.7.2019) y CC de Thyssenkrupp Elevadores (BOE 3.7.2021).

⁴ Como lo prevén los Servicio de guardia con turnos rotatorios del artículo 38.2. CC Uniprex (BOE 24.9.2021), o la disponibilidad en turnos del artículo 28: CC de Repsol Lubricantes y Especialidades (BOE 14.5.2018).

⁵ Ésta es, generalmente, la terminología adoptada por los convenios. Véanse, en este sentido, por ejemplo, los artículo 64 XVI CC de la ONCE y su personal (BOE 18.1.2018), 17 CC de Telefónica Servicios Audiovisuales (BOE 25.1.2018), y 49 III CC Corporación de Radio Televisión Española, S. M. E., SA (BOE 22.12.2021).

⁶ Artículo 46 VI CC Patentes Talgo (BOE 12.1.2017)

⁷ Artículo 33 XXIV Convenio CC Nokia Spain, SA (BOE 15.11.2021).

⁸ Artículo 31 CC Carlson Wagonlit España (BOE 14.2.2020).

⁹ Artículos 21.2.d) CC Unidad Editorial (BOE 28.2.2018), y 17 XI CC La Vanguardia Ediciones, SL (BOE 8.5.2021).

¹⁰ Artículos 11: CC Heineken España, SA (BOE 2.12.2021), 16 XIII CC Aceites del SurCoosur, SA (BOE 23.11.2021), y 21 CC Teleinformática y Comunicaciones, SAU. (Boe. 22.6.2020).

¹¹ Artículo 25 CC Federación Farmacéutica, S. C. C. L (BOE 22.3.2021).

¹² Artículo 15. B) Carlson Wagonlit España, SLU (BOE 27.2.2020).

¹³ Artículos 18.9 CC de Control y Montajes Industriales CYMI (BOE 1.2.2018), 18 II CC Eltec It Services, SLU (BOE 17.9.2021), y Artículo 10 CC Kone Elevadores, SA. (BOE 9.12.2019).

¹⁴ Artículo 33: X CC de European Air Transport Leipzig GMBH (BOE 15.5.2018).

Llama la atención la falta de interés de los convenios en regular en qué consisten estos períodos, pareciendo que ese dato que se da por supuesto. En realidad, pueden existir diferentes fórmulas, pero no es usual que los convenios aborden esta perspectiva.

Lo esencial de estas disponibilidades, lo que sustancialmente respalda estos períodos, son dos características. En primer lugar, la permanente localización del trabajador y, en segundo lugar, su efectiva capacidad para ponerse a disposición del empresario de manera rápida y efectiva, a veces instantánea, para realizar su cometido laboral. Muy gráfica es la expresión «*disponibilidad para intervención inmediata*»¹⁵, o la denominación «*retén*» que todavía se utiliza frecuentemente¹⁶ con una clara reminiscencia de puesta a disposición «*ipso facto*».

La preocupación fundamental de los convenios, más incluso que la determinación de cuándo estamos en presencia de una disponibilidad o cuál es su horario, es la regulación del complemento salarial asociado a la situación. El «*plus de disponibilidad*» suele regularse de tres maneras. Previendo una cantidad fija¹⁷, derivando su devengo hacia la regulación de las horas extraordinarias, o bien, por último y de manera excepcional, concretando el importe a percibir mediante un pacto sobrevenido por «*escrito entre las partes*»¹⁸.

No hay duda de que estos períodos de disponibilidad chocan con las exigencias de los derechos de desconexión digital, cuyas garantías no serán de aplicación si se perciben¹⁹.

B) Jornada máxima. Jornada ordinaria y distribución irregular de la jornada

Desde su constitución, la OIT ha mostrado preocupación por la ordenación del tiempo de trabajo plasmando en su primero convenio aprobado en 1919 la limitación de la jornada de trabajo. Esta preocupación internacional por la regulación y distribución del tiempo de trabajo se ha ido reflejando en los sucesivos convenios y recomendaciones de la OIT. Resulta, por tanto, in-

¹⁵ Como lo denomina el artículo 6.4 Thales España GRP, SAU (BOE 11.7.2020).

¹⁶ Así, por ejemplo, véanse los arts. 26 CC Gelec (BOE 12.4.2021), 17 CC de Nuclenor (BOE 1.2.2018), y 13 XXV CC de Mantenimiento y Montajes Industriales (BOE 30.11.2020).

¹⁷ Artículo 23 II CC de Unedisa Comunicaciones (BOE 24.4.2018). También lo hacen así los artículos 14 CC BABÉ y CÍA (BOE 23.11.2021) y 18 CC Activa Innovación y Servicios (BOE 19.1.2018).

¹⁸ Artículo 39 CC Hermandad Farmacéutica del Mediterráneo (BOE 14.10.2021).

¹⁹ Como específicamente lo observan los arts. 42 CC Exide Technologies (BOE 20.10.2021), 26 III CC Kutkabank (BOE 27.9.2021), y artículo 65.4 CC Autotransporte Turístico Español (BOE 27.9.2021).

eludible en este espacio evocar la trascendental labor normativa de la OIT en la materia que nos ocupa. Entre los más singulares, hay que mencionar, el Convenio n.º 1 de la OIT, de 1919, sobre horas de trabajo en la industria y el Convenio n.º 30 de la OIT, de 1930, sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas)²⁰. En el Informe de la OIT «Iniciativa del centenario relativa al futuro del trabajo» se advierte que estos procesos de transformación permiten que la persona pase más tiempo en su domicilio que en el trabajo, pero, al mismo tiempo, fomentan que pase más tiempo trabajando en casa²¹.

Desde la Constitución en su artículo 40 CE, el Estatuto en su artículo 34 y muchas otras normas, nuestro ordenamiento jurídico regula los criterios cuantitativos de la jornada ordinaria de trabajo. Como es sobradamente conocido, la jornada ordinaria viene establecida en el artículo 34.3 ET, mandato que dispone que el número de horas ordinarias de trabajo efectivo no podrá ser superior a nueve horas diarias²².

Una mirada a las disposiciones convencionales en materia de jornada máxima y distribución irregular de la jornada nos permite la realización de una primera aproximación en la medida en que los interlocutores sociales hacen depender la configuración de la jornada del proceso productivo de la empresa en concreto. Observamos como la fijación de los horarios viene condicionada por las particularidades de la actividad productiva en concreto²³. Resultan frecuentes los mandatos convencionales que diferencian entre tipos de jornada, jornada continuada y jornada partida, asignándose uno u otro a la persona trabajadora en función de las características técnicas u organizativas de la empresa. En esta misma lógica, los convenios colectivos prevén jornadas especiales, especialidad que se proyecta sobre las particularidades de los sistemas de turnos: turno total permanente, turno total permanente, turno antiestrés, etc.²⁴. En los convenios colectivos en los que se contempla la jornada de trabajo en el sistema de turnos se confieren unos matices muy particulares en la medida en

²⁰ BASTERRA HERNÁNDEZ, M.: «El tiempo de trabajo en los instrumentos de la OIT: una perspectiva desde el ordenamiento español», *Documentación Laboral*, n.º 116, 2019, p. 71 y ss.

²¹ AGUILERA IZQUIERDO, R. y CRISTÓBAL RONCERO, R.: «Nuevas tecnologías y tiempo de trabajo: el derecho a la desconexión tecnológica», en *El futuro del trabajo que queremos*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2017, p. 333 y ss.

²² Muy ilustrativa en lo que se refiere la ordenación del tiempo de trabajo es la obra de BASTERRA HERNÁNDEZ, M.: *Tiempo de trabajo y tiempo de descanso*, Tirant, Valencia, 2017.

²³ En el III CC Bofrost (BOE 28.12.2021) se dispone los horarios de trabajo para las ventas incidiendo en las particularidades de los tours de ventas y en la dificultad de controlar el tiempo de jornada de una actividad que se presta mayoritariamente en la vía pública.

²⁴ Una regulación muy pormenorizada de la jornada y los sistemas de turnos la encontramos en el artículo 7 CC de Heineken España (BOE 2.12.2021). Con el mismo detalle, el artículo 24 III CC Kutxabank (BOE 27.9. 2021) consagra un régimen general de jornada distinguiendo entre jornada general y jornadas especiales y dentro de este último tipo diferencia entre varias jornadas especiales y sus detalles.

que establecen los regímenes de jornada de trabajo a dos turnos, a tres turnos, turnos en jornadas no laborales, otros turnos y necesidad de trabajo a turnos²⁵.

Atendiendo a razones técnicas o por circunstancias de la producción, ciertos convenios establecen la flexibilización de la jornada de trabajo en los términos del artículo 41 ET previa información a la persona trabajadora y sus representantes con un plazo mínimo de antelación²⁶. La reorganización de los horarios de trabajo también se prevé para la adecuación y optimización de los recursos de la empresa, tanto a los requerimientos de los clientes como a las posibles necesidades operativas que puedan surgir consecuencia de periodos del proceso productivo, estacionalidad o de circunstancias ajenas a la voluntad de la empresa²⁷.

En algunas empresas, se dispone la posibilidad del uso de horario flexible sin perjuicio de del derecho a que cada persona trabajadora preste el total de caudal anual horario. No obstante, la flexibilidad de horario se conforma convencionalmente con la exigencia de la obligatoria asistencia al trabajo 15 minutos antes del inicio de la jornada y la permanencia hasta 10 minutos después del cierre de negocio con la finalidad de asegurar la apertura y el cierre de la empresa²⁸.

Al margen de la generalidad conferida en el tratamiento convencional de la jornada, sendos convenios colectivos no sólo limitan su articulado a la ordenación de la jornada de trabajo, sino que retratan y acogen una definición de tiempo de trabajo y tiempo de presencia²⁹. Con una mayor profundidad, encontramos preceptos que confieren atención al cómputo del tiempo de trabajo para personas trabajadores cuya prestación de servicios va dirigida a concretas actividades productivas³⁰. No menos relevancia tiene aquellos postulados convencionales que disponen el deber de la dirección de la empresa y los representantes de los trabajadores para elaborar los calendarios laborales y horarios de trabajos, que, además, tendrán que ser expuestos en los tabloneros de anuncios de la empresa³¹.

En lo que se refiere a la distribución de la jornada, algunos de los instrumentos convencionales objeto de análisis se decantan por distribución regular

²⁵ Artículo 5 de XXIV CC Nokia Spain (BOE 15.11.2021).

²⁶ Artículo 21 XIII CC Aceites del SurCoosur (BOE 23.11.2021) y artículo 21 II CC Enersur (BOE 15.11.2021).

²⁷ Artículo 12 CC Atlas, Combustibles y Lubrificantes (BOE 16.11.2021).

²⁸ Artículo 26 III CC Kutxabank (BOE 27.9.2021).

²⁹ Véase en este sentido, los arts. 9 y 10 CC Babé Cía (BOE 21.11.2021).

³⁰ Una rigurosa ordenación de la jornada de trabajo la encontramos en el II CC Vestas Eólica (BOE 20.11.2021).

³¹ Artículo 21II CC Enersur (BOE 15.11.2021).

de la jornada en su totalidad, renunciando a las distribuciones irregulares³², mientras otros convenios plasman en su articulado la irregularidad en la distribución del tiempo de trabajo³³. Respecto a la posibilidad de distribuir irregularmente el tiempo de trabajo, los convenios colectivos consagran garantías en este sentido requiriendo la aportación por parte de la empresa de la justificación de la necesidad temporal de distribución irregular de la jornada, la estimación temporal de su aplicación, así como el número y ubicación de los afectados³⁴. En el marco de la distribución de la jornada, los mandatos convencionales hacen referencia al calendario anual en el que se reflejaran los turnos de referencia semanal a trabajar, vacaciones, fines de semana de calidad, etc. Además, se contemplan supuestos en los que no se permite la modificación de horarios salvo: cuando esté justificado por una ausencia imprevista de un trabajador, cuando una vez entregados los horarios mensuales hubiera un cambio en las disposiciones de las autoridades que pudieran afectar a actividad comercial, etc.³⁵. Muy relevantes en la distribución irregular de la jornada resultan aquellas disposiciones que contemplan criterios preferentes para la designación para realizar jornadas irregulares como la voluntariedad de la persona trabajadora o la ausencia de obligaciones familiares suficientemente acreditadas³⁶. Con el mismo fin de preservar la conciliación de la vida personal, laboral y familiar, los actores sociales consideran a la hora de consagrar la duración de la jornada y el calendario anual atendiendo al calendario escolar³⁷.

C) Horas extraordinarias

Son muy numerosos los convenios colectivos que expresamente remiten la ordenación jurídica del régimen de las horas extraordinarias a las disposicio-

³² El contenido del artículo 16 CC Caja Laboral Bancaseguros (BOE 28.10.2021) dispone que «A los efectos de lo señalado en el Artículo 34.2 ET, se acuerda que el 100% de la jornada se distribuirá de manera regular, no habiendo lugar a distribuciones irregulares de la misma al margen de lo expresamente dispuesto en el presente convenio y de la remisión efectuada en el párrafo anterior a los descansos y horarios de trabajo de aplicación en Laboral Kutxa».

³³ Artículo 15 del CC Kiabi España (BOE 28.10.2021), artículo 31 CC Exide Technologies (BOE 20.10. 2021).

³⁴ En este sentido, el artículo 34.8 IX CC Ilunion Outsourcing (BOE 15.10. 2021) señala que «La empresa deberá aportar, con la mayor antelación posible, la justificación de la necesidad temporal de distribución irregular de la jornada, la estimación temporal de su aplicación, así como el número y ubicación de los afectados».

³⁵ Artículo 24 X CC Supermercados Sabeco.

³⁶ Artículo 26 CC Placas de Piezas y Componentes de Recambio (BOE 6.10.2021).

³⁷ Artículo 38 CC Uniprex (BOE 24.9. 2021)

nes legales en la materia, bien como fórmula ritual sin abordar especificación alguna, bien como norma a aplicar en lo no previsto en ellos³⁸.

Generalmente cuando deciden implementar un régimen propio afrontan la regulación de tres cuestiones: cuándo pueden ser llamados obligatoriamente los trabajadores a su realización; cómo se compensan las realizadas (descanso alternativo o percepción económica) y cómo se cuantifica su remuneración, y cuáles son las exigencias formales para su realización (llamada por la empresa, negativa del trabajador a su realización, etc.).

A estos temas clásicos se ha añadido recientemente otro: el interés empresarial en subrayar que en el ámbito del convenio no se realicen horas extraordinarias estructurales, bajo fórmulas del estilo: «*quedan suprimidas las horas extraordinarias habituales*»³⁹, o que se reducen «*al máximo*»⁴⁰ o «*al mínimo imprescindible*»⁴¹, generalmente justificando su decisión «*con el objeto de favorecer la creación de empleo*»⁴². Es cierto, no obstante, que aunque este propósito se enuncia como principio general, también suelen reconocerse amplias excepciones al mismo.

No parece arriesgado concluir que la influencia del Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo en esta materia ha sido decisiva, aunque ya antes de su entrada en vigor se contaba con convenios que abogaban por la limitación de su empleo⁴³, aunque no de manera tan recurrente como actualmente.

³⁸ Así, por ejemplo, y sin ningún ánimo de exhaustividad, véanse los arts. 39 II CC Alcor Seguridad (BOE 23.3.2018); 7 CC Centro Farmacéutico (BOE 18.7.2019); 53 VII CC Diario ABC (BOE 27.2.2020); 20 CC Mediterránea Merch (BOE 12.8.2020); 24 VIII CC Decathlon España (BOE 1.9.2021); 17 CC Renault España, SA. (BOE 15.9.2021); 35 CC Ilunion Outsourcing, SA. (BOE 15.10.2021); 24 CC Enerus Siglo 21, SL. (BOE 15.11.2021); 14 CC Babé y Cía., SL. (BOE 21.11.2021); y 29 CC BABÉ y CÍA (BOE 23.11.2021).

³⁹ Artículo 19 CC Kiabi España, KSCE, SA. (BOE 28.10.2021). También el Artículo 5.4. CC Compañía Asturiana de Bebidas Gaseosas (BOE 20.1.2020) y el Artículo 18 III CC Fundación Bancaria Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona «La Caixa» (BOE 6.5.2021). El artículo 42 III CC Grupo Enagás. (BOE 6.10.2020) pretende su reducción «*progresivamente*», hasta su «*supresión*».

⁴⁰ Artículo 53 VII CC Diario ABC (BOE 27.2.2020).

⁴¹ Artículo 10 CC Heineken España, SA. (BOE 2.12.2021). De mínimo «*indispensable*» hablan los arts. 20 II CC Eltec It Services, SLU. (BOE 17.9.2021), y 28 CC IMS Health (BOE 7.11.2021).

⁴² Artículo 14 CC Viajes Ecuador, SA. (BOE 6.1.2021). O de «*puestos de trabajo*» como lo hace el artículo 12 CC Fernando Buil, SA (BOE 16.9.2020). O «*ante la situación de desempleo existente*» como lo dispone el artículo 29 X CC de European Air Transport Leipzig GmbH (BOE 15.5.2018). O «*dada la situación de paro*», que es la fórmula del artículo 24 CC de Euro Depot España (BOE 1.9.2021).

⁴³ Los siguientes tres convenios abogaban por «*reducir al mínimo indispensable*» la realización de horas extraordinarias: artículo 16 CC Sistemas a domicilio SD 2000 SL (BOE 14.3.2014), artículo 42 CC Saint Gobain Cristalería (BOE 28.6.2018), y artículo 5.11. CC Compañía Levantina de Bebidas Gaseosas (BOE 29.6.2018). De «*evitar en lo posible*» habla el artículo 16 CC de Unidad Editorial (BOE 28.2.2018).

Véase también el artículo 35 VII CC del Grupo Constant Servicios Empresariales (BOE 31.5.2018).

Los supuestos en que se han considerado obligatorio la realización de horas extraordinarias estructurales (en contra del principio general que las consideran voluntarias⁴⁴) suelen relacionarse con la causación de perjuicios empresariales irreparables o de muy difícil reparación por la interrupción del proceso productivo, generalmente muy especializado. Así por ejemplo, ante «situaciones que no admiten demora en el suministro y extracción del combustible de aeronaves, en el abastecimiento de aeropuertos y siempre que se trate de evitar o remediar accidentes, averías o entorpecimiento en el normal desarrollo de los servicios»⁴⁵; cuando «se inicie un servicio de vigilancia o de transporte de seguridad, deberá proseguir hasta su conclusión o la llegada del relevo»⁴⁶, o en el mar cuando «las necesidades de la navegación lo exijan para llevar a buen fin el viaje iniciado, y en puerto cuando la programada salida del buque lo requiera»⁴⁷. Supuesto singular es el que acontece por enfermedad⁴⁸ o sustitución⁴⁹ de otro trabajador, que se consideran extraordinarias de obligada realización.

En realidad, son supuestos muy cercanos a la prevención de daños o reparación de siniestros, por lo que, en puridad, su obligatoriedad en el convenio no tendría que preverse, valiendo para su imposición las previsiones legales al respecto. La cuestión más regulada por la negociación colectiva es la remuneración de las horas extraordinarias. Prácticamente en todos los convenios que se prevén se aborda esta cuestión.

Aunque algunos convenios depositan en la empresa la elección por el método de remuneración –entre abono o descanso compensatorio–⁵⁰, lo más usual, lo que más comúnmente se ha previsto, es que la elección corresponda al trabajador⁵¹, siendo menos frecuentes los que directamente imponen un mé-

⁴⁴ Así, por ejemplo, véase los arts. 24 CC Enersur Siglo 21, SL. (BOE 15.11.2021); Artículo 17 CC Kiabi España, KSCE, SA. (BOE 28.10.2021); artículo 20 II CC Eltec It Services, SLU. (BOE 17.9.2021); artículo 21 CC Primark Tiendas, SLU. (BOE 4.9.2021), y artículo 20 CC Mediterránea Merch (BOE 12.8.2020).

⁴⁵ Artículo 32 CC CLH Aviación (BOE 26.4.2018).

⁴⁶ Artículo 39 II CC de Alcor Seguridad (BOE 23.3.2018).

⁴⁷ Artículo 15 CC Naviera Ría de Arosa (BOE 28.2.2018).

⁴⁸ Artículo 40 CC Autotransporte Turístico Español (BOE 27.9.2021).

⁴⁹ Artículo 20 CC Imerys Diatomita Alicante (BOE 25.5.2018).

⁵⁰ El artículo 15 CC Gelec (BOE 12.4.2021) precisa que la «Empresa decidirá entre el abono de las horas extras o el abono del descanso compensatorio...», aunque en este caso puede «el trabajador optar por el descanso en caso de que la Empresa opte por el abono».

⁵¹ Así, por ejemplo, véanse los arts. 10 CC Heineken España, SA. (BOE 2.12.2021), 47 CC de Bimbo Donuts Iberia (BOE 8.2.2019), artículo 40 CC Autotransporte Turístico Español (BOE 27.9.2021), artículo 18 CC Carlson Wagonlit España (BOE 14.2.2020), artículo 42 III CC Grupo Enagás. (BOE 6.10.2020), artículo 40 CC Autotransporte Turístico Español (BOE 27.9.2021).

todo u otro⁵², y realmente escasos aquellos que organizan métodos de remuneración conjunto⁵³. Cuando se ha elegido por el convenio el método de remuneración siempre lo ha sido por el descanso⁵⁴, de lo que se colige una cierta preferencia por la remuneración mediante este método⁵⁵.

Con respecto a su método de cálculo de la remuneración económica se han empleado generalmente dos métodos. O bien se implementa directamente en el convenio una cantidad concreta y fija⁵⁶, siendo usual en este caso que se diferencie entre horas diurnas y nocturnas⁵⁷ y entre laborales y festivas⁵⁸, o bien se establezca un método de cálculo de dicha cantidad de variada condición, aunque generalmente se realiza incrementando en un porcentaje el valor de la hora ordinaria⁵⁹, previendo también en este caso un porcentaje superior

⁵² Así, por ejemplo, el artículo 17 XV CC de Schweppes (BOE 19.1.2021) precisa que *«Las horas extras se compensarán exclusivamente en tiempo de descanso y en ningún caso será inferior al 200% del tiempo trabajado en horas normales»*, o el artículo 22.3 VI CC Syntax Logística (BOE 20.12.2019) dispone que *«el trabajador tendrá derecho a compensar la hora extraordinaria por tiempo equivalente de descanso incrementado en un 50%»*.

⁵³ Como lo hace el artículo 17 CC de Coviran (BOE 9.7.2021) *«... podrán ser retribuidas o compensadas de tres formas, incrementándose la retribución de estas a lo largo de la vigencia del presente Convenio Colectivo: Año 2023: A. Por cinco horas trabajadas descanso de 12,5 horas. B. Por cinco horas trabajadas descanso de 8 horas más 48 € brutos. C. Por cinco horas trabajadas retribución de 108 € brutos»*.

De manera muy similar se conduce el artículo 17 CC de Nuclenor (BOE 1.1.2018) cuando regula el sistema mixto: *«Mixto: Parte en descanso y parte en metálico: En este caso, si la hora extraordinaria es normal del 175 % de compensación, se descansará el 100% y se percibirá en metálico el 75 % restante. Si la hora extraordinaria es festiva, del 200 % de compensación se descansará el 100 % y se percibirá en metálico el 100 % restante»*.

⁵⁴ Así, por ejemplo, todos los convenios de la nota al pie de página número 13 y el artículo 19 CC Kiabi España, KSCE, SA. (BOE 28.10.2021).

⁵⁵ Elección llevada incluso a principio en algún convenio, como, por ejemplo, en el artículo 32.10 VII CC de Repsol (BOE núm. 172, de 17 de julio de 2018) cuando dispone que *«Las horas extraordinarias se compensarán, de forma preferente, mediante descanso por tiempo equivalente al trabajado»*.

⁵⁶ Así, por ejemplo, véanse los arts. 47 CC de Bimbo Donuts Iberia (BOE 8.2.2019) *«a razón de 13,7828 € la hora extra»*. Artículo 24 VIII CC Decathlon España (BOE 1.9.2021) *«Dichas horas se abonarán a razón de 15€ para los grupos II y III y 13€ para el resto»*; artículo 15 CC de Control y Montajes Industriales CYMI (BOE 1.1.2018) *«según la tarifa adjunta»*; artículo 22.3 VI CC Syntax Logística (BOE 20.12.2019) *«se abonarán a precio único, cuya cuantía se refleja para cada categoría profesional en las tablas salariales ...»*. Véanse para otros ejemplos. artículo 39 CC Convenio colectivo de Uniprex, SAU. (BOE 24.9.2021); artículo 67 CC Exide Technologies (BOE 20.10.2021).

⁵⁷ Artículo 42 CC Saint Gobain Cristalería (BOE núm. 156, de 28 de junio de 2018).

⁵⁸ Artículo 17 CC de Coviran (BOE 9.7.2021).

⁵⁹ Así, por ejemplo, muy usual es que ese incremento lo sea del 75 %: artículo 15.3 CC de Caja Laboral Bancaseguros (BOE 28.10.2021); artículo 30 X CC Supermercados Sabeco, SAU. (BOE 6.10.2021); Artículo 30 CC Safety Kleen España, SA. (BOE 27.9.2021); artículo 20 Business Spain, SLU. (BOE 6.9.2021); artículo 21 CC Primark Tiendas, SLU. (BOE 4.9.2021); artículo 18 III CC Fundación Bancaria Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona «La Caixa» (BOE 6.5.2021); artículo 49 CC La Voz de Galicia (BOE 21.11.2019); artículo 37 CC Mediapost Spain (BOE 23.1.2019); artículo 18 XVII CC de Petróleos del Norte (BOE 17.7.2018); artículo 17 CC de Nuclenor (BOE 1.1.2018).

También se han previsto otros porcentajes. Desde el 126 %: artículo 42 III CC Grupo Enagás. (BOE 6.10.2020) hasta el 20 % artículo 25 CC Agencia Servicios Mensajería (BOE 6.3.2018), pasando por el

para cuando se realicen en festivo⁶⁰. En algún convenio, más por excepción que como regla general, se ha previsto un cálculo distinto según sea la primera o las sucesivas horas extraordinarias⁶¹.

Para calcular el descanso compensatorio se han empleado también varias fórmulas aunque suelen reconducirse a alguna de las dos siguientes: implementación de un porcentaje adicional de descanso sobre el volumen de horas trabajadas para establecer las que de asueto corresponde al trabajador⁶², o bien adicionando un tiempo neto en relación al extraordinario trabajado⁶³, siendo muy común que también se diferencie entre hora extraordinaria trabajada ordinaria o festiva⁶⁴ y entre diurna o nocturna⁶⁵.

25 %: artículo 17 II CC de Unedisa Comunicaciones (BOE 24.4.2018), o el 30 % artículo 29 X CC European Air Transport Leipzig GmbH (BOE 15.5.2018), o el 50 % artículo 28 CC Vestas Eólica, SAU. (BOE 20.11.2021), el 80 %: artículo 14 CC Viajes Ecuador, SA. (BOE 6.1.2021), o el 120 %: artículo 18 CC de Supercor (BOE 15.5.2018).

⁶⁰ Desde el 180 del artículo 29 X CC European Air Transport Leipzig GmbH (BOE 15.5.2018), al 50 % artículo 17 II CC de Unedisa Comunicaciones (BOE 24.4.2018), pasando por el 150 %: arts. 20 Business Spain, SLU. (BOE 6.9.2021), 49 CC La Voz de Galicia (BOE 21.11.2019), y artículo 30 CC Safety Kleen España, SA. (BOE 27.9.2021); el 75 %: artículo 22.5 VI CC Syntax Logística (BOE 20.12.2019); y el 100 %: arts. 28 CC Vestas Eólica, SAU. (BOE 20.11.2021), y artículo 14 CC Viajes Ecuador, SA. (BOE 6.1.2021).

El artículo 15 CC de Control y Montajes Industriales CYMI (BOE 1.1.2018) prevé un incremento únicamente del 15 % pero no sobre el valor de la hora ordinaria, sino sobre la extraordinaria cuando se realiza en festivo.

⁶¹ Por ejemplo, el artículo 24 CC Aceites del SurCoosur, SA. (BOE 23.11.2021) prevé que *«la primera y segunda horas extraordinarias diarias serán remuneradas al 125 por 100 del precio de la hora ordinaria. A partir de la tercera hora extraordinaria diaria será remunerada al 150 por 100 del precio de la hora ordinaria»*. Los mismos porcentajes se prevén en el artículo 24 CC Enersur Siglo 21, SL. (BOE 15.11.2021).

⁶² Artículo 28 CC IMS Health (BOE 7.11.2021) *«se compensarán por tiempos equivalentes de descanso incrementados, al menos con el 75 por 100»*. Artículo 42 III CC Grupo Enagás. (BOE 6.10.2020) *«1,50 veces»*. Artículo 15.3 CC de Caja Laboral Bancaseguros (BOE 28.10.2021) *«1,75 horas normales por hora extraordinaria»*.

⁶³ Desde la compensación *«hora por hora, salvo pacto en contrario»* (artículo 18 CC de Supercor [BOE 15.5.2018]), hasta *«a razón de dos horas de descanso por cada hora realizada»* (artículo 18 CC Carlson Wagonlit España [BOE 14.2.2020]), o *«a razón de 1 hora y 45 minutos por cada hora extraordinaria»* (artículo 12 CC Thyssenkrupp Elevadores [BOE 3.7.2021]), pasando por módulos más moderados: *«cada hora extraordinaria será compensada por una hora y 30 minutos de descanso»* (artículo 40 CC Autotransporte Turístico Español [BOE 27.9.2021]), o *«hora y media por hora de exceso realizada»* (artículo 37 CC de Mediapost Spain [BOE 23.1.2019]); *«a razón de 1 hora y 20 minutos por cada hora realizada»* (artículo 10 CC Heineken España, SA. [BOE 2.12.2021]); o bien el que concede *«un día de descanso compensatorio por cada 6 horas extras acumuladas»* (artículo 17 II CC Unedisa Comunicaciones (BOE 24.4.2018).

⁶⁴ Artículo 12 CC Thyssenkrupp Elevadores (BOE 3.7.2021) *«2 horas, cuando se hubieran realizado en días no laborables»*.

⁶⁵ CC Compañía Levantina de Bebidas Gaseosas (BOE 29.6.2018) *«Por hora laborable y diurna: 1 hora y 15 minutos de descanso. Por hora festiva o nocturna: 1 hora y 30 minutos de descanso»*. Artículo 17 CC de Nuclenor (BOE 1.1.2018). Artículo 39 CC Convenio colectivo de Uniprex, SAU. (BOE 24.9.2021) *«La equivalencia de las horas extraordinarias y los tiempos de descanso es la siguiente: 1 Hora extra normal: 1 hora y media. 1 Hora extra nocturna: 2 horas. 1 Hora extra festiva: 2 horas»*.

Lo que si se repite frecuentemente es la exigencia de que la compensación se disfrute en jornadas⁶⁶, o días⁶⁷ completos.

En relación con los requisitos formales, en algunos convenios se ha previsto la necesidad de autorizarlas previamente a su realización⁶⁸, probablemente como método de control que facilite su reparto y evite equívocos, instituyéndose en algún convenio, incluso una «*comisión de seguimiento*» de las horas extraordinarias⁶⁹ con una competencia específica en la materia.

También ha sido usual que el convenio exija que la realización de horas extraordinarias se comunique a los representantes legales, en la estela de la exigencia prevista en el art. 64.2.c) ET en relación con la información trimestral que debe comunicarse si se realizan «*horas complementarias*» en los trabajos a tiempo parcial⁷⁰.

D) Trabajo nocturno

Dentro de la ordenación del trabajo y su tiempo, el actual artículo 36 ET encontró su fuente de inspiración en las normas europeas y, concretamente, en la Directiva 93/104/CE, actualizada por la Directiva 2003/88/CEE, relativa a determinados aspectos del tiempo de trabajo. El trabajo nocturno es el que se presta coincidiendo con una franja horaria legalmente predeterminada, esto es, la franja comprendida entre las diez de la noche y las seis de la mañana del día siguiente. El período de nocturnidad delimitado como un derecho absoluto relativo, por lo tanto, susceptible de mejora por vía convencional, resulta más

El artículo 16 CC Atlas, SA, Combustibles y Lubrificantes. (BOE 16.11.2021) «*las horas extras se compensarán con descanso aplicando los siguientes criterios: Hora realizada diurna: compensación 1 x 1,5. Hora realizada nocturna o en alguno de los 14 festivos que establece el calendario laboral: compensación 1 x 2*».

⁶⁶ Como por ejemplo hace el artículo 30 X CC Supermercados Sabeco, SAU (BOE 6.10.2021).

⁶⁷ Artículo 42 III CC Grupo Enagás. (BOE 6.10.2020).

⁶⁸ El artículo 20 II CC Eltec It Services, SLU. (BOE 17.9.2021) precisa que «*requieren la aprobación previa del responsable directo*». El artículo 35 VII CC del Grupo Constant Servicios Empresariales (BOE 21.5.2018) dispone que se «*requiere de la autorización previa por parte del superior jerárquico del trabajador o por el Departamento de Recursos Humanos*».

En el CC Bofrost, SAU (BOE 28.12.2021) se requiere «*... la previa solicitud argumentada del/la trabajador/a y la consiguiente autorización escrita por parte de la empresa*».

⁶⁹ Como lo hace el artículo 12 CC de Thyssenkrupp Elevadores (BOE 3.7.2021).

⁷⁰ El artículo 24 CC Aceites del SurCoosur, SA. (BOE 23.11.2021) exige que la información sea mensual. El artículo 17 CC Renault España, SA. (BOE 15.9.2021) permite que los representantes soliciten «*datos numéricos*», y el artículo 35 CC Ilunion Outsourcing, SA. (BOE 15.10.2021) exige que la información se patrocine «*cualquiera que sea su forma de compensación*».

En esta línea véanse: artículo 19 CC Kiabi España, KSCE, SA. (BOE 28.10.2021); artículo 14 CC Viajes Ecuador, SA. (BOE 6.1.2021) y artículo 12 CC Fernando Buil, SA (BOE 16.9.2020).

favorable para el trabajador que el recogido en la Directiva 2003/88/CEE⁷¹. Trabajador nocturno será, en consecuencia, aquel que realice normalmente, en horario nocturno, un período de tres horas de su jornada diaria en período nocturno o aquel que se prevea que puede realizar en tal periodo una parte no inferior a un tercio de su jornada de trabajo anual⁷².

No obstante lo anterior, hay que recordar que el artículo 32.2 del RD 1561/1995, de 21 de septiembre, de jornadas especiales, contempla que en ningún caso el trabajador nocturno podrá superar una jornada de ocho horas diarias de trabajo efectivo de promedio en un periodo de referencia de cuatro meses, o seis meses, sí así lo contemplase el convenio colectivo, cuando se trate de ampliaciones de jornadas previstas en el mismo RD 1561/1995. Para los restantes supuestos se prevé un período de referencia de cuatro semanas. El artículo 32.2 del RD 1561/1995 consagra, por último, que en los supuestos en los que la ampliación de jornada sea consecuencia de la realización de horas extraordinarias, habrá que deducirse la jornada de trabajo de los trabajadores afectados en los días subsiguientes hasta alcanzar el mencionado promedio en el periodo de referencia correspondiente⁷³.

Descendiendo al nivel de la regulación convencional, cabe constatar una primera perspectiva del trabajo nocturno enfocado desde la óptica de la configuración de un complemento del salario fijándose el mismo sobre la base de la aplicación de un determinado porcentaje sobre el salario base⁷⁴ o la retribución de la hora ordinaria⁷⁵. A diferencia de lo anterior, otros convenios establecen el plus de nocturnidad en una cuantía concreta o la parte proporcional de la jornada a tiempo parcial. Respecto de las noches de los festivos, hay empresas que se comprometen al pago de un «*plus nocturno por noche*»⁷⁶. General-

⁷¹ El artículo 2 de la Directiva 2003/88/CEE define el «*horario nocturno*» como «*cualquier período de no menos de siete horas, tal como lo define la legislación nacional, y que debe incluir, en cualquier caso, el período comprendido entre la medianoche y las 5.00 horas*».

⁷² PÉREZ AMORÓS, F.: «Tiempo y trabajo. Algunas consideraciones sobre el trabajo nocturno y trabajadores nocturnos», en *Tiempo de trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2007, pp. 115-116.

⁷³ FITA ORTEGA, F.: «Trabajo nocturno», en *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Lex Nova, Navarra, 2016, p. 459.

⁷⁴ Determinados convenios colectivos cifran este porcentaje en un 25 por cien [artículo 25 del VIII CC de Decathlon España (BOE 1.9.2021)], mientras otros los fijan en 40 por cien [artículo 13 del CC de Viajes Ecuador (BOE 6.1.2021)]

⁷⁵ El artículo 14 del XIII CC de Aceites del Sur Coosur (BOE 23.11.2021) establece un complemento de nocturnidad disponiendo que «*El personal que desarrolle su jornada laboral entre las veintidós horas y las seis horas A. M., percibirán un complemento del 25 por 100 del salario base del grupo profesional que tenga asignado cada persona trabajadora*». En una tónica similar, se refiere el artículo 21 del CC de Kiabi España (BOE 28.10.2021) que recoge el siguiente postulado: «*Se consideran horas nocturnas las horas realizadas entre las 22:00 y las 6:00. Tendrán una compensación económica del 25 % de la retribución de la hora ordinaria*».

⁷⁶ Artículo 15.5 CC Sistemas a Domicilio SD 2000 (BOE 14.4.2014).

mente, los convenios colectivos señalan que no corresponderá compensación económica a las personas trabajadoras contratadas para desarrollar sus funciones durante la noche⁷⁷.

Aunque las cláusulas convencionales más habituales en materia de trabajo nocturno vengan referidas a la percepción de un complemento de nocturnidad, también encontramos una conformación más exhaustiva del régimen de trabajo objeto de análisis. Así, en el abanico de convenios colectivos de empresa encontramos regulaciones que perfilan el horario del trabajo nocturno, la reducción de horario, el disfrute del derecho a la reducción de horario, el tiempo de disminución de la jornada derivado de los trabajos nocturnos, regularización de turnos de noche, etc.⁷⁸. Por otro lado, sendos convenios regulan la jornada nocturna de las personas trabajadoras mayores de 59 años disponiendo la posibilidad de ser excluido del turno de noche⁷⁹.

De interesante formulación resultan aquellas cláusulas que refiriéndose al turno de noche establecen que, por cada noche completa trabajada, a elección del trabajador, se generará el derecho a un descanso de veinte minutos o, alternativamente, se percibirá una retribución extraordinaria correspondiente a veinte minutos de salario base⁸⁰. Por otro lado, también se hace referencia en los distintos convenios colectivos de empresa con los que contamos en nuestro ordenamiento jurídico al abono de la nocturnidad por las horas efectivas de trabajo entendiéndose por las mismas «*el tiempo invertido para el desplazamiento, por incidencias y reparaciones fuera del centro de trabajo, que se computará en su totalidad como tiempo efectivamente trabajado*»⁸¹.

No hay que perder de vista que, al margen de aquellos instrumentos convencionales que no confieren un tratamiento pormenorizado al trabajo nocturno, también existen convenios colectivos que no contienen ninguna referencia al mismo⁸². Abundan aquellos convenios colectivos que limitan la ordenación del trabajo nocturno a la definición del mismo señalando tan solo que tendrá la consideración de trabajo nocturno el realizado entre las diez de la noche y las seis de la mañana⁸³.

⁷⁷ Artículo 19 CC Carlson Wagonlit (BOE 14.2.2020).

⁷⁸ Un buen ejemplo de estos convenios es el artículo 14 CC Renault España (BOE 15.9.2021).

⁷⁹ Artículo 15 XV CC Schweppes (BOE 19.1.2021).

⁸⁰ Artículo 23 CC EDF Fenice Ibérica (BOE 13.5.2020).

⁸¹ Artículo 27 VI CC Patentes Talgo (BOE 12.1.2017).

⁸² Entre esos convenios colectivos, podemos mencionar el CC Bimbo Donuts Iberia (BOE 8.2.2019), CC Exide Technologies (BOE 20.10.2021), III CC Kutxabank (BOE 27.9.2021), CC Supermercados Sabeo (BOE 6.10.2021), CC Caja Laboral Bancaseguros (BOE 28.10.2021), etc.

⁸³ Artículo 25 CC Euro Depot España (BOE 1.9.2021), artículo 22 CC Gelec (BOE 12.4.2021) y artículo 8.3 CC Hermandad Farmacéutica del Mediterráneo (BOE 14.10.2021).

E) Trabajo a turnos

Intentar extraer un «mínimo común denominador» en el régimen del trabajo a turnos del volumen (heterogéneo) de convenios escogidos para esta muestra se antoja como un propósito de dificultosa realización. Básicamente porque las menciones que establece el 36.3 ET dejan un amplio margen de organización al convenio y éste ha sido aprovechado por cada empresa abordado esta cuestión desde la especificidad de su actividad productiva singular. Por eso la organización del turno (sus requisitos para implementarlo, su obligatoriedad o no, sus condiciones económicas, sus «cubretornos» etc.) es radicalmente distinta en cada sector de actividad y en cada empresa. Y por ello se hace difícil reducir a parámetros comunes sus características generales. Lo que sí puede considerarse común son las generalidades que regulan con el propósito de implementar su funcionamiento, básicamente las siguientes menciones, que son las que estudiamos:

- especificar claramente cuántos turnos se prevén y cuál es su duración;
- delinear los criterios que permiten la adscripción de los trabajadores a los turnos (condiciones, momentos productivos, etc.);
- cuantificar, si así se prevé, el complemento económico por trabajar a turnos,
- e implementar garantías materiales y formales.

Concreción de los turnos

Ha sido unánime que los convenios determinen el número de turnos⁸⁴, lo que conlleva que, generalmente (aunque no en todos los casos) se concrete el horario de cada uno de ellos⁸⁵ y la rotación entre ellos⁸⁶, distribuyendo, en alguno de ellos, los días de descanso a lo largo de los turnos en cada mes⁸⁷.

Tres materias singulares se han reglamentados: los turnos excepcionales en supuestos de fuerza mayor o emergencia⁸⁸ generalmente relacionados con el tipo de actividad productiva que se desarrolla, los turnos de fin de semana⁸⁹ o

⁸⁴ Cláusula 6 CC Thales España GRP (BOE 11.7.2020); artículo 15 CC Sistemas a domicilio SD 2000 SL (BOE 14.3.2014).

⁸⁵ Artículos 42 XVII CC de Petróleos del Norte (BOE 17.7.2018); 29.2.2 VII CC Repsol (BOE 17.7.2018); 14 XV CC de Schweppes (BOE 19.1.2021); 26 CC Exide Technologies (BOE 20.10.2021); 6 CC Nokia Spain (BOE 18.10.2021).

⁸⁶ Artículos 14.2 V CC Centrales Nucleares Almaraz-Trillo AIE. (BOE 11.2.2021), 13 CC Unidad Editorial (BOE 28.2.2018).

⁸⁷ Así lo hace el CC Imery Diatomita Alicante (BOE 25.5.2018).

⁸⁸ Artículo 14 CC Gelec (BOE 12.4.2021).

⁸⁹ Artículo 4.3. CC Compañía Levantina de Bebidas Gaseosas (BOE 29.6.2018).

vacaciones⁹⁰, y el turno de «cubretornos» previsto para los turnistas no habituales que deben incorporarse a los turnos previstos por motivos excepcionales⁹¹.

Delinear los criterios de adscripción a los turnos

Generalmente su organización se justifica en razones «*técnicas, organizativas o de carga de trabajo*»⁹², se pretenden rotatorios y de variación semanal⁹³, permitiéndose el cambio entre trabajadores de forma voluntaria⁹⁴.

La adscripción obligatoria a determinados turnos (fin de semana⁹⁵, tarde-noche⁹⁶) suele regularse de forma muy detallada, abordándose muy frecuentemente dos cuestiones: los descansos compensatorios obligatorios y las garantías para no repetir turnos de fin de semana, noche o festivos, y la exención de la adscripción obligatoria a determinados trabajadores por razones de edad⁹⁷.

Cuantificación del plus económico

Prácticamente en todos los convenios que regulan turnos de trabajo se aborda específicamente su remuneración, generalmente mediante un complemento salarial denominado «*Plus de Turnicidad*»⁹⁸. Y se suele hacer de dos maneras. Especificando, en primer lugar, concretamente una cantidad a tanto alzado por el ejercicio de un determinado turno, devengándose cada vez que se realice⁹⁹, con especificidades singulares adicionales para el turno de noche, y que se percibe o por cada vez que se realiza un turno singular, o en el abono del salario mensual¹⁰⁰, o implementando un porcentaje adicional al salario diario¹⁰¹. También es muy usual que se prevea una diferente remuneración entre los turnos en la semana laboral y los turnos en el fin de semana¹⁰².

⁹⁰ Artículo 13 CC Unidad Editorial (BOE 28.2.2018).

⁹¹ Artículo 15 XXV CC Mantenimiento y Montajes Industriales, SA. (BOE 30.11.2020).

⁹² Cláusula 6 CC Thales España GRP (BOE 11.7.2020). O «*por imperativo de las circunstancias*» como lo diseña el artículo 14 V CC Centrales Nucleares Almaraz-Trillo AIE. (BOE 11.2.2021).

⁹³ Artículo 8 CC Heineken España, SA. (BOE 2.12.2021).

⁹⁴ Siempre que ambos sean «*de su misma categoría y sección, autorizando dicho cambio su inmediato superior*», como lo hace el artículo 8 CC Heineken España, SA. (BOE 2.12.2021).

⁹⁵ Artículo 4.4 CC Compañía Levantina de Bebidas Gaseosas (BOE 29.6.2018).

⁹⁶ Artículo 14 CC Cegelec, SA. (BOE 12.4.2021).

⁹⁷ Así, por ejemplo, el artículo 21 CC Thyssenkrupp Elevadores (BOE 3.7.2021) prevé que «*quedarán exentos de realizar jornadas o turnos nocturnos, si así lo deciden, cuando: tenga menos de 20 años de edad o tengan más de 55 años de edad*».

⁹⁸ Artículo 25 CC Gelec (BOE 12.4.2021).

⁹⁹ Como lo hace el art.15 XIII CC Aceites del SurCoosur, SA. (BOE 23.11.2021), el artículo 37 CC Saint Gobain Cristalería (BOE 28.6.2018) y el artículo 81 CC CLH Aviación (BOE 26.4.2018).

¹⁰⁰ Como ocurre en el artículo 62 XVI CC ONCE y su personal (BOE 18.1.2018). También lo hacen así los arts. 32 VI CC Syntax Logística (BOE 20.12.2019) y 37 CC Autotransporte Turístico Español (BOE 27.9.2021).

¹⁰¹ Así lo hace el artículo 21 CC Thyssenkrupp Elevadores (BOE 3.7.2021).

¹⁰² Así, el artículo 4.5. CC Compañía Levantina de Bebidas Gaseosas (BOE 29.6.2018) remunera el turno del sábado en «*189 euros brutos*» mientras que el de domingo o festivo lo hace en «*216 euros brutos*».

Aunque no es usual, en algún convenio se ha previsto algún beneficio laboral concreto, como puede ser el «*derecho a plaza de garaje en el edificio*» donde esté ubicada la empresa cuando desarrollan el turno de noche¹⁰³.

El tiempo de espera

Un problema usual que los convenios regulan es la necesidad de permanecer en el turno hasta que acuda al puesto de trabajo el turnista del siguiente turno¹⁰⁴, previéndose muy frecuentemente la imposibilidad de abandonar el puesto de trabajo si no se garantiza la continuidad en el trabajo, generalmente en aquellos procesos productivos de ciclo constante. En estos casos es muy común que se prevea algún tipo de compensación al turnista que debe esperar al relevo, o bien devengándose el plus específico o bien compensándose con descanso alternativo. También se ha previsto que si el «*trabajador tuviera que realizar un turno doble para cubrir la jornada de otro compañero ausente, tendrá derecho al abono de la comida de ese día, percibiéndolo en la nómina del mismo mes*»¹⁰⁵. Muy interesante es la garantía de realizar un análisis médico de la salud de los turnistas nocturnos de cadencia «*cuatrimestral*» (artículo 23.5 II CC Unedisa Comunicaciones [BOE 24.4.2018]).

La especificidad que más usualmente se regula es el establecimiento de sistemas de rotación para que se garantice que los trabajadores no se adscriban permanentemente al turno de noche¹⁰⁶ o al de domingos y festivos determinadas semanas al año o al mes¹⁰⁷, y también aquella que regula salvaguardas adicionales por cambio de turno por necesidades del servicio¹⁰⁸.

La garantía formal que más se aborda en los convenios, sin ninguna duda, es la previa comunicación a los trabajadores de los turnos en los que tienen que desarrollar su labor antes de su comienzo. En algunos se exige, sin más concreciones, que se comuniquen los turnos «*con suficiente antelación*» o «*lo antes posible*»¹⁰⁹, aunque lo más común es que se concrete de manera detallada un plazo: «*con una antelación mínima de una semana a la fecha estableci-*

¹⁰³ Artículo 23 II CC Unedisa Comunicaciones (BOE 24.4.2018).

¹⁰⁴ Artículo 28 CC de Repsol Lubricantes y Especialidades (BOE 14.5.2018). También el prevé así el artículo 42 XVII CC de Petróleos del Norte (BOE 17.7.2018), y el artículo 29.2.2 VII CC de Repsol (BOE 17.7.2018).

¹⁰⁵ Artículo 29.2.2 VII CC de Repsol (BOE 17.7.2018).

¹⁰⁶ Llama la atención la garantía que establece el artículo 21 CC Thyssenkrupp Elevadores (BOE 3.7.2021) cuando dispone que «*no se mantendrá a ningún operario/a en horario nocturno más de 10 años consecutivos*».

¹⁰⁷ Artículo 15 CC de Kiabi España (BOE 28.10.2021).

¹⁰⁸ Artículo 42 XVII CC de Petróleos del Norte (BOE 17.7.2018).

¹⁰⁹ Como lo hace el artículo 29.2.2 VII CC de Repsol (BOE 17.7.2018).

da para el comienzo del trabajo»¹¹⁰, «con siete (7) días de antelación al inicio del mes planificado»¹¹¹, con 10 días¹¹², con 14¹¹³, con 15¹¹⁴, o incluso con un plazo mensual¹¹⁵.

La organización de los turnos suele quedar reflejada en un «calendario de turnos»¹¹⁶ o «cuadrante de turnos» al que se le da publicidad en la empresa exponiéndolo para que sea «conocido por todos los trabajadores del centro»¹¹⁷.

Muy usual es también que se informe a la representación de los trabajadores¹¹⁸ de los cuadrantes de turnos, previendo los convenios más avanzados la creación de una «comisión mixta» encargada de acordar los turnos y sus horarios y realizar un seguimiento de su cumplimiento¹¹⁹.

F) **Tiempos de descanso. Descansos intra-jornada. Descanso nocturno. Descanso semanal y festivos**

Antes de profundizar en las cláusulas más destacadas en la materia que nos ocupa, hay que señalar que la jornada de trabajo se ilustra como el elemento reflejo de la contraposición de intereses originada por el contrato de trabajo entre la persona trabajadora y la empresa. Lo anterior cobra mayor sentido si se tiene en cuenta que el factor temporal se eleva en el soporte sobre el que se calcula la cuantía salarial. Siguiendo esta lógica, la empresa pretenderá siempre un mayor rendimiento a través de la extensión del tiempo de trabajo más allá de su duración, mientras el trabajador perseguirá un mayor respeto a la duración de su jornada de trabajo. Al mismo tiempo, consagrar límites a la jornada de trabajo supone la consecución de la garantía de tiempos de no-trabajo, esto es, espacios temporales en los que la persona trabajadora pueda recuperarse del desgaste psicofísico que el trabajo produce¹²⁰. Entre los mecanismos dirigidos a hacer efectivo el descanso «necesario» y adecuado», el artículo 40.2 CE, además de

¹¹⁰ Cláusula 6 CC Thales España GRP (BOE 11.7.2020).

¹¹¹ Artículo 24 CC Supermercados Sabeco (BOE 6.10.2021).

¹¹² Artículo 4.6. CC Compañía Levantina de Bebidas Gaseosas (BOE 29.6.2018).

¹¹³ Artículo 23. c) CC Telefónica Servicios Audiovisuales (BOE 25.1.2018).

¹¹⁴ Artículos 38 CC de Uniprex (BOE 24.9.2021), y 15 CC Carlson Wagonlit España, SLU. (BOE 27.2.2020).

¹¹⁵ Artículo 14 CC Atlas, SA, Combustibles y Lubrificantes (BOE 16.11.2021).

¹¹⁶ Artículos 24 CC Saint Gobain PAM España (BOE 13.5.2020), y 23.d) CC Hertz de España, SL. (BOE 7.1.2020)

¹¹⁷ Artículo 21 CC de Fleet Care Services (BOE 12.6.2018).

¹¹⁸ Artículo 6.2.4. CC Nokia Spain (BOE 18.10.2021).

¹¹⁹ Artículo 24 CC Supermercados Sabeco (BOE 6.10.2021).

¹²⁰ LLORENS ESPADA, J.: «Los tiempos de disponibilidad, su cómputo como de trabajo efectivo y su regulación en la negociación colectiva», *Lan Harremanak*, n.º 44, 2020, p. 136.

mencionar las vacaciones periódicas retribuidas a las que también nos referiremos a lo largo de este capítulo, se refiere a la limitación de la jornada laboral. Con el mismo propósito, la Directiva 2003/88/CE ordena los períodos mínimos de descanso diario (artículo 3), semanal (artículo 4), anual (artículo 7), el período adecuado de la pausa (artículo 4), la duración máxima de la jornada semanal (artículo 6) y del trabajo nocturno (artículo 8) ¹²¹.

Al margen de los extremos relativos a la duración, la ordenación estatutaria sobre tiempo de trabajo también se ocupa de la regulación de los descansos perfilando normas dirigidas a configurar el régimen de los mismos y el momento en que deben disfrutarse. Es el artículo 37.1 ET el encargado de delimitar las reglas sobre la posibilidad de computar en periodos de hasta 14 días los descansos semanales y la obligación de que, como criterio general, su disfrute se extienda a la tarde del sábado o la mañana del lunes y el día completo del domingo ¹²². El referido artículo 37 ET comprende más de lo que la propia rubrica señala dejando, por el contrario, en el tintero un importante número de aspectos prácticos a los que no da respuesta. En este sentido, los pactos colectivos, las costumbres y la jurisprudencia confieren solución a las diversas problemáticas que pueden surgir ¹²³.

Complementando la referencia al artículo 37 ET, las previsiones contenidas en los artículos 34.3 ET, apartado primero, y 34.4 ET regulan los descansos a los que tiene derecho el trabajador dentro de la jornada (artículo 34.4 ET) y entre dos jornadas diferentes (artículo 34.3 ET, apartado primero), conocidos doctrinalmente como descansos «*intra-jornada*» e «*inter-jornadas*» ¹²⁴. En este sentido, el papel del convenio colectivo es de mejora de los contenidos legalmente establecidos en materia de descanso y clases de descanso, así como de retribución de los mismos, de modo que la ley embrida los posibles contenidos de la negociación colectiva ¹²⁵.

Así, con carácter general, la mayoría de los postulados convencionales limitan sus dictados a la reproducción del contenido del artículo 37 ET disponiendo que el descanso semanal será de dos días semanales en cómputo anual y coincidi-

¹²¹ ARETA MARTÍNEZ, M.: «El ámbito de aplicación del régimen sobre descansos alternativos regulado en el Estatuto Marco del Personal Estatutario», *Estudios*, vol. 21, n.º 1, 2011, p. 8.

¹²² ALFONSO MELLADO, C. L. y GARCÍA ORTEGA, J.: *Jornada y ordenación del tiempo de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 51.

¹²³ SEMPERE NAVARRO, A.: «Descanso semanal, fiestas y permisos», en *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Aranzadi, Navarra, 2010, pp. 423 y ss.

¹²⁴ NORES TORRES, L. E.: «Los descansos «*intra-jornada*» e «*inter-jornadas*», en *El tiempo de trabajo en la negociación colectiva*, Ministerio de Trabajo e Inmigraciones, Madrid, p. 103.

¹²⁵ RAMOS QUINTANA, M. I.: «Los descansos laborales», en *Tiempo de trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2007, p. 123.

rá con sábado y domingo. Normalmente, estos mismos convenios permiten la posibilidad de acumular los días de descanso tras la realización continuada de servicios durante un concreto número de días¹²⁶. La mayoría de los convenios colectivos recogen en su articulado preceptos que reafirman el disfrute de los descansos mínimos semanales y la imposibilidad de que estos puedan ser compensados económicamente¹²⁷. En cuanto a los trabajadores que en su jornada ordinaria tengan la obligatoriedad de trabajar en domingos y festivos, señalan los convenios colectivos que el descanso compensatorio se disfrutará en los términos del artículo 37 ET¹²⁸.

En lo que respecta el descanso semanal, determinados convenios colectivos hacen referencia a la necesidad de análisis de las opciones que permitan compaginar el efectivo descanso semanal de las personas trabajadoras con las necesidades organizativas. También resultan interesantes aquellos preceptos que ordenan el descanso de las personas trabajadoras que presten servicios en los centros de venta con apertura comercial garantizando el disfrute de seis fines de semana de descanso al año con el propósito de fomentar la conciliación de la vida laboral y personal¹²⁹. Respecto al descanso anual, no menos importantes son aquellas previsiones que disponen que las personas trabajadoras que no disfruten del descanso anual por causa a ellas imputables, excepto casos de incapacidad temporal, perderán todo derecho sobre los mismos¹³⁰.

Numerosos convenios colectivos se refieren al trabajo en domingos y festivos estableciendo que el mismo se compensará con un incremento del 100 por 100 sobre la hora ordinaria. La compensación podrá realizarse, según los convenios colectivos de empresa del muestrario, mediante descanso, retribución económica o un sistema mixto entre ambos¹³¹. Otros convenios colectivos, sin embargo, señalan que cuando la jornada semanal se desarrolla de lunes a viernes, se compensará el trabajo adicional prestado en sábado o domingo con un día y medio de descanso por día de trabajo, que se distribuirá del siguiente modo: un día de descanso dentro

¹²⁶ Esta idea viene reforzada por artículos como el artículo 26 II CC Vestas Eólica (BOE 20.11.2021), que establece que «El descanso semanal será de dos días semanales en cómputo anual, y coincidirá con carácter general con sábado y domingo. En cualquier caso, en materia de descanso se estará a lo previsto, en cuanto a la acumulación de descansos, en el artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores. De esta forma se podrán realizar servicios con un máximo de diez días continuados que acumularán dos días de descanso seguidos a continuación de los 10 días de trabajo seguidos. Todo ello sin perjuicio de las especialidades en materia de descanso semanal establecidas en el artículo 24.2». En un sentido similar, se pronuncia el artículo 32 CC Safety Kleen España (BOE 27.9.2021), artículo 59 III CC Ilunion Seguridad.

¹²⁷ A modo de ejemplo, véase el artículo 15 CC Atlas, SA, Combustibles y Lubrificantes (BOE 16.11.2021), que contempla que «En todo caso se garantiza el disfrute de los descansos mínimos semanales que, en ningún caso, podrán ser compensados económicamente».

¹²⁸ Artículo 29 X CC Supermercados Sabeco (BOE 6.10.2021).

¹²⁹ Artículo 20 II CC Lidl Supermercados (BOE 11.6.2021).

¹³⁰ Artículo 19 XI CC La Vanguardia Ediciones (BOE 8.5.2021).

¹³¹ Artículo 27 VI CC Consum Sociedad Cooperativa Valenciana (BOE 18.5.2021).

de la semana siguiente y el resto acumulado al período de vacaciones¹³². Siguiendo con la compensación del descanso, las jornadas durante los meses de verano serán compensadas con un cierto número de días de descanso a disfrutar durante el tiempo que dure la jornada de verano¹³³. Por último, hay que resaltar los convenios colectivos que contemplan un complemento por defecto de descanso cuando por razones de índole técnica, productiva o acumulación de trabajo no se pudiera hacer uso de los descansos concedidos al personal¹³⁴.

Respecto a los descansos establecidos entre jornada, los instrumentos convencionales establecen que cuando la jornada diaria tenga una duración determinada, existirá un descanso considerado como tiempo efectivo de trabajo¹³⁵. Aunque, frente a lo anterior, hay que indicar que también existen convenios colectivos que entienden que el descanso en las jornadas de duración continuada no se considera tiempo de trabajo efectivo¹³⁶. Hay que señalar, respecto a la regulación de los descansos intrajornada, que sigue siendo bastante común la regulación de la tradicionalmente denominada «pausa de bocadillo», es decir, el descanso establecido en una jornada diaria continuada superior a seis horas¹³⁷. Resultan bastante llamativas aquellas formulaciones que señala que el descanso en jornadas continuadas no será justificación de entrada tardía al puesto de trabajo ni salida anticipada¹³⁸.

Se hace también mención a la realización de inventarios y reuniones de empresa, que, en el caso de realizarse fuera de la jornada ordinaria, ese tiempo será compensado con tiempo libre en las fechas que de mutuo acuerdo se establezca entre empresario y persona trabajadora¹³⁹. Dentro de la regulación de los descansos, algunos convenios ordenan el horario incidiendo en el descanso con referencias acerca del tiempo de almuerzo o bocadillo, tiempo de comida para el personal de jornada partida y tiempo de higiene personal¹⁴⁰. En contra de la anterior formulación, encontramos preceptos que ordenan el trabajo a dos turnos, a tres turnos y a turnos en jornadas laborales,

¹³² Artículo 51 VII CC Diario ABC (BOE 27.2.2020).

¹³³ Artículo 38 CC Uniprex (BOE 24.9.2021).

¹³⁴ Artículo 18 CC Aceites del Sur-Coosur (BOE 23.11.2021).

¹³⁵ Artículo 34.3 IX CC Ilunion Outsourcing (BOE 15.10.2021).

¹³⁶ Artículo 30 CC Nunhems Spain (BOE 5.2.2021).

¹³⁷ Artículo 22 CC EDF Fenice Ibérica (BOE 13.5.2020).

¹³⁸ Artículo 20 VIII CC Decathlon España (BOE 1.9.2021).

¹³⁹ El artículo 16.5 III CC Cimodin (BOE 28.5.2021) consagra que «*La realización de los inventarios y reuniones de empresa estarán programados en el calendario laboral dentro de la jornada de las personas trabajadoras, si bien podrán realizarse fuera de la jornada ordinaria, en cuyo caso no tendrán carácter obligatorio, y en caso de asistencia voluntaria por parte de la persona trabajadora, la empresa compensará con tiempo libre el tiempo destinado a dicha reunión, en las fechas que de mutuo acuerdo se establezca entre ambas partes*».

¹⁴⁰ Artículo 26 CC Exide Technologies (BOE 20.10.2021).

donde los descansos «*se disfrutarán con carácter general al final de la jornada*»¹⁴¹. La creación de bolsas de horas en lo relativo a los descansos semanales suele ser consecuencia de los acuerdos alcanzados entre la representación legal de las personas trabajadoras y la dirección de la empresa o de los diferentes centros de trabajo¹⁴².

No hay que perder de vista aquellos días de libre disposición que los convenios colectivos establecen para las personas trabajadoras que presten servicios de forma habitual durante los seis días de la semana; los días de libre disposición serán proporcionales al tiempo trabajado durante el año natural y su fijación dependerá de aspectos organizativos de la empresa¹⁴³.

Por último, otros postulados conectan los días de disponibilidad con el descanso disponiendo que las personas trabajadoras que hayan estado a disposición de la empresa los festivos y opten por aumentar el período de vacaciones, serán compensados con un determinado número de días naturales de descanso¹⁴⁴.

G) Permisos retribuidos

El artículo 37 ET es un artículo que está envejeciendo mal, básicamente porque pretende regular demasiadas materias y lo hace con una técnica jurídica de «aluvión», que ni favorece su relojería interna ni respecta la ordenación de sus pretensiones. En él se mezclan, con una dialéctica ordenancista muy impropia del derecho laboral: permisos laborales retribuidos con auténticas reducciones de jornadas, descanso semanal con fiestas laborales.

Las cuestiones estéticas también encubren –desde Nietzsche lo sabemos– una perspectiva moral. Y lo jurídico no es extraño a esa circunstancia. Y lo laboral, lógicamente, tampoco. La dificultad de abordar la ordenación de estos permisos, retribuidos y no retribuidos, se acrecienta por la práctica convencional de abordar (prácticamente) siempre esta materia, pretenda implementar novedades significativas al respecto o, simplemente, reproducir, como ocurre la mayoría de las veces, las especificaciones legales. Por ello vamos a tratar únicamente los auténticos permisos retribuidos, siguiendo el orden del precepto, y de manera más abierta, lo que la práctica convencional denomina permisos no retribuidos, que en muchos casos no son más que reducción o suspensiones de jornada.

¹⁴¹ Artículo 6 CC Nokia Spain (18.10. 2021).

¹⁴² Artículo 19 CC Coviran (BOE 9.7.2021).

¹⁴³ Artículo 38 CC Bimbo Donuts Iberia (BOE 8.2.2019).

¹⁴⁴ Artículo 68 CC La Voz de Galicia (BOE 21.11.2019).

El primer propósito lo abordaremos siguiendo la dinámica del precepto estatutario, con el segundo seremos algo más abiertos, enumerando un puñado de supuestos significativos, curiosos o llamativos.

Matrimonio

Además de la tónica extensión del permiso por matrimonio a los supuestos de constitución de pareja de hecho¹⁴⁵, (solicitando o no la acreditación de su constitución¹⁴⁶), incluso para las no protocolizadas¹⁴⁷, las innovaciones más importantes en esta materia han sido dos.

En primer lugar, conceder más días que los estatutariamente previstos por matrimonio propio¹⁴⁸. Y, en segundo lugar, implementar un permiso por matrimonio (o constitución de pareja de hecho)¹⁴⁹ de algún familiar siempre por un día (o dos¹⁵⁰, o tres¹⁵¹, si se requiere desplazamiento)¹⁵²: «*de primer grado*»¹⁵³, «*padres*,

¹⁴⁵ Así, por ejemplo, sin ningún ánimo de exhaustividad, véanse los arts. 28 CC NCR España, SL. (BOE 25.11.2021), y 15 CC Heineken España, SA. (BOE 2.12.2021), y la cláusula 39 CC Thales España GRP, SAU. (Boe. 11.7.2020).

¹⁴⁶ Bien mediante certificado del «registro público» (artículo 35.1 Safety Kleen España, SA [BOE 27.9.2021]), o con una «certificación acreditativa» (artículo 22 II Convenio colectivo de Eltec It Services, SLU [BOE 17.9.2021]).

¹⁴⁷ Así el artículo 18 CC Caja Laboral Bancaseguros, SLU (BOE 28.10.2021) dispone que se equipara al matrimonio, «*el inicio de la convivencia de una persona trabajadora con otra persona de forma libre y pública, en una relación análoga a la conyugal, con independencia de su sexo, siendo mayor de edad o menor emancipada sin vínculo de parentesco por consanguinidad o adopción hasta el segundo grado, siempre que ninguna de ellas esté unida por un vínculo matrimonial o forme pareja estable con otra persona*».

En esta línea véase el artículo 30.b) Hertz de España, SL (BOE 7.1.2020) cuando permite el permiso por matrimonio para parejas que acrediten «*una convivencia.../... superior a seis meses*».

¹⁴⁸ 20 días: arts. 39.1 Philips Ibérica, SAU. (BOE 1.9.2021), 21. A).a) III Convenio colectivo de Coviran, SCA (BOE 9.7.2021), y Artículo 17 CC de European Air Transport Leipzig GmbH (BOE 15.5.2018). El artículo 28 CC NCR España, SL. (BOE 25.11.2021) «*20 días naturales y consecutivos*» pero solo a los trabajadores con «*una antigüedad superior a cinco años*». 18 días: arts. 60.a) III Convenio colectivo de Ilunion Seguridad, SA. (BOE 1.9.2021), y 9.11. Thyssenkrupp Elevadores, SLU, Madrid y Valencia. (BOE 3.7.2021). 17 días: artículo 19.1.a) CC Atlas, SA, Combustibles y Lubrificantes (BOE 16.11.2021), 28.1.a) CC Federación Farmacéutica, S. C. C. L. (BOE 22.3.2021), 23. a) CC de Primark Tiendas (BOE 4.9.2021) y 25.1.a) CC de Kiabi España (BOE 28.10.2021); 16 días: artículo 25.b) CC Kiabi España, KSCE, SA. (BOE 28.10.2021), artículo 12.1 CC de Autotransporte Turístico Español, SA (BOE 27.9.2021), 23.a) CC Primark Tiendas, SLU (BOE 4.9.2021), y 16 CC Viajes Ecuador, SA. (Boe. 6.1.2021). Un «*día adicional*» al regulado en el ET: artículo 29 II Convenio colectivo de Vestas Eólica, SAU (BOE 20.11.2021). El artículo 24.a) CC Fundación Bancaria Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona «La Caixa». (BOE 6.5.2021) prevé 20 días para el primer matrimonio y 15 días para el Segundo.

¹⁴⁹ Artículo 65.c) CC La Voz de Galicia (BOE 21.11.2019).

¹⁵⁰ Artículo 10.1.b) XXIV CC Nokia Spain, SA (BOE 15.11.2021). A más de 200 km prevé el artículo 35.1 Safety Kleen España, SA. (BOE 27.9.2021). A más de 300 km prevé el artículo 29.1.e) VI Convenio colectivo de Consum, Sociedad Cooperativa Valenciana (BOE 18.5.2021).

¹⁵¹ Artículo 35.1 Safety Kleen España, SA. (BOE 27.9.2021).

¹⁵² El Artículo 47.2.d) VII CC de Repsol (BOE 17.7.2018) prevé «*un día más si el acontecimiento tiene lugar fuera de las provincias limítrofes*».

¹⁵³ Entre otros muchos véase el artículo 19.7 CC Aldeas Infantiles SOS de España (BOE 7.9.2020).

*madres*¹⁵⁴, *«hijo»*¹⁵⁵, *«hijastros»*¹⁵⁶, o *«de segundo grado»*¹⁵⁷, *«hermanos/as»*¹⁵⁸, *«cuñados/as»*¹⁵⁹, *«abuelos y nietos»*¹⁶⁰, *«padres políticos»*¹⁶¹ y *«hermanos políticos»*¹⁶².

En relación con la duplicación del permiso se ha previsto para las parejas de hecho que no pueden disfrutar del *«permiso por matrimonio si han disfrutado anteriormente del permiso correspondiente por la constitución de pareja de hecho»*¹⁶³. Con propósito similar en otros convenios se limita un nuevo segundo permiso (por matrimonio o por constitución de parejas de hecho) si no ha pasado un volumen de años: 3¹⁶⁴, 5¹⁶⁵, o 6 años¹⁶⁶, previéndose en alguno de ellos (el que limita a cinco años) la excepción de *«defunción de la pareja»*.

Como garantía adicional se ha previsto en algún convenio que si la boda *«se celebrase dentro del periodo oficial de vacaciones, este permiso se concederá antes o después de dicho periodo»*¹⁶⁷.

No ha sido común las referencias religiosas a los matrimonios, por eso llama la atención la atención que algún convenio recuerde que el matrimonio puede ser *«civil o religioso»*¹⁶⁸, que se puede celebrar *«bajo cualquier confesión religiosa»*¹⁶⁹, *«bajo cualquier creencia»*¹⁷⁰, o más sencillamente, que

¹⁵⁴ Artículos 25 XIII CC Aceites del SurCoosur, SA (BOE 23.11.2021). 25 II Convenio colectivo de Enersur Siglo 21, SL. (BOE 15.11.2021).

¹⁵⁵ Artículo 19.1.b) CC Atlas, SA, Combustibles y Lubrificantes (BOE 16.11.2021)

¹⁵⁶ Artículo 30. A.7. Convenio colectivo de Renault España, SA (BOE 15.9.2021).

¹⁵⁷ Artículos 33 X Convenio colectivo de Supermercados Sabeco, SAU (BOE 6.10.2021); 29.1.1. III Convenio colectivo de Kutxabank, SA (BOE 27.9.2021), y 29.1.f). II CC Comisión Española de Ayuda al Refugiado (BOE 17.9.2021).

¹⁵⁸ Artículo 15 CC Heineken España, SA. (BOE 2.12.2021), y artículo 28.j) CC NCR España, SL. (BOE 25.11.2021).

¹⁵⁹ Artículo 30.7 CC Placas de Piezas y Componentes de Recambio, SAU (BOE 6.10.2021). También el artículo 18.i) XV CC Schweppes, SA. (BOE 19.1.2021).

¹⁶⁰ Artículo 41.e) CC Ilunion Outsourcing, SA (BOE 15.10.2021).

¹⁶¹ Artículo 78 CC Exide Technologies (BOE 20.10.2021).

¹⁶² Artículo 47 Claved, SA. (BOE 27.2.2020). También el artículo 19.1 SD 2000 SL (BOE 14.3.2014).

¹⁶³ Artículo 10.1.b) XXIV CC Nokia Spain, SA (BOE 15.11.2021). Más categórico es el artículo 13.1 Capital Genetic EBT, SL (BOE 17.9.2021) cuando dispone que *«Los trabajadores que hayan disfrutado del permiso de matrimonio por inscripción no podrán disfrutarlo a su vez para esa misma unión por matrimonio civil o eclesiástico»*. En la misma línea véase el artículo 27.1 CC Euro Depot España, SAU (BOE 1.9.2021). Véase también el artículo 29.1.a) VI Convenio colectivo de Consum, Sociedad Cooperativa Valenciana (BOE 18.5.2021), y el artículo 16 CC Viajes Ecuador, SA. (BOE 6.1.2021).

¹⁶⁴ Artículo 19.1 SD 2000 SL (BOE 14.3.2014)

¹⁶⁵ Artículo 18 CC Caja Laboral Bancaseguros, SLU (BOE 28.10.2021).

¹⁶⁶ Artículo 10.1.b) XXIV CC Nokia Spain, SA (BOE 15.11.2021)

¹⁶⁷ Artículo 25 XIII CC Aceites del SurCoosur, SA (BOE 23.11.2021). El artículo 44.e) CC Santa Bárbara Sistemas, SA (BOE 27.2.2020) prevé que ambos permisos sean acumulables.

¹⁶⁸ Artículo 28. B).a). CC ESC Servicios Generales (BOE 4.4.2018).

¹⁶⁹ Artículo 14.a) III CC Enercon Windenergy Spain, SL (BOE 23.11.2020).

¹⁷⁰ Artículo 27. a) VIII Convenio colectivo de Decathlon España, SA (BOE 1.9.2021).

puede celebrarse bajo «*cualquiera de las formas legalmente reconocidas en España*»¹⁷¹.

Fallecimiento, accidente o enfermedad de parientes.

Lo más usual en la negociación colectiva ha sido, o bien especificar días adicional por las circunstancias estatutarias (3¹⁷², 4¹⁷³, 5¹⁷⁴ ó 7¹⁷⁵ días, o sustitución de los dos estatutario por «*4 medias jornadas consecutivas*»¹⁷⁶) o bien organizar cómo se cuantifica la mención al «*desplazamiento*»: 70 km¹⁷⁷, 100 km¹⁷⁸, 150 km¹⁷⁹, 180 km¹⁸⁰, 200 km¹⁸¹, 300 km¹⁸², o 350 km¹⁸³.

¹⁷¹ Artículo 43 CC Bimbo Donuts Iberia (BOE 8.2.2019).

¹⁷² Artículos 19.1.b) CC Atlas, SA, Combustibles y Lubrificantes (BOE 16.11.2021), 29.1.c) II CC Comisión Española de Ayuda al Refugiado (BOE 17.9.2021), 23.b) CC Primark Tiendas, SLU (BOE 4.9.2021), 39.3 Philips Ibérica, SAU. (BOE 1.9.2021), 21. A).b) III Convenio colectivo de Cimodin, SL (BOE 28.5.2021), 10.2. CC de Centro Farmacéutico (BOE 18.7.2019), 24.b) CC Fundación Bancaria Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona «La Caixa». (BOE 6.5.2021), 10.2. Centro Farmacéutico, SL (BOE 19.6.2020), 21.c) CC de IMS Health (BOE 7.11.2019), 7.1.b) CC Compañía Asturiana de Bebidas Gaseosas (BOE 20.1.2020), y 18.c) XV CC de Schweppes (BOE 19.1.2021).

El artículo 18 CC Caja Laboral Bancaseguros, SLU (BOE 28.10.2021) concede 3 días para parientes de primer grado y 2 para el resto de parientes.

Y el artículo 27.1 CC Euro Depot España, SAU (BOE 1.9.2021) prevé «*un tercer día adicional en caso de que la enfermedad grave requiera de un ingreso hospitalario previo o de un tratamiento posoperatorio de duración superior a 12 horas*».

¹⁷³ Artículo 29.f) Convenio colectivo de Vestas Eólica, SAU (BOE 20.11.2021). Sólo si el traslado es «fuera de su Comunidad Autónoma de Residencia»: artículo 27.1 CC Euro Depot España, SAU (BOE 1.9.2021).

¹⁷⁴ Artículos 20.b) CC Carlson Wagonlit España (BOE 14.2.2020), y 30.1.b) CC de Uniprex (BOE 24.9.2021).

Suele preverse estos cinco días pero sólo para el supuesto de que exista desplazamiento: arts. 33. D X Convenio colectivo de Supermercados Sabeco, SAU (BOE 6.10.2021), 23.b) CC Primark Tiendas, SLU (BOE 4.9.2021), 39.3 Philips Ibérica, SAU. (BOE 1.9.2021), 19.5 CC Aldeas Infantiles SOS de España (BOE 7.9.2020), 18 CC Caja Laboral Bancaseguros, SLU (BOE 1.8.2020), 27.c) VIII CC Decathlon España (BOE 1.9.2021), 25.2. VI CC Sintas Logística (BOE 20.12.2019), y 33.1 II CC de Volkswagen Group España Distribución (BOE 6.6.2018).

El Artículo 18.h) XV CC de Schweppes (BOE 19.1.2021) prevé 5 días para familiares de 1.ª grado y 4 para familiares de 2.ª grado.

¹⁷⁵ Artículo 30.b) Hertz de España, SL (BOE 7.1.2020). Sólo si el hecho causante se produce fuera de la provincia: artículo 18.c) XV CC Schweppes, SA. (BOE 19.1.2021), o fuera del país: artículo 27.d) VIII CC Decathlon España (BOE 1.9.2021).

¹⁷⁶ Artículo 18 CC Caja Laboral Bancaseguros, SLU (BOE 28.10.2021).

¹⁷⁷ Artículo 16 CC Viajes Ecuador, SA. (BOE. 6.1.2021).

¹⁷⁸ Artículo 24.b) CC Fundación Bancaria Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona «La Caixa». (BOE 6.5.2021), y Artículo 21. A).f) CC Coviran (BOE 9.7.2021).

¹⁷⁹ Artículo 29.f) Convenio colectivo de Vestas Eólica, SAU (BOE 20.11.2021).

¹⁸⁰ Artículo 29.1.c). II CC Comisión Española de Ayuda al Refugiado (BOE 17.9.2021).

¹⁸¹ Artículos 18 CC Caja Laboral Bancaseguros, SLU (BOE 28.10.2021), 30.1.b) II Convenio colectivo de BT Global ICT Business Spain, SLU. (BOE 6.9.2021), 14.b) III CC Enercon Windenergy Spain, SL. (BOE 23.11.2020), 27.b). CC Cor Outsourcing, SL (BOE 15.7.2020), y Artículo 28.b) VII CC Constant Servicios Empresariales (BOE 31.5.2018).

¹⁸² Artículos 33. D X Convenio colectivo de Supermercados Sabeco, SAU (BOE 6.10.2021), y 30.1.b) CC Uniprex, SAU. (BOE 24.9.2021).

¹⁸³ Artículo 11 CC Hermandad Farmacéutica del Mediterráneo (BOE 14.10.2021).

En algún convenio se ha previsto el traslado «*fuera de su provincia o isla de residencia*»¹⁸⁴. Y en otros se ha previsto el desplazamiento al «*extranjero*» para el cuidado de pariente, pudiendo en estos casos «*acumular estos días de licencia a las vacaciones planificadas*»¹⁸⁵.

Únicamente para el supuesto de hospitalización se ha previsto la concesión de un «*permiso retribuido adicional por otros dos días laborables*» por «*una sola vez*» cuando «*se produzca una hospitalización de treinta días consecutivos*»¹⁸⁶. En otros convenios, por esta misma causa, se conceden 5 días¹⁸⁷, y en otros se organiza cuándo pueden disfrutarse: «*dentro de los siete días desde el hecho causante*»¹⁸⁸.

La mención al reposo domiciliario tras intervención quirúrgica de familiar encuentra una peculiar forma de su organización «*en días alternos*»¹⁸⁹.

Traslado del domicilio habitual

Convencionalmente se ha mejorado la mención estatutaria previendo 2 días¹⁹⁰ (o «*un día o dos medias jornadas*»¹⁹¹), a veces condicionándolo esos dos días al «*cambio de localidad*»¹⁹² o a que «*el traslado implique cambio de residencia con mudanza de enseres*»¹⁹³, o que el traslado al nuevo domicilio sea a localidad distante 200 kilómetros¹⁹⁴, o 350 kilómetros¹⁹⁵.

También se ha previsto que sean 3 días¹⁹⁶, y en algún convenio se ha previsto 2 días para la misma localidad, «*y tres si el cambio de domicilio conlleva un cambio de localidad*»¹⁹⁷.

¹⁸⁴ Artículo 27. c) VIII Convenio colectivo de Decathlon España, SA (BOE 1.9.2021).

¹⁸⁵ Artículo 23.b) CC Primark Tiendas, SLU (BOE 4.9.2021). También lo prevé el artículo 45 CC DE Bimbo Donuts Iberia (BOE 8.2.2019) y el CC de Babé y Cía., SL. (BOE 21.11.2021).

¹⁸⁶ Artículo 10.2.i) XXIV CC Nokia Spain, SA (BOE 15.11.2021).

¹⁸⁷ Artículo 30.1.b) CC Uniprex, SAU. (BOE 24.9.2021).

¹⁸⁸ Artículo 41.b) CC Ilunion Outsourcing, SA (BOE 15.10.2021).

¹⁸⁹ Artículo 35.4 Safety Kleen España, SA. (BOE 27.9.2021).

¹⁹⁰ Artículos 15 CC Heineken España, SA. (BOE 2.12.2021); 25.g) CC Kiabi España, KSCE, SA. (BOE 28.10.2021); 41.c) CC Ilunion Outsourcing, SA (BOE 15.10.2021); 30.1.c) CC Uniprex, SAU. (BOE 24.9.2021); 23.c) CC Primark Tiendas, SLU (BOE 4.9.2021); 21. A).g) III Convenio colectivo de Coviran, SCA. (BOE 9.7.2021); 9.7. Thyssenkrupp Elevadores, SLU, Madrid y Valencia. (BOE 3.7.2021); 18.j) XV CC Schweppes, SA. (BOE 19.1.2021); 45.1.f) III CC Grupo Enagás. (BOE 6.10.2020) y 20. C) CC Fernando Buil, SA. (BOE 16.9.2020).

¹⁹¹ Artículo 29.b) VI Convenio colectivo de Consum, Sociedad Cooperativa Valenciana (BOE 18.5.2021).

¹⁹² Artículo 34.c) CC Aldeas Infantiles SOS de España (BOE 7.9.20220).

¹⁹³ Artículo 19.6. CC Dealz España, SL (BOE 14.8.2020).

¹⁹⁴ Cláusula 42 CC Thales España GRP, SAU. (BOE 11.7.2020).

¹⁹⁵ Artículo 11 CC Hermandad Farmacéutica del Mediterráneo (BOE 14.10.2021).

¹⁹⁶ Artículos 25 XIII Convenio colectivo de Aceites del SurCoosur, SA. (BOE 23.11.2021); 25 II Convenio colectivo de Enersur Siglo 21, SL. (BOE 15.11.2021); 25 XIII CC Aceites del Sur-Coosur (BOE 23.11.2021) y 33.c) CC de CLH Aviación (BOE 26.4.2018).

¹⁹⁷ Artículo 24.e) CC Fundación Bancaria Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona «La Caixa». (BOE 6.5.2021).

En ocasiones se ha imposibilitado su acumulación con la «licencia por matrimonio»¹⁹⁸, y en otros, curiosamente, sí se ha consentido¹⁹⁹.

No ha sido común exigir la acreditación del traslado de domicilio, aunque en tres convenios se ha previsto: que se acredite el traslado «*de forma clara (factura empresa de mudanza, certificado de empadronamiento, contrato compraventa o alquiler)*»²⁰⁰, «*exigiéndose la documentación que acredite el cambio de domicilio*»²⁰¹ y obligando al trabajador a comunicar «*el nuevo domicilio al Departamento de RRHH*»²⁰².

Cumplimiento de un deber inexcusable

Muy pocos convenios regulan las situaciones que se incluyen en el concepto de deber inexcusable, extralimitándose en ocasiones en dicha apreciación. Así se ha considerado tal el tiempo «*que corresponda al invertido en denuncias derivadas del cumplimiento del servicio*»²⁰³.

El artículo 29.1.e). II CC Comisión Española de Ayuda al Refugiado (BOE 17.9.2021) es el convenio, de los que hemos analizados, que con más detalle incluye en este concepto determinadas situaciones: «*Expedición y renovación del documento nacional de identidad, permiso de residencia y trabajo, carné de conducir, pasaporte y certificados, registro de organismos oficiales. Citaciones de juzgado, comisarías, gobiernos civiles o similares. El tiempo imprescindible para asistir a consulta médica en la jornada laboral, dependiendo de la duración y relevancia de la consulta o prueba médica, para la persona trabajadora o familiares hasta primer grado de consanguinidad o afinidad, siempre que sea en el sistema público o centros concertados con éste. Para atender los daños producidos por catástrofes, reconocidas oficialmente mediante entidad funcionalmente competente, en los bienes inmuebles que constituyan la vivienda habitual de las personas trabajadoras de CEAR*»²⁰⁴. Curiosamente esas mismas circunstancias están excluidas expresamente en otros

¹⁹⁸ Artículo 23.1.e) CC Accepta Servicios Integrales, SLU (BOE 30.7.2020).

¹⁹⁹ Artículo 60 III Convenio colectivo de Ilunion Seguridad, SA. (BOE 1.9.2021).

²⁰⁰ Artículo 31.1.d) CC Frit Ravich, SL (BOE 13.5.2021).

²⁰¹ Artículo 29 VI CC de Patentes Talgo (BOE 12.1.2017).

²⁰² Artículo 20.5 XI CC La Vanguardia Ediciones, SL. (BOE 8.5.2021).

²⁰³ Artículo 41.d) CC Ilunion Outsourcing, SA (BOE 15.10.2021).

²⁰⁴ Por su parte el artículo 9.12. Thyssenkrupp Elevadores, SLU, Madrid y Valencia. (BOE 3.7.2021) considera incluíble en este concepto: «*1. La asistencia a tribunales y comisarías previa citación. 2. Asistencia a tribunales de exámenes y oposiciones con nombramiento del órgano convocante. 3. Renovación del documento nacional de identidad, permiso de residencia y permiso de conducir*».

El artículo 32 CC de Agencia Servicio Mensajería (BOE 6.3.2018) prevé: «*comparecencia personal y obligatoria del trabajador ante un Organismo Público o Autoridad a instancias de ésta*».

convenios²⁰⁵. En el artículo 33.1 II CC de Volkswagen Group España Distribución (BOE 6.6.2018) se dispone: «*A título ilustrativo: obligación de comparecer ante los órganos de la jurisdicción, renovación de DNI, NIE y/o Pasaporte*».

En alguno otro se ha dispuesto que el permiso laboral sólo puede darse si la necesidad «*se produce necesariamente en horas laborables*» por lo que «*si aquel deber puede cumplirse fuera de tal horario, no tiene razón de ser la ausencia regulada en este convenio*»²⁰⁶. En otros se estable alguna cautela en cuanto a su formalización²⁰⁷.

También ha sido común la exigencia de acreditar efectivamente el acudimiento a la realización del deber inexcusable²⁰⁸.

Realización de funciones sindicales

Tampoco ha sido muy común que los permisos relacionados con las funciones sindicales o de representación se hayan desarrollado por las normas convenciones. Sí es cierto, como ocurre con otros permisos retribuidos, que es usual que los convenios reproduzcan textualmente la mención prevista en el ET²⁰⁹, pero no lo es tanto que introduzcan matizaciones o especificidades. Y cuando lo han hecho ha sido para exigir la aportación de la «*documentación acreditativa de la realización de dicha función*»²¹⁰ en una práctica de más que dudosa legalidad.

Interesante es la previsión que contiene el artículo 45.1.h) III CC Grupo Enagás. (BOE 6.10.2020) cuando prevé que «*el permiso para realizar funciones sindicales o de representación del personal que coincida con fin de semana o con el turno de tarde o noche, se preavisará con 48 horas de antelación, salvo causa justificada, al objeto de que la Empresa pueda disponer la oportuna sustitución*». La finalidad de evitar perjuicios a la empresa proviniendo la sustitución del representante se considera legítima y no parece que pueda coartar, cercenar o limitar el ejercicio de las facultades que se relacionan con el derecho a la libertad sindical.

²⁰⁵ Artículo 29 VI CC de Patentes Talgo (BOE 12.1.2017) «*No tendrán tal consideración los permisos que se soliciten para asistencia ante la Inspección de Hacienda u otros organismos de la Administración Pública, o para expediciones del D. N. I., Permiso de Conducir, Permiso de Trabajo, Permiso de Residencia o Pasaporte, a excepción de que éstos sean requerido por la empresa por motivos de trabajo*».

²⁰⁶ Artículo 19.e) CC Atlas, SA, Combustibles y Lubrificantes (BOE 16.11.2021).

²⁰⁷ El artículo 58.i) CC EDF Fenice Ibérica, SLU (BOE 13.5.2020) prevé que «*En caso de tratarse de citaciones ante órganos judiciales el permiso será retribuido únicamente cuando el trabajador sea citado judicialmente, debiendo de ser acreditada la asistencia al Acto Judicial*».

²⁰⁸ Artículo 61.g) III CC Corporación de Radio Televisión Española, S. M. E., SA (BOE 22.12.2021).

²⁰⁹ Dentro de las de este grupo algún convenio menciona expresamente a la LOLS. Así, por ejemplo, el artículo 35.12 Safety Kleen España, SA. (BOE 27.9.2021).

²¹⁰ Artículo 11.9 CC Hermandad Farmacéutica del Mediterráneo (BOE 14.10.2021).

Exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto

Más allá de la mención, no se sabe muy bien por qué, a las parejas de hecho como beneficiarias del permiso²¹¹, la regulación convencional de este permiso se ha dirigido en dos direcciones. En primer lugar, en exigir a los beneficiarios que se aporte el justificante el «*certificado de asistencia*» a los cursos²¹². Y, en segundo lugar, que se acredite la necesidad de que la realización de los cursos tiene que se precisamente dentro de la jornada de trabajo²¹³, o, en su defecto, que se acredite que los cursos «*no puedan realizarse fuera de la jornada de trabajo*»²¹⁴.

En algunos otros se ha previsto la exigencia de que se preavise la fecha de realización de los cursos²¹⁵, imponiéndose en algunos otros para los trabajadores con «jornada continuada» que opten «por los horarios de las clases opuestas a su jornada»²¹⁶.

Ausencia por cuidado del lactante

Lo más común en esta materia no ha sido, como quizá fuera previsible, la ampliación de la hora de ausencia al trabajo, sino la forma de implementar la acumulación de dicha hora por jornadas completas. A ello invitaba la dinámica normativa, previéndose la acumulación en 13²¹⁷, 14²¹⁸ 15²¹⁹ y 16 días²²⁰.

Ausencia por nacimientos prematuros

La hora prevista en el precepto estatutario no ha sido mejorada frecuentemente por la negociación colectiva. Sí es cierto que en algún convenio se ha

²¹¹ Así, por ejemplo, los arts. 19.g) CC Atlas, SA, Combustibles y Lubrificantes (BOE 16.11.2021), 41.i) CC Ilunion Outsourcing, SA (BOE 15.10.2021)

²¹² Artículos 25.f) CC Kiabi España, KSCE, SA. (BOE 28.10.2021); 29.g) VI Convenio colectivo de Consum, Sociedad Cooperativa Valenciana (BOE 18.5.2021), y 25.f) CC de Kiabi España (BOE núm. 258, 28 de octubre de 2021).

²¹³ Artículos 29.1.2. II CC Comisión Española de Ayuda al Refugiado (BOE 17.9.2021); 16 Capital Genetic EBT, SL. (BOE. 17.9.2021); 60.1) III Convenio colectivo de Ilunion Seguridad, SA. (BOE 1.9.2021); 19.9 CC Dealz España, SL (BOE 14.8.2020); 26. A) CC Prosegur Soluciones y sus trabajadores (BOE 11.6.2018); 39.2 CC Activa Innovación y Servicios (BOE 19.1.2018).

²¹⁴ Artículo 14.f) III CC Enercon Windenergy Spain, SL. (BOE. 23.11.2020).

²¹⁵ Artículo 29.1.2. II CC Comisión Española de Ayuda al Refugiado (BOE 17.9.2021).

²¹⁶ Artículo 36.7. II CC Lidl Supermercados, SAU. (BOE. 11.6.2021).

²¹⁷ Artículo 31.3 CC Frit Ravich, SL (BOE 13.5.2021) «*dicha acumulación se traducirá en un permiso retribuido de trece días laborables con la misma finalidad, a disfrutar de forma ininterrumpida a continuación del alta por maternidad*». También véase el artículo 33.i) CC Nunhems Spain, SAU (BOE 5.2.2021).

²¹⁸ Artículos 28 CC de Euro Depot España (BOE 1.9.2021) y 18 CC Caja Laboral Bancaseguros (BOE 28.10.2021).

²¹⁹ Artículo 25.bis. VI CC Sintas Logística (BOE 20.12.2019).

²²⁰ Artículo 21.2 CC Coviran (BOE 9.7.2021).

previsto que sean «*dos horas*»²²¹ mientras que en otro se ha especificado que la ausencia al trabajo lo será «*mientras dure la hospitalización*»²²². Poca sustantividad para una cuestión tan sensible.

Violencia de género

Llama bastante la atención, sobre todo porque han pasado ya mucho tiempo y la sociedad se encuentra fuertemente concienciada, que las menciones convencionales a la violencia de género no hayan tenido sustantividad propia, contentándose con reproducir las menciones especificadas en el ET. A lo más que se ha llegado en algún convenio ha sido a entender que se podía acceder a permisos laborales no retribuido sin antigüedad si se era víctima de violencia de género²²³.

Permisos laborales no retribuidos

Dentro del concepto de permisos no retribuidos se aglomeran heterogéneos supuestos de difícil agrupación a parámetros comunes. La negociación colectiva es rica en este sentido. Como ejemplos de esa viveza vamos a exponer, como si de una cata de un producto gastronómico se tratase, únicamente el ejemplo, aunque hay muchos más²²⁴, de los permisos no retribuidos sin

²²¹ Como ocurre en los arts. 28. A) CC ESC Servicios Generales (BOE 4.4.2018), y 26. A) CC Prosegur Soluciones y sus trabajadores (BOE 11.6.2018).

²²² Artículo 39.2 CC Activa Innovación y Servicios (BOE 19.1.2018).

²²³ En el artículo 16 V Convenio colectivo de Centrales Nucleares Almaraz-Trillo AIE (BOE 11.2.2021) al hilo de las cuestiones de violencia de género se menciona a las «*víctimas del terrorismo*».

²²⁴ Como curiosidades podemos citar: el artículo 54 Philips Ibérica, SAU. (BOE 1.9.2021) para la realización (4 horas mensuales máximo) de funciones de voluntariado; el artículo 9.2. Thyssenkrupp Elevadores, SLU, Madrid y Valencia. (BOE 3.7.2021) de dos días hábiles por divorcio o separación; o el tiempo necesario para «*la gestión o tramitación de documentos oficiales, tales como DNI, pasaporte, carné de conducir, documentos de extranjería*» por el tiempo imprescindible: artículo 31.2.a) CC Frit Ravich, SL (BOE 13.5.2021).

Muy interesante es también el permiso de tres días para «*asistir*» (apréciese que no dice «*someterse*» por lo que puede dar juego a su utilización por el progenitor distinto de la madre) al tratamiento en técnicas de reproducción asistida: artículo 45 Safety Kleen España, SA. (BOE 27.9.2021). También lo prevé, aunque «*no retribuido*» el artículo 35 CC Aldeas Infantiles SOS de España (BOE 7.9.20220)

Se deja fuera el muy problemático, en todos los sentidos, permiso por consulta médica en horas de trabajo, propia del trabajador [arts. 36 Safety Kleen España, SA. (BOE 27.9.2021), 23.h) CC Primark Tiendas, SLU (BOE 4.9.2021), 36. B).2. II CC Lidl Supermercados, SAU. (BOE. 11.6.2021), 39.4 Philips Ibérica, SAU. (BOE 1.9.2021) y 60.k) III Convenio colectivo de Ilunion Seguridad, SA. (BOE 1.9.2021)], de cónyuge [artículo 10.2.n) XXIV CC Nokia Spain, SA (BOE 15.11.2021)], descendientes [artículo 10.2.o) XXIV CC Nokia Spain, SA (BOE 15.11.2021), y 21. A).j) III Convenio colectivo de Coviran, SCA (BOE 9.7.2021)] o más sencillamente familiares [Artículos 21. B) III Convenio colectivo de Cimodin, SL (BOE 28.5.2021), 30.2.11 Convenio colectivo de Renault España, SA (BOE 15.9.2021), CC de Cegelec, SA (BOE 12.4.2021), y 21. A).n) III Convenio colectivo de Coviran, SCA (BOE 9.7.2021)], básicamente por requerir un estudio monográfico que analice las dos cuestiones esenciales: si el permiso es remunerado

causa. Los llamados «*días de convenio*», días por asuntos propios, bolsa de días por asuntos propios, por necesidades particulares, o permisos sin causa. Es común que la negociación contemple supuestos de no acudimiento al trabajo, a veces de duración más cercana a la suspensión contractual o la excedencia que al permiso laboral retribuido, aunque su tratamiento es muy heterogéneo.

Su duración es tremendamente variable. A veces se organiza determinados días máximos: desde 1 día al año²²⁵, hasta un año sin cotización²²⁶, pasando por plazos más moderados: hasta 5 días al año²²⁷ (acumulables o no acumulables²²⁸ con el inicio y/o finalización de vacaciones o puentes o festivos), 2 días²²⁹, 3 días²³⁰, 15 días²³¹, 30 días²³², 40 días²³³, y en otras ocasiones se prevé una horquilla en la que disfrutar el permiso: «*no inferior a cinco días ni superior a seis meses*»²³⁴, o de duración «*mínima de 1 semana (7 días naturales) y máxima de 1 mes*»²³⁵.

Generalmente la exigencia es que se disfruten «*por días completos*»²³⁶, aunque no faltan fórmulas imaginativas: «*dos medias jornadas*»²³⁷ o «*Cuatro (4) medias jornadas anuales*»²³⁸, o pudiendo fraccionar lo días²³⁹, u 16²⁴⁰, o 10²⁴¹, 8 horas al año²⁴². A veces se regula cada cuando tiempo se puede so-

o debe recuperarse las horas dejadas de trabajar, y si se tiene que prevavisar y justificar posteriormente y cómo.

²²⁵ Artículo 29.3) Convenio colectivo de Vestas Eólica, SAU (BOE 20.11.2021).

²²⁶ Artículo 18 CC Atlas, SA, Combustibles y Lubrificantes (BOE 16.11.2021).

²²⁷ Artículos 30.1.i) CC Uniprex, SAU. (BOE 24.9.2021), 19 CC Caja Laboral Bancaseguros, SLU (BOE 28.10.2021), 39.7 Philips Ibérica, SAU. (BOE 1.9.2021), y 44.k) CC Santa Bárbara Sistemas, SA (BOE 27.2.2020).

²²⁸ Artículo 38 CC III Convenio colectivo de Bofrost, SAU (BOE 28.12.2021).

²²⁹ Artículos 36. B).4. II CC Lidl Supermercados, SAU. (Boe. 11.6.2021), y 20.1. CC Carlson Wagonlit España (BOE 14.2.2020).

²³⁰ Artículos 48 VII CC de Repsol (BOE 17.7.2018) y 15.2 del V Convenio colectivo de Centrales Nucleares Almaraz-Trillo AIE (BOE 11.2.2021)

²³¹ Artículos 28.1 VIII Convenio colectivo de Decathlon España, SA (BOE 1.9.2021), y 20 CC Fernando Buil, SA.(BOE 16.9.2020).

²³² Artículo 26.a) CC Kiabi España, KSCE, SA. (BOE 28.10.2021), artículo 34 X Convenio colectivo de Supermercados Sabeco, SAU (BOE 6.10.2021), artículo 11 XXIV CC Nokia Spain, SA (BOE 15.11.2021), artículo 12.2 CC de Autotransporte Turístico Español, SA (BOE 27.9.2021) y artículo 29.2.1. II CC Comisión Española de Ayuda al Refugiado (BOE 17.9.2021).

²³³ Artículo 43 CC Ilunion Outsourcing, SA (BOE 15.10.2021).

²³⁴ Artículo 23 CC Fundación Bancaria Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona «La Caixa». (BOE 6.5.2021).

²³⁵ Artículo 31 II Convenio colectivo de BT Global ICT Business Spain, SLU. (BOE 6.9.2021)

²³⁶ Entre otros muchos véase, por ejemplo, el artículo 15.2 del V Convenio colectivo de Centrales Nucleares Almaraz-Trillo AIE (BOE 11.2.2021).

²³⁷ Artículo 10.2.a) Centro Farmacéutico, SL (BOE 19.6.2020).

²³⁸ Artículo 33.f) CC Nunhems Spain, SAU (BOE 5.2.2021).

²³⁹ Artículo 26.a) CC Kiabi España, KSCE, SA. (BOE 28.10.2021).

²⁴⁰ Artículo 23 CC de Saint Gobain PAM España, SA (BOE 13.6.2020).

²⁴¹ Artículo 38.5 CC Activa Innovación y Servicios (BOE 19.1.2018).

²⁴² Artículo 28.1.i) CC Federación Farmacéutica, S. C. L. (BOE 22.3.2021).

licitarse un segundo permiso por las mismas características²⁴³, y otras cuántas veces pueden solicitarse al año²⁴⁴.

Lo característico es que no suelen ser permisos causales, por lo que no es necesario su justificación posterior, aunque sí es bastante común, sin embargo, la necesidad de preavisar su empleo. Pero la comunicación a la empresa tiene un propósito organizativo de la mano de obra, no de control de uso del permiso.

Hay, no obstante, ejemplos causales, permisos de estas características que se conceden por causas expresamente tasadas²⁴⁵, siendo común, dependiendo del plazo, que éstos no sean remunerados²⁴⁶.

Generalmente, no obstante, son permisos retribuidos, y cuando no es así el convenio se encarga de dejar muy claro que no se percibirá remuneración, pasando, en este caso, de ser considerado un permiso laboral a entrar en la consideración de suspensión contractual acordada de mutuo acuerdo entre empresarios y trabajadores²⁴⁷.

En cuanto a su organización interna suele ser común que se impida la utilización del permiso de forma acumulada a las vacaciones, puentes o festivos²⁴⁸. De forma muy excepcional se ha previsto que la decisión sobre la necesidad del permiso y su idoneidad se someta a una comisión formada por representantes de los trabajadores y el empresariado²⁴⁹.

²⁴³ Artículo 11 XXIV CC Nokia Spain, SA (BOE 15.11.2021).

²⁴⁴ Artículo 29.2.1. II CC Comisión Española de Ayuda al Refugiado (BOE 17.9.2021).

²⁴⁵ Por ejemplo, el artículo 19.7 CC Caja Laboral Bancaseguros, SLU (BOE 28.10.2021) lo prevé por un mes para cuidado directo de menores, familiares, adopción internacional, o tratamiento de reproducción asistida.

²⁴⁶ Como ocurre, por ejemplo, con el artículo 29.2 III Convenio colectivo de Kutxabank, SA. (BOE 27.9.2021) cuando enuncia un elenco de supuestos: «a) Para la total recuperación física y anímica de la persona solicitante, derivadas de fallecimiento de con quien se haya convivido. b) Para atender a cónyuge, pareja de hecho, y familiares de primero y segundo grado, por causas de enfermedad o recuperación. c) Para preparación de exámenes y tesis sobre estudios reconocidos por la Entidad. d) Para casos de adopciones internacionales. e) Para tratamientos de reproducción asistida. f) Para otros casos y circunstancias de notable interés».

²⁴⁷ Así, por ejemplo, el artículo 18 CC Viajes Ecuador, SA. (BOE. 6.1.2021) prevé «licencias sin sueldo por plazo no inferior a un mes ni superior a seis». O bien un «plazo no superior a tres meses»: artículo 61.2 III CC Corporación de Radio Televisión Española, S. M. E., SA (BOE 22.12.2021) también el artículo 46 Safety Kleen España, SA. (BOE 27.9.2021) y el artículo 29.2 III Convenio colectivo de Kutxabank, SA. (BOE 27.9.2021). Por «30 días continuados» lo prevén los arts. 31 Hertz de España, SL (BOE 7.1.2020), 12 CC Autotransporte Turístico Español (BOE 27.9.2021), y 11 CC Nokia Spain (BOE 18.10.2021), mientras que el artículo 46 CC DE Bimbo Donuts Iberia (BOE 8.2.2019) lo prevé por «cuatro semanas». También se ha previsto por «quince días al año» como lo hace el artículo 28 VIII CC Decathlon España (BOE 1.9.2021).

El artículo 51 Claved, SA. (BOE 27.2.2020) prevé una «licencia sin sueldo» por «el tiempo que sea preciso», y el artículo 29 VI CC de Patentes Talgo (BOE 12.1.2017) lo prevé «por el tiempo indispensable».

²⁴⁸ Artículo 28.1 VIII Convenio colectivo de Decathlon España, SA (BOE 1.9.2021), artículo 26.a) CC Kiabi España, KSCE, SA. (BOE 28.10.2021), y 34 X Convenio colectivo de Supermercados Sabeco, SAU (BOE 6.10.2021).

²⁴⁹ Así, por ejemplo, el artículo 18 CC Caja Laboral Bancaseguros, SLU (BOE 1.8.2020), por ejemplo, somete la concesión del permiso de 15 días a lo que disponga «una Comisión Mixta (formada por un

H) Vacaciones

En el marco de descansos contemplados por el legislador para las personas trabajadoras por cuenta ajena, las vacaciones anuales constituyen el más sobresaliente por su trascendencia cuantitativa y cualitativa. Resulta llamativo que se trate del descanso más duradero del que disfrutaban los trabajadores a lo largo del año, periodo de referencia que configura todo el régimen jurídico-legal de la jornada de trabajo. La relevancia de las vacaciones deriva no sólo de su prolongada duración, que nuestro ordenamiento jurídico cuantifica en treinta días naturales con carácter anual, sino de su esencial objetivo que descansa en proporcionar a las personas trabajadoras el reposo indispensable para reponeerse y recuperarse del desgaste fisiológico ocasionado por la actividad laboral, así como conferir un tiempo de esparcimiento y ocio²⁵⁰.

Si bien es cierto que las personas trabajadoras vienen obligadas al cumplimiento de los deberes y obligaciones derivadas de su puesto, prestando el trabajo convenido bajo el poder de dirección del empresario, ello no implica que la prestación de servicios se realice de manera ininterrumpida. Por el contrario, la misma naturaleza de las cosas hace impracticable la exigencia de un trabajo continuo y las normas laborales, desde sus inicios, tratan de establecer límites²⁵¹. Como acertadamente apunta un sector de la doctrina, «*el tiempo de trabajo es una institución nuclear en la existencia de las personas*», en la misma medida que lo es «*el tiempo de no trabajo, el de vida personal y familiar*»²⁵².

El cimiento constitucional de este descanso de naturaleza anual deriva del contenido del artículo 40.2 CE, precepto que consagra un autentico derecho subjetivo a «*vacaciones periódicas retribuidas*». El artículo 38.1 ET, en cuanto norma de derecho necesario, dispone que la duración de las vacaciones será de treinta días naturales, por lo que la intervención de la autonomía colectiva posibilitaría un régimen de mejora sobre el legalmente perfilado y en uno y otro caso, inderogable por la autonomía colectiva de las partes del contrato de trabajo²⁵³. Junto a la regulación constitucional y estatutaria, tenemos que

miembro de RR. HH. y un RLT. elegido por quien solicite el permiso) que podrá, así mismo, acordar la ampliación de dicho permiso hasta el máximo de un mes de duración».

²⁵⁰ BASTERRA HERNÁNDEZ, M.: *Tiempo de trabajo y tiempo de descanso*, op. cit. p. 219.

²⁵¹ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «Tiempo de trabajo y nuevo contexto productivo: limitación cuantitativa y promoción equilibrada de su ordenación flexible», en *El Estatuto de los Trabajadores 40 años después*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2020, p. 155.

²⁵² El entrecomillado pertenece a la figura más representativa del sector doctrinal al que se hace referencia CASAS BAAMONDE, M. E.: «La organización del tiempo de trabajo con perspectiva de género: la conciliación de la vida privada y la vida laboral», *Documentación Laboral*, n.º 117, 2019, p. 19.

²⁵³ RAMOS QUINTANA, M. I.: «Los descansos laborales», op. cit. pp. 130-131.

reiterar los postulados de la Directiva 2003/88/CE, que en su artículo 7 refuerza la idea del disfrute durante cuatro semanas de vacaciones retribuidas por los trabajadores y la imposibilidad de compensar económicamente el período mínimo de vacaciones anuales retribuidas, salvo en los supuestos de extinción del contrato de trabajo. Como podemos constatar, poco avanza la directiva europea, por lo que es muy importante acudir a las disposiciones del Convenio 132 de la OIT²⁵⁴.

La configuración del período de disfrute de las vacaciones se confía, desde la regulación contenida en el artículo 38.2 ET, al acuerdo individual, aunque ese acuerdo ha de someterse a la planificación anual que de ellas efectúen los convenios colectivos. A continuación, procede observar cual es el tratamiento convencional de las vacaciones centrandolo las siguientes líneas en la observancia de aquellas cláusulas que destaquen por la particularidad de sus regulaciones y postergando las ordenaciones de corte genérica a un plano secundario.

Respecto a la duración de las vacaciones, encontramos convenios colectivos que cifran el número de días de vacaciones retribuidas en días hábiles cuantificando las mismas en 22, 23 o 25 días laborales²⁵⁵. Al margen de la especificación del número de días de vacaciones, los interlocutores sociales han mostrado preocupación por la fijación de diferentes normas relativas al calendario y distribución de las vacaciones: a) la asignación del periodo de vacaciones será rotativa anualmente y se tomará como base el calendario establecido en el año anterior; b) el calendario de vacaciones se estructurará por separado en función del tipo y área de trabajo; c) deberá estar a disposición del personal como mínimo tres meses antes de iniciar las vacaciones; d) en función del número de trabajadores/as del centro de trabajo de que se trate, se establecerá limitaciones de manera que se acotará el número máximo de trabajadores/as que dentro de la misma categoría y/o puesto de trabajo puedan coincidir en los periodos de disfrute de las vacaciones²⁵⁶. También resultan interesantes las formulaciones que plasman a través de convenio colectivo diferentes opciones de disfrute de las vacaciones, sobre todo durante el período de verano²⁵⁷ o

²⁵⁴ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «Elementos delimitadores del derecho a vacaciones», *Themis Revista de Derecho*, n.º 65, 2014, p. 70.

²⁵⁵ Hay que poner de relieve aquellos convenios colectivos que establecen el derecho al disfrute de vacaciones cuando se tiene una determinada antigüedad en la empresa. Véase, en este sentido, el artículo 21.4 del XXI CC Lufthansa (BOE 11.6.2021), que dispone lo siguiente: «Sólo se tiene derecho al disfrute de vacaciones cuando se tiene una antigüedad superior a tres meses en la empresa».

²⁵⁶ Por estos mismos criterios opta el artículo 36 del III CC Bofrost (BOE 28.12.2021).

²⁵⁷ El artículo 14.2 del CC Heineken España (BOE 2.12.2021) perfila las siguientes opciones de disfrute de las vacaciones: «El personal podrá optar por cualquiera de las tres opciones o modalidades

aquellos otros convenios que prevén la confección de un protocolo de vacaciones por departamento, fruto del acuerdo entre la dirección y el comité de empresa²⁵⁸.

Merecen una reflexión las disposiciones convencionales que contemplan un día adicional de vacaciones por disfrute fragmentado de vacaciones, previsión encaminada a compensar a aquellas personas trabajadoras que durante el periodo estival tan sólo han podido disfrutar de un número reducido de días de vacaciones consecutivas. Se disponen en los convenios colectivos una orden de preferencias en el orden de disfrute de las vacaciones confiriéndose un especial tratamiento a las personas trabajadoras con una mayor antigüedad. A la anterior regla, se consagra una excepción relativa a los empleados que tengan hijas e hijos en edad escolar dentro del periodo lectivo²⁵⁹. El especial tratamiento en materia de vacaciones conferido a las personas trabajadoras con una mayor antigüedad se completa con un incremento en los días de vacaciones²⁶⁰. Se contempla asimismo la acumulación de días de vacaciones por la concurrencia de dos requisitos: antigüedad y esfuerzo físico²⁶¹. Ciertos convenios colectivos incluso acogen en su articulado preceptos que se titulan «*Vacaciones complementarias por antigüedad*»²⁶².

Los convenios colectivos también apuntan la posible coincidencia de las vacaciones con periodos de incapacidad temporal derivada de embarazo, parto o lactancia o suspensión del contrato de trabajo derivada del artículo 48.4, 5, 6

para el disfrute de las vacaciones que a continuación se detallan: Opción 1: Un máximo de 11 días laborables continuados se disfrutarán dentro del periodo de verano (15 de junio a 15 de septiembre). Opción 2: Un máximo de 22 días laborables en verano (15 de junio a 15 de septiembre) en años naturales alternos. Esta opción no será aplicable en el supuesto de que se acuerde por un departamento o sección la aplicación de la opción 3. La elección por esta opción deberá mantenerse por periodos de dos años naturales consecutivos. Opción 3: De mutuo acuerdo entre las partes, se podrá establecer con carácter global para un departamento o sección un sistema de fraccionamiento de vacaciones con base en quincenas naturales (del 1 al 15 y del 16 a final de mes), considerando como verano del 1 de julio al 15 de septiembre, y disfrutándose como máximo una quincena dentro del periodo de verano. En relación a las opciones 1, 2 y 3, se establecerá en todo caso una distribución homogénea en cada departamento o sección del número de personas de vacaciones a lo largo del periodo de verano, salvo las excepciones a solicitud de los/las trabajadores/as que podrán ser autorizadas siempre que la organización del trabajo lo permita».

²⁵⁸ Artículo 6.3 CC Frit Ravich (BOE 13.5.2021).

²⁵⁹ Artículos 40 CC Uniprex (BOE 24.9.2021) y 26 CC de Federación Farmacéutica (BOE 22.3.2021).

²⁶⁰ Todos estos aspectos se encuentran ordenados en el artículo 33 CC NCR España (BOE 25.11.2021) y el artículo 32 X CC Supermercados Sabeco (BOE 6.10.2021).

²⁶¹ Artículo 27 II CC Vestas Eólica (BOE 20.11.2021).

²⁶² El artículo 29 CC Placas de Piezas y Componentes de Recambio (BOE 6.10. 2021) contempla que «*Los/as trabajadores/as tendrán derecho a un día laborable de vacaciones complementarias a los tres años de antigüedad en la empresa. Asimismo, a partir del 1 de enero de 2023 todos/as los trabajadores/as tendrán derecho a un segundo día de vacaciones complementarias por antigüedad a los seis años de antigüedad en la empresa*».

y 7 del ET. En este supuesto, se prevé que el disfrute de las vacaciones se producirá en fecha distinta a la incapacidad temporal o período de suspensión por las causas referidas. Por lo que se refiere a la coincidencia de las vacaciones con una incapacidad temporal por contingencias diferentes a las ya señaladas, se dispone que las vacaciones se podrán disfrutar una vez finalizada la incapacidad²⁶³. Para las personas trabajadoras afectadas por un convenio regulador por separación se dará prioridad al disfrute de las vacaciones coincidiendo con el periodo de custodia de los hijos realizándose la planificación de las mismas con suficiente antelación.

No hay que obviar aquellos convenios colectivos que prevén que los trabajadores en suspensión del contrato por nacimiento o permiso por nacimiento y cuidado del menor podrán juntar tal período con el de vacaciones siempre que el ejercicio del derecho se preavise con un mínimo de 10 días antes de la finalización de la baja por nacimiento. Lo anterior se extiende a los permisos por defunción o de enfermedad de familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad²⁶⁴. Resultan especialmente relevantes aquellas disposiciones que prevén que las personas trabajadoras tendrán el derecho de disfrutar todas las vacaciones devengadas en el año natural cuando acrediten tener familiares de primer grado residiendo en otros países²⁶⁵. En la misma tónica que lo anterior, ciertos preceptos convencionales toman en consideración la posibilidad de que las personas trabajadoras inmigrantes disfruten las vacaciones de manera continuada, no fraccionada y fuera del período ordinario posibilitando los viajes a su país de origen²⁶⁶.

Otros convenios colectivos institucionalizan las bolsas de vacaciones. En esta misma línea, algunos preceptos convencionales fijan una bolsa de vacaciones por una determinada cuantía para el personal que por necesidades organizativas no disfrute el periodo vacacional de 21 días entre los meses de junio a septiembre, siendo proporcional la percepción de dicho importe en función a los días de no coincidencia con dicho periodo²⁶⁷. Hay que hacer mención a aquellos convenios colectivos que, mediante el abono de incentivos, tratan de fomentar el disfrute de las vacaciones fuera del período de temporada alta pre-

²⁶³ Artículo 17 CC Atlas, Combustibles y Lubrificantes (BOE 16.11.2021). Los arts. 8 CC Nokia Spain (BOE 15.11.2021), artículo 23 II CC Enersur Siglo 21 (BOE 15.11.2021) y el artículo 29 CC Exide Technologies (BOE 20/10/2021), artículo 34 CC Safety Kleen España (BOE 27.9.2021) abogan por unas disposiciones idénticas en cuanto a la coincidencia de las vacaciones con períodos de incapacidad temporal o suspensiones del contrato de trabajo.

²⁶⁴ Artículo 26 VIII CC Decathlon España (BOE 1.9.2021).

²⁶⁵ Artículo 20 III CC Coviran (BOE 9.7.2021).

²⁶⁶ Artículo 28.SVI CC Consum, Soeciedad Cooperativa Valenciana (BOE 18.5.2021)

²⁶⁷ Artículo 23 CC Kiabi España (BOE 28.10. 2021).

viendo una escala progresiva de las cuantías a percibir por las personas trabajadoras²⁶⁸.

Por otro lado, es importante hacer referencia a los convenios colectivos que ponen de relieve la dimensión de las necesidades organizativas de la empresa a la hora de establecer la adjudicación de los turnos de vacaciones requiriéndose la presencialidad de un porcentaje de la plantilla con el fin de dar respuesta a coyunturas organizativas de la empresa. En este sentido, nuestro espectro convencional cuenta con convenios colectivos que establece turnos rotatorios de disfrute de vacaciones contando incluso con una «*comisión de flexibilidad*» para el abordaje de esta materia²⁶⁹. Se consagra, respecto a los turnos de vacaciones, un derecho de opción de las personas trabajadores disponiéndose que quien optó y tuvo preferencia sobre otra persona en la elección de un determinado turno, pierde esa primacía de opción hasta tanto no la ejercite el resto de los trabajadores del centro de trabajo o unidad productiva²⁷⁰.

Merecen, por último, una mención aquellos instrumentos convencionales que establecen unos periodos fijos de disfrute de las vacaciones. Conforme a los postulados de esta índole, los trabajadores iniciarían sus vacaciones en las fechas concretas marcadas por la empresa percibiendo, sin embargo, una gratificación de una concreta cuantía y una compensación de dos días libres de jornada corta, por ejemplo²⁷¹.

I) El derecho a la desconexión digital

Tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, y la incorporación al ET de un nuevo artículo 20 bis. han sido numerosos los convenios que han abordado la regulación de estos derechos y garantías.

Algunos simplemente para tenerlos en consideración, otros para recordar la vigencia de sus premisas, y, los menos, para desarrollar fórmulas propias de acomodo de sus exigencias a las circunstancias objetivas y subjetivas de proyección del convenio.

Del grupo de los primeros podemos citar aquellos que ya preveían estas materias antes incluso de que entrase en vigor la norma. Así, por ejemplo, el ar-

²⁶⁸ Artículo artículo 9 CC Autotransporte Turístico Español (BOE 27.9.2021).

²⁶⁹ Artículo 29 CC Exide Techonologies (BOE 20/10/2021); artículo 9 CC Autotransporte Turístico Español (BOE 27.9.2021).

²⁷⁰ Artículo 22 CC Primark Tiendas (BOE 4.9. 2021).

²⁷¹ Artículos 7.5 y 7.6 CC Thyssenkrupp Elevadores (BOE 3.7.2021).

título 43 CC de Repsol Lubricantes y Especialidades (BOE 14.5. 2018) disponía en «*el marco de una adecuada gestión del principio de conciliación de vida privada y vida profesional*» la organización de una «*la Mesa de Igualdad del acuerdo marco*» para identificar «*posibles buenas prácticas y recomendaciones acerca del uso de herramientas digitales de comunicación*»²⁷²; y el objetivo 5 del XVI CC de la ONCE y su personal (BOE 18.1.2018) en el marco de la «*denominada “desconexión digital”*» para la organización de las «*herramientas de índole tecnológica e informática, como teléfonos y tablets con conexión de datos y ordenadores portátiles*», no permitiendo «*que su utilización*» pueda ser «*motivo*» o «*argumento para la extensión de la jornada laboral, ni para la interrupción de los tiempos de descanso o licencias de los trabajadores y trabajadoras*».

La reproducción de las exigencias legales del artículo 20 bis ET se ha hecho, básicamente, de dos maneras: transcribiendo textualmente las menciones legales²⁷³, o recordando sus requerimientos de manera genérica²⁷⁴. En ambos casos el sentido ordenancista ha sido el mismo, y nada singular aportan desde el punto de vista técnico.

En el tercer grupo se encuentran los convenios que sí detallan alguno de los aspectos que se relacionan con la desconexión digital, con mayor o menor grado de innovación, generalmente de tres maneras distintas. Enunciando, en primer lugar, qué es la desconexión digital, qué exigencias comporta y cuáles son sus consecuencias. Regulado, en segundo lugar, las excepciones al principio general, generalmente previendo la implementación de un complemento salarial específico como contraprestación. Y, en tercer lugar, subrayando que el ejercicio del derecho no puede conllevar ningún perjuicio para los empleados que lo disfruten²⁷⁵, ni «*repercutir negativamente en el desarrollo profesional*»²⁷⁶.

La negociación colectiva utiliza estas fórmulas, todas ellas o solamente algunas, dependiendo, básicamente, del ámbito objetivo y subjetivo de proyección del convenio. Buen ejemplo de uno de ellos que emplea las tres fórmulas

²⁷² Exactamente en los mismos términos lo prevé el artículo 14.9 del II CC de Volkswagen Group España Distribución (BOE 6.7.2018).

²⁷³ Así, por ejemplo, el artículo 5.4 del CC de Thyssenkrupp Elevadores (BOE 3.7. 2021).

²⁷⁴ Véase el artículo 78 CC Carlson Wagonlit España (BOE 14.2.2020).

La DA 8.^a del III CC de la Fundación Bancaria Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona «La Caixa» (BOE 6.5.2021) se compromete a que se respete el artículo 20 bis ET, derivando las «*pautas de ejercicio de este derecho*» al anexo que al efecto se encuentra publicado «en la intranet de la Fundación Bancaria “la Caixa”». Por su parte el artículo 5.4 CC Thyssenkrupp Elevadores, SLU, Madrid y Valencia. (BOE 3.7.2021) «*se compromete a cumplir con la desconexión digital*», y el artículo 27 CC de Teleinformática y Comunicaciones, SAU. (BOE 22.6.2020) también se «*compromete a impulsar las medidas para potenciar el tiempo de descanso...*».

²⁷⁵ Muy gráfico es el artículo 13 CC Heineken España, SA. (BOE 2.12.2021).

²⁷⁶ Artículo 53 III CC Bofrost, SAU (BOE 28.12.2021).

es el artículo 26 del reciente III CC Kutkabank (BOE 27.9.2021), que enuncia qué es y para qué sirve la desconexión digital («*los empleados y empleadas de la Entidad tienen derecho a no responder a ninguna comunicación, con independencia del medio por la que tenga lugar, bien sea teléfono móvil, correo electrónico, aplicaciones de mensajería, etc., una vez finalizada su jornada laboral*») ²⁷⁷, prevé cuál es la excepción a su principio general («*salvo que concurran circunstancias excepcionales de notable interés empresarial que fueran notificadas al empleado o empleada afectada y que de no ser atendidas pudieran acarrear un grave perjuicio empresarial*»), organizando un complemento económico a quienes no disfruten de ese derecho («*No resultará de aplicación lo dispuesto en los párrafos anteriores a aquellos empleados y empleadas que perciban de manera efectiva un complemento económico por disponibilidad precisamente por esa atención en «stand by», o cualesquiera otros complementos de similar naturaleza*»).

Otra fórmula de regular estas cuestiones es implementando una regulación integral de la materia al margen de las menciones legales. Bien elaborando lo que pudiéramos denominar como «política interna» sobre desconexión digital en la empresa, elaborando un listado, más o menos detallada, de órdenes y exigencias concretas en relación con cada uno de los instrumentos tecnológicos puestos al servicio de las personas trabajadoras ²⁷⁸, o bien, confeccionando un «catálogo de buenas prácticas» para el desarrollo de las comunicaciones y organización de reuniones en la empresa, intentando fomentar la compatibilidad entre trabajo y desarrollo personal o familiar ²⁷⁹, especialmente en la programación de reuniones con clientes que previsiblemente puedan alargarse más allá de la jornada laboral ²⁸⁰.

En relación con el ámbito de aplicación de las garantías normativas y convencionales es interesante precisar que algunos convenios subrayan que la desconexión en su derecho, y no una obligación, y que, por tanto, «*aquellos empleados que realicen comunicaciones fuera de su jornada laboral podrán hacerlo libremente*», aunque «*los destinatarios internos de dichas comunicaciones podrán atenderlas durante su jornada laboral no estando obligados a responderlas fuera de dicha jornada*» (Artículo 53. VIII Convenio Colectivo

²⁷⁷ Otro ejemplo muy bien enunciado de esta exigencia es el que se puede leer en el Artículo 16 CC Kiabi España, KSCE, SA. (BOE 28.10.2021).

²⁷⁸ Este es el caso del artículo 6.2 del CC de Centro Farmacéutico (BOE 18.7.2019). También el artículo 6.2 CC de Centro Farmacéutico, SL. (BOE 19.6.2020).

²⁷⁹ Buen ejemplo de ello es el artículo 25 bis del X CC Supermercados Sabeco, SAU. (BOE 6/10/2021).

²⁸⁰ Así lo prevé el Artículo 53 III CC Bofrost, SAU (BOE 28.12.2021), y también el artículo 42 XXIV CC Nokia Spain, SA. (BOE 15.11.2021).

de Decathlon España (BOE 1.9.2021]). Mientras que otros prevén que la desconexión es un derecho predicable tanto para los trabajadores «*que realicen su jornada de forma presencial*» como para los que realizan su jornada «*a distancia, o en la modalidad de teletrabajo*» (Artículo 42 XXIV CC Nokia Spain, SA. [BOE 15.11.2021]).

En relación con la exclusión singular del derecho se ha previsto, naturalmente, que estos derechos no son de aplicación durante los períodos de localización o para el personal que ejerza una labor «*que implique que tengan que estar conectados*»²⁸¹, y, en general, para aquellos trabajadores que permanezcan a disposición de la compañía y perciban por ello un complemento de disponibilidad²⁸² tenga la denominación que tenga. De aplicación práctica más conflictiva puede catalogarse la excepción para el personal «*con puestos estratégicos y de responsabilidad cuyo desempeño conlleva mayor disponibilidad, siempre que no constituya un abuso y se realice en momentos puntuales en los que la actividad así lo quiera*»²⁸³.

La regulación de las excepciones generales al disfrute de la desconexión digital se justifica o bien en «*un riesgo grave o inminente perjuicio para la compañía*»²⁸⁴, o «*un grave riesgo hacia las personas o un potencial perjuicio empresarial hacia el negocio*»²⁸⁵, o «*un grave, inminente o evidente perjuicio empresarial o del negocio, cuya urgencia temporal necesitara indubitadamente de una respuesta inmediata*»²⁸⁶. Fórmulas, como se aprecia, poco precisas y que consienten una determinación empresarial sobrevenida sin excesivo control laboral o sindical.

No hemos encontrado convenio alguno que concrete este complemento económico, siendo usual el empleo de fórmulas que posterguen su cuantificación al pacto sobrevenido que pueda implementar al respecto²⁸⁷.

De manera puntual se ha exigido que los trabajadores que disfruten de la desconexión digital «*durante sus ausencias por vacaciones, permisos, excepciones o incapacidades*» implementen «*un aviso de ausencia en su correo electrónico, indicando el periodo durante el cual estarán ausentes y la perso-*

²⁸¹ Artículo 56.10 III CC Ilunion Seguridad, SA. (BOE 1.9.2021)

²⁸² Por ejemplo, véase el artículo 53 III CC Bofrost, SAU (BOE 28.12.2021).

²⁸³ Artículo 65 CC de Autotransporte Turístico Español (BOE 27.9.2021).

²⁸⁴ Artículo 42 CC Technologies (BOE 20.10.2021). En similares términos véase el artículo 65. CC de Autotransporte Turístico Español (BOE 27.9.2021).

De «*potencial perjuicio empresarial hacia el negocio*» habla el artículo 25 bis X CC Supermercados Sabeco, SAU. (BOE 6/10/2021).

²⁸⁵ Artículo 53. VIII CC de Decathlon España (BOE 1.9.2021).

²⁸⁶ Artículo 53 III CC Bofrost, SAU (BOE 28.12.2021).

²⁸⁷ Como acaece en el artículo 42 del CC de Exide Technologies (BOE 20.10.2021).

*na encargada de atender sus asuntos durante dicho tiempo»*²⁸⁸. Excepcionalmente se ha previsto, para el supuesto de que fuese necesario atender ineludiblemente a las comunicaciones fuera del horario laboral, la suscripción de «*un acuerdo por escrito en el que se fijará una hora concreta u horquilla horaria durante el que deberá revisar que no se ha producido ninguna urgencia»*²⁸⁹. No parece razonable que se aprecien estas exigencias desde la limitación al disfrute de la desconexión, sino, más propiamente, desde la compatibilizar de las responsabilidades laborales con el ejercicio de la desconexión.

En definitiva, y como corolario de la exposición, puede afirmarse que los convenios que prevén la limitación del uso de las medidas tecnológicas lo hacen desde una triple funcionalidad: no pueden servir para prolongar la jornada laboral; no pueden ser utilizados para interrumpir los tiempos de descanso o los períodos no laborales («*diario y semanal»*²⁹⁰, vacaciones²⁹¹ o permisos laborales retribuidos²⁹², «*días de libre disposición»*²⁹³, «*excedencia o incapacidades»*²⁹⁴); y sirven como fórmula de preservación de otros derechos personales (la intimidad), o como medio para favorecer la conciliación de la vida personal y familiar²⁹⁵, o cómo instrumento para mejorar el clima laboral y la calidad en el trabajo²⁹⁶.

J) Registro, control y prueba de la jornada

Sin ningún resquicio de duda, los estragos originados por la crisis económica que arranca en 2007-2008 extienden sus efectos hasta la problemática del tiempo de trabajo. Una de las cuestiones que se han puesto de manifiesto durante la crisis económica y la ulterior reforma laboral de 2012, ha sido precisamente la cuestionable prolongación de la jornada de las personas trabajadoras a través de la realización de horas extraordinarias y la inexistencia de un control empresario que posibilite su control efectivo. Los criterios y argumentos de la doctrina judicial²⁹⁷ han pivotado en torno a la exégesis del artículo 35.5

²⁸⁸ DF 1.ª CC Placas de Piezas y Componentes de Recambio, SAU. (BOE 6.10.2021).

²⁸⁹ Artículo 53 III CC Bofrost, SAU (BOE 28.12.2021).

²⁹⁰ Artículo 53 III CC Bofrost, SAU (BOE 28.12.2021).

²⁹¹ Expresamente el artículo 21 CC de Euro Depot España (BOE 1.9.2021).

²⁹² Así lo menciona en artículo 26 del III CC Kutkabank (BOE 27.9. 2021).

²⁹³ Artículo 42 XXIV CC Nokia Spain, SA. (BOE 15.11.2021).

²⁹⁴ DF 1.ª CC Placas de Piezas y Componentes de Recambio, SAU. (BOE 6.10.2021)

²⁹⁵ Así lo invoca el artículo 55 del XV CC de Schweppes (BOE 19.1. 2021). También el artículo 65. CC de Autotransporte Turístico Español (BOE 27.9.2021).

²⁹⁶ Artículo 53. VIII CC de Decathlon España (BOE 1.9.2021).

²⁹⁷ Entre los criterios jurisprudenciales más destacados, cabe reseñar en este espacio la SAN de 6 de mayo de 2016 (Rec. 59/2016), que dispone que «*en relación al artículo 35.5 del ET afirma que el referido*

ET²⁹⁸ tratando de delimitar si de la interpretación de este precepto puede o no derivarse una obligación empresarial de llevar un registro de la jornada laboral que permita una fiscalización de la realización o no de horas extraordinarias²⁹⁹.

Con carácter previo a la fijación de la obligación de registro de la jornada de trabajo a través del RDL 8/2019, el debate académico y doctrinal en lo que concierne el tiempo de trabajo se centraba en torno a las transformaciones sociales y legislativas impulsadas hacia una flexibilización del uso del tiempo de trabajo. La centralidad de la ordenación flexible del tiempo de trabajo ha marginado la necesidad de verificar y controlar la observancia y el respeto a la duración de la jornada y el derecho al descanso de las personas trabajadoras. De especial trascendencia ha sido la actuación de la Inspección de Trabajo en esta materia que, a través de la Instrucción 3/2016 de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social³⁰⁰, insiste en la intensificación del control en materia de tiempo de trabajo y horas extraordinarias requiriendo a las empresas objeto de inspección el registro de la jornada diaria de trabajo independientemente de la existencia de horas extraordinarias³⁰¹.

La entrada en vigor del RDL 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo ha supuesto la obligación de las empresas de garantizar el registro diario de la jornada con el principal objetivo de alcanzar una seguridad jurídica tanto para las personas trabajadoras como para las empresas y, además, permitir el control de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social³⁰². En la materia que nos ocupa, hay que recordar el tenor literal del artículo 34.9 ET, cuyo segundo apartado contempla que mediante la negociación colectiva o acuerdo de empresa o, en su defecto, decisión del empresario previa consulta con las instancias representativas de las personas trabajadoras, se organizará y documen-

precepto obliga a registrar la jornada de cada trabajador día adía y entregar copia del resumen al trabajador, previsión que tiene por objeto procurar al trabajador un medio de prueba documental que facilite la acreditación, de otra parte siempre difícil, de la realización de horas extraordinarias, cuya probanza le incumbe».

²⁹⁸ Como recordaremos, el artículo 35.5 ET señala que «A efectos del cómputo de horas extraordinarias, la jornada de cada trabajador se registrará día a día y se totalizará en el periodo fijado para el abono de las retribuciones, entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente».

²⁹⁹ RODRÍGUEZ PASTOR, G. E.: «El registro diario de la jornada de trabajo a debate», *Revista de Derecho Social*, n.º 82, p. 39.

³⁰⁰ Señala esta instrucción acertadamente que «De entre los elementos configuradores del Derecho del Trabajo, las reglas sobre limitación de la jornada laboral se alzan, quizás, como las más trascendentes para evitar el abuso al que conducía el libre juego de la autonomía individual en la fijación de las condiciones de trabajo».

³⁰¹ IGARTUA MIRÓ, M. T.: «La obligación de registro de la jornada de trabajo tras el RDL 8/2019», *Temas Laborales*, n.º 147, 2019, p. 116 y ss.

³⁰² VELASCO PORTERO, M. T.: «Impacto sobre el trabajador de a obligación de registro horario a la luz de las primeras resoluciones judiciales», *Temas Laborales*, n.º 151, 2020, p. 344-345.

tará el registro de jornada. Se constata, por tanto, el importante papel de los interlocutores sociales en lo que al registro y control de jornada se refiere.

Entre las disposiciones convencionales más frecuentes en materia de registro, control y prueba de la jornada, un considerable número de cláusulas y su literalidad se dedican tan sólo a reafirmar el contenido del artículo 39.4 ET³⁰³. Frente a la precariedad de esta tipología de convenios, hay que poner de relieve la regulación pormenorizada de otros convenios que profundizan en la verificación y control de la ejecución de la jornada y abordan aspectos como: el carácter anual del registro, la concreción del horario de cada persona trabajadora, medios mecánicos, visuales o electrónicos para la materialización del registro, pautas de ponderación cuando el tiempo de presencia registrado no coincida con el trabajo efectivo, vigilancia y control del resultado del registro de la jornada diaria por los representantes de los trabajadores y las personas trabajadoras, sanción del incumplimiento del anterior derecho por el empresario, conservación de los registros durante cuatro años y puesta a disposición del mismo de las personas trabajadoras, representantes y la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social³⁰⁴.

Algunas cláusulas convencionales determinan que el registro de jornada recoge los siguientes aspectos: planificación de tareas, calendario anual, planificación semanal, saldo de horas, horarios, registro de actividades personales, tiempo de trabajo efectivo y registro de jornada diario³⁰⁵. En las empresas con una fuerte implantación digital, además de señalar los extremos más importantes que compondrán el registro, también inciden en el procedimiento de registro planteando una serie de respuestas para supuestos en los cuales la desconexión no se produjera al finalizar la jornada. En este sentido, se recalca que el registro horario se figura como un deber de las personas trabajadoras recayendo sobre las mismas la responsabilidad de la corrección y veracidad de la información en relación con el registro. Con una regulación muy al detalle, cier-

³⁰³ Una muestra de este tipo de cláusulas convencionales sería el artículo 14 del CC de Fernando Buil (BOE 16.9. 2020) que establece que «*Se estará a lo dispuesto en el artículo 34.9 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. A efectos de proceder al Registro de Jornada de los trabajadores conductores se utilizarán los tacógrafos digitales/tarjetas de conductor*». En la misma tónica y con escasa aportación, el CC de Teleinformática y Comunicaciones (BOE 22.6.2020), en su artículo 23, titulado «Control de asistencia», recuerda la aprobación del RDL 8/2019, reproduce varios párrafos de su Exposición de Motivos y remite a las instrucciones sobre registro diario acordadas y firmadas por la empresa el 17 de julio de 2019. Véase también el artículo 27 del CC de Nunhems Spain (BOE 5.2.2021), artículo 13 del CC de Autotransporte Turístico Español (BOE 27.9. 2021)

³⁰⁴ Muy ilustrativo, en este sentido, resulta el artículo 21.5 del CC de Euro Depot (BOE 1.9.2021).

³⁰⁵ En esta línea, se enmarca el artículo 22. 7 del CC de Consum, Sociedad Cooperativa Valencia (BOE 18.5.2021).

tos convenios proceden a reflejar un conjunto de supuestos de imposibilidad de registrar la hora de inicio y finalización, así como la posible solución³⁰⁶. Otro interesante postulado convencional es representado por aquellos convenios que consagran la autogestión de la jornada diaria disponiendo que las personas trabajadoras tendrán a su disposición en tiempo real la información relativa a su registro diario de jornada siendo su responsabilidad «autogestionar su jornada diaria»³⁰⁷. Entre las formulaciones convencionales más destacadas, algunos convenios reafirman la necesidad de negociar junto con los representantes de los trabajadores «*la organización y documentación del registro de jornada*»³⁰⁸.

Como se puede constatar, el registro de la jornada se encuentra configurado, en la mayoría de los convenios colectivo, como un deber de las personas trabajadoras por lo que determinados convenios señalan que la contravención de las normas que regulen el sistema de registro horario podrá determinar la aplicación del régimen disciplinario³⁰⁹.

Para concluir, hay que dejar constancia de aquellos otros instrumentos convencionales que sencillamente han optado por no recoger ninguna referencia en lo que concierne el control y registro de la jornada. En esta última categoría, encontraremos tanto convenios colectivos anteriores a la entrada en vigor del RDL 8/2019³¹⁰ como posteriores³¹¹.

K) La utilización de detectives privados y herramientas tecnológicas

Como era previsible ningún convenio colectivo de los estudiados menciona la utilización de detectives para el control del tiempo de trabajo³¹². Aunque no suele ser muy frecuente, algunos sí invocan la preservación de la intimidad como límite el empleo de las herramientas tecnológicas suministradas para el desarrollo de su actividad laboral, principalmente las dos más intrusi-

³⁰⁶ Véase en este sentido el artículo 25 bis del II CC Kutxabank (BOE 27.9.2021).

³⁰⁷ Artículo 14 del XV CC de Schwepps (BOE 19.1.2021).

³⁰⁸ Artículo 19.4 del CC de Coviran (BOE 9.7.2021).

³⁰⁹ Artículo 35.3 CC de Bofrost (BOE 28.12.2021).

³¹⁰ Entre ellos, se encuentran los CC de Mediapost Spain (BOE 23.1.2019).

³¹¹ Por ejemplo, los CC de IMS Healthcare (BOE 7.11.2019), VIII de Decathlon España (BOE 1.9.2021), CC Nokia Spain (BOE 18.10.2021), CC de Mediterránea Merch (BOE 12.8.2020), CC de la Compañía Asturiana de Bebidas Gaseosas (BOE 20.1.2020) y CC de Centro Farmacéutico (BOE 18.7.2019), entre otros.

³¹² A lo más que se llega, como acontece con el artículo 27 CC Federación Farmacéutica, S. C. C. L. (BOE 22.3.2021) es a afirmar que «*La empresa se reserva el derecho de llevar a cabo cuantas indagaciones e informaciones estime necesarias para comprobar la veracidad de los motivos expuestos en la solicitud de excedencia*».

vas en la intimidad del trabajador, que son las que menciona el artículo 20 bis ET (tras su incorporación por obra de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre): videovigilancia y geolocalización³¹³.

Así, por ejemplo, el artículo 6.2 CC de Centro Farmacéutico (BOE 18.7.2019), el artículo 21.9 del CC de Euro Depot España (BOE 1.9.2021), y en el 5.4 del CC de Thyssenkrupp Elevadores (BOE 3.7.2021) reproducen la fórmula legal, sin añadir especificidad alguna. No se ha sido excesivamente original en la materia, a pesar del tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la exigencia legal.

Téngase en consideración, no obstante, que el derecho a la desconexión digital analizado *supra* también reporta una protección, aunque sea indirecta, a los derechos personales de las personas trabajadoras, por lo que la consulta de los convenios allí citados resulta imprescindible para conocer las limitaciones que la negociación colectiva impone en esta materia.

L) Mecanismos de modificación empresarial de la jornada

Entre los mecanismos más destacados de flexibilidad empresarial, la gestión del tiempo de trabajo ocupa un lugar de notable singularidad confirmando la legislación varias medidas que hacen posible su cometido. La modificación del artículo 41 ET ha impulsado la ampliación de las posibilidades de modificaciones individuales como consecuencia de un nuevo modo de calibrar el carácter colectivo o individual atendiendo no a la fuente, sino al umbral de trabajadores afectados. Por otro lado, el artículo 82.3 ET posibilita la inaplicación de esta concreta condición de trabajo pactada en el convenio de sector o en el convenio de empresa. Todo lo anterior ha de ser completado con la lectura del artículo 84.2 ET, que consagra el principio de prioridad aplicativa del convenio colectiva de empresa o grupos de empresa o una pluralidad de empresas en concurrencia conflictiva con otro convenio de ámbito superior y de vigencia anterior, en concretas materias entre las que se mencionan el horario, la distribución de jornada y las medidas de conciliación³¹⁴.

El espíritu reformador de la normativa laboral ha ido confirmando nuevos matices al poder del empresario reforzándolo y dotándolo de un impulso flexibilizador. El empresario puede introducir cambios en la prestación de servicios

³¹³ El artículo 6.2 del CC de Centro Farmacéutico (BOE 18.7.2019) indica que la empresa «carece de herramientas tecnológicas de escucha».

³¹⁴ DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M. L.: «Contenidos de la negociación en el nuevo contexto laboral: el tiempo de trabajo y la distribución irregular de la jornada», *Temas Laborales*, n.º 140, 2017, p. 269.

realizada por sus trabajadores, pero los cambios se han de adoptar dentro de unos márgenes legales. No hay que perder de vista que mientras las potestades directivas del empresario se desenvuelven en el marco del trabajo convenido; el *ius variandi* conferirá al empresario la posibilidad de prescindir del contrato como marco del trabajo pactado e insertar modificaciones extraordinarias³¹⁵.

La negociación colectiva representa una de las fórmulas más recurridas por medio de la cual se incorporan modificaciones en el régimen del tiempo de trabajo en el marco de las relaciones de trabajo. El convenio colectivo es un instrumento negociado que puede englobar en su contenido regulador una ordenación diferenciada de la jornada y el horario de trabajo y, al mismo tiempo, idear el procedimiento de modificación empresarial de la jornada³¹⁶. En consecuencia, son los convenios colectivos los que permiten una aproximación a la realidad existente en las empresas de nuestro actual tejido productivo. Así, numerosos convenios colectivos limitan su contenido a la reproducción y reafirmación del régimen jurídico establecido en el artículo 41 ET³¹⁷. En esta misma tónica, hay que hacer referencia a aquellos otros convenios colectivos que guardan silencio sobre los mecanismos de modificación empresarial de la jornada obviando toda mención a cómo se han de articular los procedimientos relativos a las variaciones del tiempo de trabajo³¹⁸.

Hay que hacer referencia, no obstante, a los postulados convencionales que permiten a las personas trabajadoras con horario de lunes a viernes que puedan, con carácter voluntario, desarrollar su prestación de servicios los sábados. Esta permisividad se sustenta sobre razones organizativas o en la posibilidad de recuperar tours de ventas que coincidan con festivos intersemana-

³¹⁵ MORENO DE TORO, C. y RODRÍGUEZ CRESPO, M. J.: «Ejercicio y límites del *ius variandi* del empresario. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 25 de febrero de 2008», *Temas Laborales*, n.º 98, 2009, p. 203.

³¹⁶ CRUZ VILLALÓN, J.: «Modificación del tiempo de trabajo», *op. cit.* p. 242.

³¹⁷ El artículo 21 CC Heineken España (BOE 2.12.2021) consagra que: «Respecto a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, se estará a lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores y demás leyes vigentes. No obstante lo anterior, si el/la trabajador/a no aceptase la modificación sustancial de las condiciones de trabajo por sentirse perjudicado por la misma, tendrá derecho, dentro del mes siguiente a la modificación, a rescindir su contrato y percibir una indemnización compensatoria equivalente a la indemnización legal por despido improcedente». En este mismo sentido, el CC Thales España GRP (BOE 11.7.2020) dispone en su artículo 6.3.4 que «Para el caso que la implementación del trabajo a turnos implique una modificación sustancial de las condiciones de trabajo en virtud de lo dispuesto en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, se seguirá el procedimiento legal previsto al efecto». Con un tenor literal bastante similar al artículo 41 ET y a los anteriores preceptos convencionales, coincide el artículo 31 VII CC Grupo Constant Servicios Empresariales (BOE 31.5.2018), artículo 40 II CC Alcor Seguridad (23.3.2018), artículo 49.1 del CC Thyssenkrupps Elevadores (BOE 3.7. 2021), Disposición Transitoria del CC para el personal de flota de Naviera Ría de Arosa (BOE 28.2.2018), etc.

³¹⁸ Dentro de esta categoría, se encuadrarían: CC Supermercados Sabeco (BOE 6.10.2021), CC Gelec (BOE 12.4.2021), CC Caja Laboral Bancaseguros (BOE 28.10.2021), CC Hermandad Farmacéutica del Mediterráneo (BOE 14.10.2021), etc.

les³¹⁹. Otros convenios colectivos conectan los mecanismos de modificación del tiempo de trabajo con la posible reducción de jornada por cuidado de familiar disponiéndose para estas causas que la concreción horaria de la reducción de jornada corresponderá a la persona trabajadora. Al mismo tiempo, esta categoría de convenios señala la necesidad de un preaviso de quince días para la reincorporación a la jornada ordinaria³²⁰. Observamos, por tanto, la contemplación de mecanismos de modificación del tiempo de trabajo vinculadas a la reducción por cuidado de menores afectados por una enfermedad grave o a la flexibilidad en casos especiales de atención familiar. Este último supuesto se refiere a la atención de necesidades derivadas de la asistencia a cónyuge, descendientes o ascendientes a su cargo con necesidades especiales que así lo justifiquen, o para dar cumplimiento al régimen de visitas o el de guarda o custodia en casos de separación legal o divorcio. Se establece, para estas coyunturas personales y familiares, la remisión de la petición de la persona trabajadora a la Comisión Paritaria en caso de negativa empresarial³²¹.

Se constata que otros convenios colectivos disponen para la adaptación y distribución de la jornada el siguiente procedimiento: remisión de solicitud a través de correo electrónico al departamento de recursos humanos, justificación de la necesidad de adaptación o distribución, valoración de la solicitud por parte de la empresa, plazo de concesión o denegación de treinta días naturales desde la solicitud, comunicación del motivo de la denegación a la persona trabajadora y al comité de empresa³²².

M) Excedencias y suspensiones de la relación laboral

Es bastante común que los convenios colectivos se ocupen de regular excedencias, no así las suspensiones contractuales, probablemente porque prefieren acometer esta tarea en la ordenación de los permisos laborales, retribuidos o no, como ya se ha analizado con anterioridad.

Una gran mayoría de los estudiados optan por remitir su regulación a las previsiones del artículo 46 ET³²³, bien invocándolo expresamente o bien re-

³¹⁹ Artículo 35.6 CC Bofrost (BOE 28.12.2021).

³²⁰ Artículo 46 IX CC Ilunion Outsourcing (BOE 15.10.2021)

³²¹ Artículos 52 y 53 II CC Eltec IT Services (BOE 17.9.2021).

³²² Artículo 5 CC Thyssenkrupp Elevadores (BOE 3.7.2021).

³²³ Así, sin ánimo de exhaustividad, pueden verse, por ejemplo: artículo 37 VI Convenio Colectivo de Patentes Talgo (BOE núm. 10, 12 de enero de 2017); CC de Telefónica Servicios Audiovisuales (BOE 25.1.2018); II CC de Alcor Seguridad (BOE 23.3.2018); CC Supercor (BOE 15.5.2018); artículo 39 VII CC del Grupo Constant Servicios Empresariales (BOE 31.5.2018); artículo 12 de Centro Farmacéuti-

produciendo literalmente su contenido, no siendo excesivas las innovaciones que detallan. Éstas generalmente se reducen a modificar la duración de la excedencia, señalar los plazos en los que debe solicitarse el reingreso, o prever aspectos formales, introduciendo algunas excedencias singulares en desarrollo de la posibilidad que concede el artículo 46.6 ET.

Se aprecia una cierta tendencia, quizá explicable por el tipo de convenios que hemos seleccionado (de empresa) para el análisis, a impedir que el periodo excedente se emplee para ejercer una actividad laboral concurrente para otra empresa de la competencia, con fórmulas del estilo: «ninguna excedencia podrá ser utilizada para prestar servicios en Empresa similar o que implique competencia» (artículo 27 CC de NCR España, SL. [BOE 25.11.2021]), o la que predica que las situaciones de excedencia «no podrán solicitarse para trabajar en empresas que constituyan competencia para la Empresa» (artículo 14.5 XXIV CC Nokia Spain, SA. [Boe 15.11.2021]), garantizándose, en definitiva, que el trabajador excedente «...se comprometerá a no efectuar trabajo alguno, por cuenta propia o ajena, para Empresas de la competencia» (artículo 15 CC Autotransporte Turístico Español, SA. [Boe 27.9.2021]), exigiéndose incluso en alguno de ellos un «compromiso formal escrito» al respecto (artículo 34 II CC de Volkswagen Group España Distribución [BOE 6.7.2018])³²⁴. La exigencia abarca, en numerosas ocasiones, el ejercicio de actividad por cuenta ajena y también por cuenta propia³²⁵, permitiéndose en alguno de ellos, por excepción, que la empresa consienta expresamente esa actividad concurrente³²⁶.

Con respecto al ámbito subjetivo de proyección de las menciones del convenio, y más allá de la típica mención que extiende la afinidad a las parejas de hecho³²⁷,

co (BOE 18.7.2019); artículo 69 CC La Voz de Galicia (BOE 21.11.2019); artículo 26 bis. VI CC Syntax Logística (BOE 20.12.2019); artículo 27 CC de la Compañía Asturiana de Bebidas Gaseosas (BOE 20.1.2020); artículo 22 CC Carlson Wagonlit España (BOE 14.2.2020); artículo 37 II CC Lidl Supermercados, SAU (BOE 11.6.2021); artículo 22 CC Coviran (BOE 9.7.2021); artículo 39 CC Recuperación de Materiales Diversos, SA. (BOE 14.8.2020); artículo 15 CC Capital Genetic EBT, SL. (BOE 17.9.2021); II CC Eltec It Services, SLU. (BOE 17.9.2021); artículo 31 CC Placas de Piezas y Componentes de Recambio, SAU. (BOE 6.10.2021); CC de IMS Health (BOE 7.11.2021); artículo 14 XXIV CC Nokia Spain, SA. (BOE 15.11.2021), y artículo 41 XIII CC de Aceites del SurCoosur, SA. (BOE 23.11.2021).

Algún convenio se remite al reglamento interno de otro convenio del mismo grupo empresarial, como ocurre con el artículo 20 CC Caja Laboral Bancaseguros (BOE 28.10.2021).

³²⁴ Ejemplos similares pueden verse en los artículos 7.5 de Lufthansa Cargo (BOE 18.10.2019); 19 CC Viajes Ecuador, SA (BOE 6.1.2021); 14 CC Autotransporte Turístico Español (BOE 27.9.2021); y 31 CC Placas de Piezas y Componentes de Recambio, SAU (BOE 6.10.2021)

³²⁵ Así, por ejemplo, véase los artículos 34 II CC de Volkswagen Group España Distribución (BOE 6.7.2018), y artículo 31 VI CC Consum, Sociedad Cooperativa Valenciana (BOE 18.5.2021).

³²⁶ Como acontece en el artículo 23.5. XXI CC Lufthansa, Líneas Aéreas Alemanas, y su personal en España (BOE 11.6.2021).

³²⁷ Así, sin ningún ánimo de exhaustividad, nos hemos encontrados con menciones de este tipo en el II CC Eltec It Services, SLU (BOE 17.9.2021), y en el CC Repsol Lubricantes y Especialidades (BOE 14.5.2018).

muy interesante es la especificidad que prevé el artículo 22 CC de Heineken España SA (BOE 2.12.2021) para los trabajadores fijos-discontinuos, regulando un mecanismo de suspensión y actividad laboral durante hasta tres años que garantiza tanto el llamamiento como el número de orden y escalafón. No significa que otros instrumentos convencionales no regulen mecanismos similares, generalmente al regular esta modalidad contractual, pero no lo hacen en el marco de la excedencia.

En cuanto a los requisitos necesarios para solicitarla, algunos convenios prescinden de la antigüedad si la solicitud «*lo fuera por motivos de igualdad o dependencia*» (artículo 27 CC NCR España, SL [BOE 25.11.2021]).

Los plazos de duración mínimos de cuatro meses y máximo de cinco años se han adaptado en una gran parte de convenios: mínimo de tres meses y máximo cinco años³²⁸, hasta 6 años³²⁹, cuatro años, y no tres, pero sólo para cuidado de hijo³³⁰, previéndose la prórroga sobrevenida hasta el plazo máximo si se solicitó por tiempo inferior al máximo³³¹, adaptándose a 3 años en vez de 4 para la concesión una nueva excedencia³³².

Es común que se regulen los plazos de solicitud, o de reingreso tras la excedencia, sin que se pueda extraer un denominador común. En relación con los de solicitud los ejemplos son muy heterogéneos: 7 días antes del comienzo efectivo³³³, o «*con al menos treinta días antes de su fecha prevista de inicio*»³³⁴. Para el de reingreso se han elaborado más soluciones: 45 días de antelación a su finalización³³⁵; con «*antelación mínima de un mes*»³³⁶ o con «*al menos treinta días antes del fin de su periodo*»³³⁷; siempre 15 días antes de la finalización pues si no lo hace «*causará baja definitiva en la empresa a todos los efectos*»³³⁸; o más sencillamente «*antes de la terminación de su excedencia voluntaria*»³³⁹.

³²⁸ Artículo 23 CC Naviera Ría de Arosa (BOE 28.2.2018).

³²⁹ Artículo 39 XVI CC ONCE y su personal (BOE 18.1.2018).

³³⁰ Artículo 30 CC Primark Tiendas, SLU. (BOE 4.9.2021).

³³¹ Artículo 45.1 IX CC Ilunion Outsourcing, SA. (BOE 15.10.2021).

³³² Como acontece con el artículo 45.1 IX CC Ilunion Outsourcing, SA. (Boe 15.10.2021) y el artículo 33 CC Exide Technologies (BOE 20.10.2021).

³³³ Artículo 31.2 CC Uniprex, SAU. (BOE 24.9.2021).

³³⁴ Artículo 25 III CC Cimodin (BOE 28.5.2021).

³³⁵ Artículo 19 CC de European Air Transport Leipzig GMBH (BOE 15.5. 2018).

³³⁶ Artículo 31 CC de ESC Servicios Generales (BOE 4.4.2018).

³³⁷ Artículo 25 III CC Cimodin (BOE 28.5.2021). También 30 días prevé el artículo 19 CC Viajes Ecuador, SA (BOE 6.1.2021).

³³⁸ Artículo 45.1 IX CC Ilunion Outsourcing, SA (BOE 15.10.2021). También prevé 15 días el artículo 14 CC Frit Ravich, SL. (BOE 13.5.2021) aunque pudiera no exigirse plazo alguno por «*situaciones de fuerza mayor*» para los casos de «*excedencia por cuidado de hijos y de un familiar*».

³³⁹ Artículo 37 CC Safety Kleen España, SA. (BOE 27.9.2021).

Muy interesante, por no preverse expresamente en el ET, es la posibilidad de reingresar tras la excedencia voluntaria en una categoría inferior a la propia en los supuestos en los que no hubiera vacante de la categoría del excedente. Los tres convenios que regulan esta cuestión subrayan dos circunstancias en relación con su operatividad: que percibirán «*el salario*» o «*las condiciones*» de la plaza de inferior categoría, y que la situación es transitoria hasta que se produzca una vacante en su categoría³⁴⁰.

Llama la atención la práctica *contra legem* que se avizora en varios convenios que insisten en subrayar que la excedencia voluntaria se concede sin que el período de tiempo compute «*a efectos de antigüedad*», o «*a ningún efecto*»³⁴¹. Si realmente fuese una práctica aislada no tendría mayor trascendencia, pero son varios convenios los que se reafirman en este sentido, generalmente tras indicar (de manera razonable en este caso) que la suspensión contractual por excedencia lo será sin derecho a retribución.

También con dudosa apoyatura legal en algunos otros se vincula la concesión de la excedencia al cumplimiento de determinados requisitos del solicitante (impidiéndose «*a quienes en el momento de solicitarla estuviesen pendientes del cumplimiento de una sanción derivada de la comisión de falta grave o muy grave o sometida a expediente disciplinario por supuestas infracciones de la misma índole*»³⁴²) o de la empresa en relación al volumen de excedencia concedidas simultáneamente (que «*no podrá ser superior al 1% de la plantilla fija a la que es aplicable el presente Convenio, de modo que de existir peticiones que sobrepasen dicho porcentaje permanecerá en situación de espera hasta que se produzca una baja en el cupo por cualquier causa*»³⁴³).

El punto más interesante es el que analiza la creación de excedencias singulares, empleando las posibilidades del artículo 46.6 ET, por circunstancias sobrevenidas atinentes a los trabajadores que, generalmente, no pueden

³⁴⁰ Artículo 27 CC Kiabi España, KSCE, SA. (BOE 28.10.2021); artículo 45.1 IX CC Ilunion Outsourcing, SA. (BOE 15.10.2021), y artículo 28 CC «Prosecur Soluciones» y sus trabajadores (BOE 11.6.2018).

³⁴¹ Los ejemplos encontrados en este sentido son los que siguen: artículo 8.6 CC Compañía Levantina de Bebidas Gaseosas (BOE 29.6.2018); artículo 27 CC Federación Farmacéutica, S. C. C. L. (BOE 22.3.2021); artículo 22.2 III CC Fundación Bancaria Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona «La Caixa» (BOE 6.5. 2021); artículo 15 CC Capital Genetic EBT, SL. (BOE 17.9.2021); artículo 17 CC de Hermandad Farmacéutica del Mediterráneo (BOE 14.10.2021); artículo 45.1 IX CC Ilunion Outsourcing, SA. (BOE 15.10.2021); y artículo 27 CC Kiabi España, KSCE, SA. (BOE 28.10.2021).

³⁴² Artículo 31 CC Uniprex, SAU. (BOE 24.9.2021).

³⁴³ Artículo 23 CC Bimbo Donuts Iberia (BOE 8.2.2019). El artículo 44. CC de Petróleos del Norte (BOE 17.7.2018) establece el umbral en el 2 %, o que «*se hallaran disfrutando la excedencia dos trabajadores o trabajadoras del mismo Departamento*».

ser atendidas mediante los permisos laborales (retribuidos o no) que crea el propio convenio.

Sucintamente enumeradas son las siguientes:

- Excedencias por fallecimiento de familiares³⁴⁴.
- Por «*enfermedad o accidente, una vez transcurrido el período máximo de incapacidad temporal*»³⁴⁵, o motivos de salud (del trabajador o cónyuge)³⁴⁶.
- Por adopción internacional³⁴⁷.
- Excedencia por «*fundamentos de orden familiar*»³⁴⁸, «*asuntos propios*»³⁴⁹, innominada como «*complemento a la excedencia voluntaria regulada en el Estatuto de los Trabajadores*»³⁵⁰, o «*excedencia corta*» sin causa prefijada³⁵¹.
- Por violencia de género hacia la mujer trabajadora³⁵².
- Por suspensión del permiso de conducción³⁵³.
- Privación de libertad «*por delitos o faltas que no hubieran dado lugar a sanción disciplinaria en la empresa*»³⁵⁴.

³⁴⁴ Así, por ejemplo, el artículo 40 VIII CC Decathlon España, SA. (BOE 1.9.2021) regula una «*excedencia especial no retribuida*» para el supuesto de «*fallecimiento del cónyuge del trabajador o trabajadora, de la persona con quien conviva como pareja de hecho debidamente inscrita, o de un familiar de primer grado*», con una duración máxima de tres meses naturales «*contados a partir del cuarto o sexto día, según proceda, del fallecimiento*». Véase también el artículo 21.3 CC Dealz España, SL. (BOE 14.8.2020) que prevé una «*excedencia por fallecimiento de familiares*» para el supuesto de «*fallecimiento del hijo/a o del cónyuge o pareja de hecho del trabajador o trabajadora*», con una duración «*máxima de treinta días naturales*».

³⁴⁵ «*y por el tiempo hasta que la persona trabajadora reciba la Resolución del INSS sobre la calificación o no de incapacidad*». Artículo 45 IX CC Ilunion Outsourcing, SA. (BOE 15.10.2021).

³⁴⁶ Artículo 29 CC Renault España, SA. (BOE 15.9.2021).

³⁴⁷ Artículo 37 II CC Lidl Supermercados, SAU (BOE 11.6.2021), y artículo 9 CC de Thyssenkrupp Elevadores (BOE 3.7.2021).

³⁴⁸ Artículo 44. CC de Petróleos del Norte (BOE 17.7.2018).

³⁴⁹ Artículo 27 CC de NCR España, SL. (BOE 25.11.2021).

³⁵⁰ Con duración máxima de tres o seis meses dependiendo de la antigüedad en la empresa, de dos o cinco años. Artículo 41 XIII CC de Aceites del SurCoosur, SA. (BOE 23.11.2021). Véase también el artículo 36 CC Patentes Talgo (BOE 12.1.2017).

³⁵¹ Artículo 7.5.3 de Lufthansa Cargo (BOE 18.10.2019). También rt. 23.5. XXI CC Lufthansa, Líneas Aéreas Alemanas, y su personal en España (BOE 11.6.2021).

³⁵² Artículo 22.2 III CC Fundación Bancaria Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona «La Caixa» (BOE 6.5.2021); artículo 37 II CC Lidl Supermercados, SAU (BOE 11.6.2021), y Artículo 21 X CC de Supermercados Sabeco, SAU (BOE 6.10.2021).

³⁵³ El artículo 31 CC Sistemas a domicilio SD 2000 SL (BOE 14.3.2014) la prevé para el supuesto de retirada del permiso de conducción «*por tiempo no superior a 4 meses (por causas que no sean de embriaguez, consumo de sustancias estupefacientes o imprudencia temeraria)*», y sin «*más variación que la duración de la misma, que será equivalente a la duración de la privación del carné*».

El artículo 31 CC ESC Servicios Generales (BOE 4.4.2018) regula esta situación diferenciando si la suspensión del permiso lo es por causa tipificada como falta laboral (previando el disfrute obligatorio de las vacaciones y, pasados 90 días, la extinción del contrato) o no (integrándose mientras dure la suspensión en una vacante de otra categoría).

³⁵⁴ Artículo 55 VII CC Diario ABC (BOE 27.2.2020). En este caso, si la sentencia fuese absolutoria o condenatoria con cumplimiento de condena inferior a dos años «*tendrá derecho al reintegro automático*

■ LA REORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO

- Tratamiento de «*toxicomanía o alcoholismo*»³⁵⁵.
- Por estudios³⁵⁶, ampliación de la formación³⁵⁷, perfeccionamiento profesional³⁵⁸, o de realización «*de prácticas/beca curricular o extracurricular en supuestos de convenios de colaboración Universidad/Empresa*»³⁵⁹.
- Por la realización de misiones de cooperación³⁶⁰, o «*acción de voluntariado*»³⁶¹.

En definitiva, supuestos de interrupción de la prestación laboral difícilmente acomodables en la dinámica suspensiva o interruptiva que patrocina la suspensión contractual o los permisos laborales retribuidos.

N) Sanciones y despidos por incumplimiento relacionados con el tiempo de trabajo

La prerrogativa sancionadora constituye una importante vertiente dentro del conjunto de potestades que el ordenamiento jurídico confiere al empresario con el propósito de defender la disciplina de la empresa encuadrándose dentro del poder de dirección del mismo y fundamentándose en la necesidad de un eficiente funcionamiento de la organización productiva de la empresa³⁶². Es menester recordar aquí la premisa básica según la cual el trabajador por cuenta ajena presta sus servicios en el marco organizativo y de dirección del empresario y ha de realizar tal cometido observando sus órdenes e instrucciones en cuanto manifestación del ejercicio regular de su facultad de dirección, que, como ya se ha señalado, se consolida y se refuerza con la potestad sancionadora³⁶³.

en la empresa». Si fuese una condena superior a dos años se continuará en excedencia voluntaria pero «*con derecho preferente de reingreso por el periodo máximo de cinco años*».

³⁵⁵ Artículo 31 CC Euro Depot España (BOE 1.9.2021) con plazo mínimo de «*1 año*». Y artículo 28 Artículo 27 CC Kiabi España, KSCE, SA. (BOE 28.10.2021).

³⁵⁶ Artículo 44. CC de Petróleos del Norte (BOE 17.7.2018), y Artículo 29 CC Renault España, SA (BOE 15.9.2021).

³⁵⁷ Artículo 19 CC Viajes Ecuador, SA (BOE 6.1.2021).

³⁵⁸ Artículo 32.3 II CC Comisión Española de Ayuda al Refugiado (BOE 17.9.2021).

³⁵⁹ Artículo 29 VIII CC Decathlon España, SA (BOE 1.9.2021).

³⁶⁰ Artículo 32.3 II CC Comisión Española de Ayuda al Refugiado (BOE 17.9.2021).

³⁶¹ Artículo 22.2 III CC Fundación Bancaria Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona «*La Caixa*» (BOE 6.5.2021).

³⁶² PRECIADO DOMÈNECH, C. H.: *Teoría general de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo*, Aranzadi, Navarra, 2018, p. 543.

³⁶³ MORENO DE TORO, C.: «*Poder disciplinario, proporcionalidad y discrecionalidad en la imposición de sanciones*», *Temas Laborales*, n.º 101, 2009, p. 256.

El poder de dirección deriva de la consagración constitucional de la libertad de empresa (artículo 38 CE), que integra «*el reconocimiento a los particulares de una libertad de decisión no sólo para crear empresas y, por tanto, actuar en el mercado, sino también para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado*», en palabras del Alto Interprete de nuestra Constitución³⁶⁴. Lo anterior ha de ser interpretado de manera conjunta con el artículo 58 ET, precepto regulador de las «*faltas y sanciones de los trabajadores*», que vuelve a invocar el poder disciplinario del empresario como expresión del poder de dirección con el propósito de garantizar la observancia de las pautas por las que se rige la organización productiva mediante la imposición de sanciones³⁶⁵. El artículo 58.1 ET no sólo reafirma el poder disciplinario del empresario, sino que establece una limitación en la medida en que los incumplimientos y sus consecuencias han de encontrar expresión a través de las disposiciones legales o en el convenio colectivo que resulte de aplicación. Por lo tanto, tratándose de faltas y sanciones en materia de tiempo de trabajo hay que acudir al catálogo de faltas consagradas a través de la negociación colectiva en base al principio de legalidad.

Una vez más, hay que asomarse a las prescripciones convencionales en materia de sanciones y despidos para poder constatar cuales son las consecuencias por aquellos incumplimientos e inobservancias que se produzcan en materia de tiempo de trabajo. En esta orden de ideas, hay que poner de relieve importancia de la graduación de las faltas. Con carácter general, la inmensa mayoría de los convenios colectivos objeto de análisis establece un régimen de faltas laborales y sus correspondientes sanciones. Reafirmando la facultad del empresario de imponer sanciones, los convenios colectivos de empresa trazan la diferenciación entre faltas leves, graves y muy graves considerando los posibles incumplimientos de las personas trabajadoras en materia de tiempo de trabajo. Así, entre las faltas leves encontramos las faltas de puntualidad injustificadas en la entrada o salida del trabajo, la no comunicación a la empresa de la no asistencia al trabajo, el abandono del servicio sin causa justificada, aun cuando sea por un breve periodo, etc.³⁶⁶.

³⁶⁴ SSTC 225/1993, de 8 de julio y 112/2006, de 5 de abril.

³⁶⁵ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: «El poder disciplinario en la empresa», en *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro Homenaje a Tomás Sala Franco*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, p. 1133.

³⁶⁶ Artículo 43.1 CC Fleet Care Services (BOE 12.6.2018), artículo 8 CC Babé y CIA (BOE 23.11.2021), artículo 9.1 CC Compañía Levantina de Bebidas Gaseosas (29.6.2018), artículo 58.3.a) del II CC de Volkswagen Group España Distribución (BOE 6.7.2018), artículo 34.1 CC de la empresa «Prosegur Soluciones y sus trabajadores (BOE 11.6.2018), artículo 64.1 VII CC Grupo Constant Servicios

En el catálogo de faltas graves, la mayoría de los convenios colectivo recogen menciones a las formas más agravadas y prolongadas de faltas de asistencia y absentismo como podrían ser: cuatro faltas o más de puntualidad en la asistencia al trabajo en el periodo de un mes, superior a los diez minutos o hasta cuatro faltas superiores a quince minutos cada una de ellas, la falta de asistencia al trabajo de un día en el período de seis meses, sin causa justificada, la simulación de enfermedad o accidente, no entregar a la empresa el parte de baja de enfermedad o accidente en un plazo de cuarenta y ocho horas desde la fecha en que el médico la emitió, salvo que se pruebe la imposibilidad de hacerlo, etc.³⁶⁷.

Dentro de esta graduación, las faltas muy graves relativas al tiempo de trabajo se enuncian en las cláusulas colectivas como sigue: más de nueve faltas no justificadas de puntualidad cometidas en el período de seis meses o dieciocho en un año, aunque hayan sido sancionadas independientemente, tres o más faltas injustificadas al trabajo en el período de un mes, más de seis en el período de cuatro meses o más de doce en el período de un año, siempre que hayan sido sancionadas independientemente, abandonar el trabajo en puestos de responsabilidad, abandono del servicio de guardia, pérdida reiterada y continuada del tiempo de trabajo descuidando sus actividades para la empresa, etc.³⁶⁸.

Pasando a aquellos constructos convencionales que alejándose del carácter genérico del régimen disciplinario profundizan en la incentivación de la presencialidad, hay que señalar las disposiciones que confieren atención a la ordenación del absentismo. En este sentido, se insiste en la necesidad de reducir y minimizar los índices del absentismo, así como sus efectos sobre la productividad. Para gratificar la presencialidad y aminorar el absentismo, ciertos convenios colectivos establecen una bonificación para los trabajadores³⁶⁹. Otros postulados convencionales reflejan en su articulado la proble-

Empresariales (BOE 31. 5.2018), artículo 36.ICC Auxiliar Logística Aeroportuaria (BOE 22.5.2018), entre otros.

³⁶⁷ Un ejemplo de estas cláusulas lo encontramos en el artículo 44 CC Supercor (BOE 15.5.2018), artículo 64.2 CC European Air Transport Leipzig GMBH (BOE 15.5. 2018), artículo 64 CC Repsol Lubricantes y Especialidades (BOE 14.5.2018), artículo 56 CC CLH Aviación (BOE 26.5.2018), artículo 38 CC ESC Servicios Generales (BOE 4.4.2018), etc.

³⁶⁸ Una expresión convencional de estas cláusulas la encontramos en los artículo 38.3 CC Telefónica Servicios Audiovisuales (BOE 25.1.2018), artículo 52.c) CC de Nuclenor (1.2.2018), artículo 51.3 III CC Fundación Bancaria Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona «La Caixa» (BOE 6.5.2021), artículo 25 CC para el personal de flota de Naviera de Arosa (BOE 28.2.2018)

³⁶⁹ El artículo 22 del XIII CC Aceites del SurCoosur (BOE 23.11.2021) contempla que «*La Empresa y los Representantes de los Trabajadores, conocedores y conscientes de la necesidad de reducir el índice de absentismo en la empresa –situación ésta también preocupante en el mercado laboral español–, acuerdan colaborar conjuntamente para minimizar los índices actuales y por consecuencia los*

mática derivada del absentismo y la necesidad de adopción de un plan, junto con los representantes de los trabajadores, para tratar de reducir el porcentaje de inasistencia³⁷⁰. Resultan bastante llamativas aquellas disposiciones que contornan un régimen de las ausencias disponiendo, entre otras, que el reposo domiciliario prescrito por un facultativo médico oficial no supone una baja médica y que, en consecuencia, no será retribuido³⁷¹.

Otros preceptos convencionales que destacan por la singularidad de sus disposiciones serían aquellos que, en las empresas dedicadas al transporte, disponen que las personas trabajadoras que hayan sido sancionadas con la retirada del carné de conducir por la comisión de un delito o falta durante la jornada laboral incurrirán en falta muy grave³⁷². También encontramos convenios colectivos que establecen la movilidad funcional de la persona trabajadora en el supuesto de la retirada temporal del carné de conducir con la retribución propia de la nueva función³⁷³. Por el contrario, en otros convenios colectivos, nos encontramos con artículos que contemplan que, en caso de privación del permiso de conducir por infracciones de circulación, la empresa le proporcionará otro puesto de trabajo conservándoles las retribuciones propias de su categoría³⁷⁴.

3. BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA IZQUIERDO, R. y CRISTÓBAL RONCERO, R.: «Nuevas tecnologías y tiempo de trabajo: el derecho a la desconexión tecnológica», en *El futuro del trabajo que queremos*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2017.

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

efectos en la productividad de la compañía. Las partes acuerdan incentivar la reducción del absentismo, para ello: Se bonificará la reducción del absentismo que se reduzca en 2 puntos o más por debajo de la media anual del índice de absentismo anual (enero a diciembre) del sector industrial (publicado por el Ministerio de Trabajo); abonándose por cada empleado contratado y año un Bonus de 120 euros brutos. El empleado tendrá derecho siempre que esté de alta en la empresa durante todo el año de medición del índice y en el momento del abono, que será en la nómina de abril». En términos similares, se sitúa el artículo 22 II CC Enersur Siglo 21 (BOE 15.11.2021) y el artículo 44 IX CC Ilunion Outsourcing (BOE 15.10.2021).

³⁷⁰ Así se pronuncia el artículo 44 IX CC Ilunion Outsourcing que señala que «[...] la empresa establecerá en colaboración con la representación de los trabajadores los planes que se consideren más eficaces para tratar de reducir el porcentaje de absentismo de la plantilla».

³⁷¹ Artículo 14 CC Capital Genetic EBT (BOE 17.9.2021).

³⁷² Artículo 28 CC Autotransporte Turístico Español (BOE 27.9.2021).

³⁷³ Artículo 68 III CC Ilunion Seguridad (BOE 1.9.2021).

³⁷⁴ Artículo 11 CC Compañía Asturiana de Bebidas Gaseosas (BOE 20.1.2020).

- ARETA MARTÍNEZ, M.: «El ámbito de aplicación del régimen sobre descansos alternativos regulado en el Estatuto Marco del Personal Estatutario», *Estudios*, vol. 21, n.º 1, 2011.
- BASTERRA HERNÁNDEZ, M.: «El tiempo de trabajo en los instrumentos de la OIT: una perspectiva desde el ordenamiento español», *Documentación Laboral*, n.º 116, 2019.
- *Tiempo de trabajo y tiempo de descanso*, Tirant, Valencia, 2017.
- CASAS BAAMONDE, M. E.: «La organización del tiempo de trabajo con perspectiva de género: la conciliación de la vida privada y la vida laboral», *Documentación Laboral*, n.º 117, 2019.
- DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M. L.: «Contenidos de la negociación en el nuevo contexto laboral: el tiempo de trabajo y la distribución irregular de la jornada», *Temas Laborales*, n.º 140, 2017.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: «El poder disciplinario en la empresa», en *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro Homenaje a Tomás Sala Franco*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.
- LLORENS ESPADA, J.: «Los tiempos de disponibilidad, su cómputo como de trabajo efectivo y su regulación en la negociación colectiva», *Lan Harremanak*, n.º 44, 2020.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «Elementos delimitadores del derecho a vacaciones», *Themis Revista de Derecho*, n.º 65, 2014.
- FITA ORTEGA, F.: «Trabajo nocturno», en *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Lex Nova, Navarra, 2016.
- IGARTUA MIRÓ, M. T.: «La obligación de registro de la jornada de trabajo tras el RDL 8/2019», *Temas Laborales*, n.º 147, 2019.
- MORENO DE TORO, C.: «Poder disciplinario, proporcionalidad y discrecionalidad en la imposición de sanciones», *Temas Laborales*, n.º 101, 2009.
- MORENO DE TORO, C. y RODRÍGUEZ CRESPO, M. J.: «Ejercicio y límites del *ius variandi* del empresario. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 25 de febrero de 2008», *Temas Laborales*, n.º 98, 2009.
- NORES TORRES, L. E.: «Los descansos «intra-jornada» e «inter-jornadas», en *El tiempo de trabajo en la negociación colectiva*, Ministerio de Trabajo e Inmigraciones, Madrid.
- PÉREZ AMORÓS, F.: «Tiempo y trabajo. Algunas consideraciones sobre el trabajo nocturno y trabajadores nocturnos», en *Tiempo de trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2007.
- PRECIADO DOMÈNECH, C. H.: *Teoría general de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo*, Aranzadi, Navarra, 2018.
- RAMOS QUINTANA, M. I.: «Los descansos laborales», en *Tiempo de trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2007.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «Tiempo de trabajo y nuevo contexto productivo: limitación cuantitativa y promoción equilibrada de su ordenación flexible», en *El Estatuto de los Trabajadores 40 años después*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2020.

- RODRÍGUEZ PASTOR, G. E.: «El registro diario de la jornada de trabajo a debate», *Revista de Derecho Social*, n.º 82.
- SEMPERE NAVARRO, A.: «Descanso semanal, fiestas y permisos», en *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Aranzadi, Navarra, 2010.
- VV. AA. (Dir. SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.; Coord. KAHALE CARRILLO, D. T., y VELASCO PORTERO, T.): *El principio igualdad en la negociación colectiva*, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Empleo y Seguridad Social (Colección: Informes y Estudios. Serie: Relaciones Laborales núm. 11), Madrid, 2016.
- VELASCO PORTERO, M. T.: «Impacto sobre el trabajador de la obligación de registro horario a la luz de las primeras resoluciones judiciales», *Temas Laborales*, n.º 151, 2020.

QUINTA PARTE

VICISITUDES

CAPÍTULO XV

MODIFICACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 41 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

ALBERTO CÁMARA BOTÍA

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia

1. LAS FACULTADES EMPRESARIALES PARA MODIFICAR EL TIEMPO DE TRABAJO

La complejidad y el «tratamiento normativo fragmentario y oscuro» son características que viene presentando la modificación del tiempo de trabajo por decisión empresarial en el ordenamiento laboral español¹. Son consecuencias derivadas, en buena parte, de: a) la concurrencia de normas diferentes que atribuyen al empresario un poder de modificación de los elementos temporales de la prestación laboral; y b) de la construcción del artículo 41 ET sobre el concepto jurídico indeterminado de modificación sustancial². En relación con

¹ MARTÍN VALVERDE, A.: «Modificaciones de la jornada y del horario de trabajo», en DE LA VILLA GIL, L. E. (Coord.): *Estudios sobre la jornada de trabajo*, ACARL, Madrid, 1991, p. 684.

² RIVERO LAMAS, J.: «Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Algunos problemas del artículo 41 ET», en VV. AA: *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Prof. Manuel Alonso García*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 250 a 252.

el primero de los factores enunciados hay que tener en cuenta que el artículo 41 ET no es el único precepto legal configurador de un poder empresarial para modificar el tiempo de trabajo³, pues: i) el artículo 34.2 ET asigna al empresario, en defecto de pacto, la facultad de distribuir irregularmente el diez por ciento de la jornada de trabajo a lo largo del año; y ii) el artículo 47.1 y 7 ET permite que, ante causas económicas, técnicas, organizativas o productivas, el empresario reduzca temporalmente entre el diez y el setenta por ciento de la jornada de trabajo. Se produce así la concurrencia de los artículos 34.2 y 41.1.b) ET, por un lado, y 47 y 41.1.a) ET, por otro. Surge, por tanto, la necesidad de delimitar el ámbito de aplicación del artículo 41 ET fronterizo, en materia de modificación del tiempo de trabajo, con los artículos 34.2 y 47 ET. Una vez delimitado el espacio normativo exterior al artículo 41 ET debe analizarse su configuración interna, básicamente, los límites entre modificaciones esenciales y accidentales del tiempo de trabajo, estando estas últimas incluidas dentro del *ius variandi*⁴ empresarial.

2. LA DISTRIBUCIÓN IRREGULAR Y FLEXIBLE DE LA JORNADA DE TRABAJO

A) Flexibilidad en la distribución del tiempo de trabajo

El artículo 34.2 ET reconoce al empresario la facultad de modificar la distribución de la jornada de trabajo sin necesidad de acudir al procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo [artículo 41.1.b) ET]. La irregularidad de la distribución de la jornada de trabajo (art. 34.2 ET)⁵ consiste en que durante cierto período se presta «una actividad superior a la promediada y en otros [...] lo contrario» (STS 173/2021, de 9 de febrero [rec. 111/2019])⁶ y puede ser resultado de: a) su originaria fijación irregular en el convenio colectivo o acuerdo de empresa; y b) de la alteración de una previa

³ Las modificaciones temporales impuestas por las normas sanitarias generadas por el COVID-19 no constituyen modificación sustancial de condiciones de trabajo sino aplicación de un mandato normativo: SSTS 518/2021, de 12 de mayo (rec. 164/2020); 794/2021, de 15 de julio (rec. 74/2021); y 1279/2021, de 16 de diciembre (rec. 197/2021).

⁴ La expresión *ius variandi* se utiliza, en el sentido acuñado por Montoya, como potestad del empresario de modificar no sustancialmente la prestación laboral. MONTAYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, 42 ed., Tecnos, Madrid, 2021, pp. 386 y 387.

⁵ IGARTUA MIRÓ, M. T.: *Ordenación flexible del tiempo de trabajo: jornada y horario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 85 a 88.

⁶ STS de 19 de noviembre de 2002 (rec. 58/2002): «la jornada anual se halla distribuida de forma irregular en módulos semanales que en esencia consisten [...] en que trabajan unas semanas treinta y

determinación. Se habla así de una distribución irregular originaria o estática frente a otra sobrevenida, dinámica⁷ o flexible⁸. Ambas permiten que en cada sector o empresa se valoren las necesidades de trabajo y se ajusten a ella los tiempos de la prestación, evitando configuraciones rígidas con colocación del tiempo de trabajo en momentos improductivos, pues «el empresario compra directamente tiempo de trabajo pero lo que realmente busca es el resultado productivo del mismo», por lo que «pretenderá que las horas que compre se sitúen en los momentos en que resultan más productivas»⁹. Esta finalidad se intensifica ante las actuales transformaciones organizativas y productivas que «hacen pasar las exigencias de flexibilidad en la distribución del tiempo de trabajo a un primer plano»¹⁰. La distribución irregular de la jornada de trabajo se inserta así dentro del tópico de la flexibilidad laboral interna, pues su objeto es «lograr una mayor flexibilidad en la utilización de la fuerza de trabajo disponible en cada momento por la empresa»¹¹, objetivo compartido por las sucesivas reformas de la legislación laboral española de finales del siglo XX y principios del XXI¹².

El artículo 34.2 ET acoge ambas versiones, estática y dinámica, de la distribución irregular de la jornada de trabajo¹³: mientras su primer párrafo describe la opción de distribuir inicial e irregularmente la jornada a lo largo del año, las referencias contenidas en sus párrafos segundo y tercero al preaviso del trabajador y a la compensación de diferencias por exceso o por defecto entre la jornada realizada y la prevista solo cobran sentido como parte de la modificación de una previa distribución del tiempo de trabajo. Así lo confirma la lectura de la STS 857/2019, de 11 de diciembre (rec. 147/2018)¹⁴ que expresamente califica como distribución irregular de la jornada de trabajo la norma convencional que permite al empresario la alteración de la planificación del tiempo de trabajo previamente establecida:

cinco horas y otras cuarenta y dos [...] o sea, se trata de un colectivo que tiene una jornada anual repartida en módulos semanales de una forma especial o irregular».

⁷ 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), p. 71.

⁸ ROQUETA BUJ, R.: *La flexibilidad interna tras la reforma laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

⁹ ALARCÓN CARACUEL, M. R.: «La jornada ordinaria de trabajo y su distribución», en VV. AA.: *Tiempo de Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2008, p. 42.

¹⁰ CRUZ VILLALÓN, J.: «Modificación del tiempo de trabajo», *Revista de Derecho Social*, núm. 38 (2007), p. 30. GOERLICH PESET, J. M.: «Tiempo de trabajo y negociación colectiva», en GOERLICH PESET, J. M. (Coord.): *El tiempo de trabajo en la negociación colectiva*, MTIN, Madrid, 2008, p. 18.

¹¹ ROQUETA BUJ, R.: «La jornada de trabajo y su determinación», en GOERLICH PESET, J. M. (Coord.): *El tiempo de trabajo en la negociación colectiva*, MTIN, Madrid, 2008, p. 64.

¹² RIVERO LAMAS, J.: «Régimen de la jornada y de los horarios en la reforma del Estatuto de los Trabajadores», *Documentación Laboral*, núm. 47 (1995), p. 26.

¹³ ROQUETA BUJ, R.: «Tiempo de trabajo y períodos de descanso», en GOERLICH PESET, J. M.: *Derecho del Trabajo*, 9.ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 320.

¹⁴ Véase, también, STS 755/2017, de 3 de octubre (rec. 202/2016).

«partiendo de que todo trabajador tiene planificado anualmente su ciclo de días de trabajo y descanso, la aplicación del precepto implica que el empresario puede modificar anualmente dicha planificación [...], de tal manera que el operario deberá trabajar, a requerimiento de la empresa, cuatro días en los que, en principio y según la planificación anual, debería haber descansado. Tal sistema implica que, establecida regularmente la jornada a través de ciclos previamente fijados en el calendario laboral de días de trabajo y descansos, el convenio permita a la empresa que pueda alterar ese régimen de distribución regular en cuatro días a lo largo del año. Aunque tal posibilidad es mucho menor que la establecida en el artículo 34.2 ET a favor del empresario cuando no hay disposición de convenio o acuerdo, no por ello deja de ser una posibilidad de distribuir irregularmente la jornada».

B) El reconocimiento legal del poder empresarial de distribuir irregularmente la jornada de trabajo al margen del artículo 41 ET

El artículo 34.2 ET configura, en defecto de pacto, un poder empresarial para distribuir irregularmente a lo largo del año el diez por ciento de la jornada de trabajo. El pacto colectivo, convenio o acuerdo, podrá excluir su aplicación o reglamentarlo, determinando requisitos causales y procedimentales para su ejercicio. Tanto si se atribuye por convenio colectivo como si se ejerce en defecto de éste, se trata de un poder empresarial que opera al margen del artículo 41 ET, y al que su configuración con carácter dispositivo eleva a condición de normalidad. Esta es la situación en la que se encuentra tras la reforma laboral de 2012¹⁵, resultado de una evolución iniciada en la reforma de 2010¹⁶, prolongada en la de 2011¹⁷ y consolidada en la norma actualmente vigente, cuyas líneas generales se exponen a continuación.

Antes de la reforma laboral de 2012¹⁸ la distribución irregular de la jornada, excepción a la regla de distribución regular¹⁹, era monopolio del convenio colectivo o acuerdo de empresa²⁰. Esta reserva a favor de la autonomía colectiva

¹⁵ Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. El artículo 34.2 fue posteriormente modificado por el Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores.

¹⁶ Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

¹⁷ Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva.

¹⁸ RODRÍGUEZ PASTOR, G.: *El régimen jurídico de la distribución de la jornada de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 285 y ss.

¹⁹ ROQUETA BUJ, R.: *La flexibilidad interna*, cit., p. 22.

²⁰ Se trataba, por tanto, de una «relación de supletoriedad ley/convenio que permite a la negociación colectiva inaplicar la jornada semanal de 40 horas siempre que la nueva distribución convencionalmente

conllevarla la exclusión como instrumentos reguladores de la distribución irregular tanto del contrato de trabajo, con opiniones doctrinales en contra²¹, como del poder de dirección del empresario, ni directamente ni al amparo de autorizaciones generales e incondicionadas²². Los tribunales, ante la falta de regulación legal expresa²³, confirmaron «genéricamente la validez de los sistemas distributivos convencionales elásticos» en los que el convenio colectivo podría atribuir al empresario «importantes márgenes de actuación unilateral en materia de distribución de la jornada», disponiendo de este modo de una facultad que «no necesariamente debe ser configurada como una medida causalizada»²⁴. Se afirmó así que el mecanismo de distribución irregular «constituía una excepción en toda regla al mecanismo de modificación sustancial de condiciones de trabajo en el ámbito del horario y la distribución del tiempo de trabajo»²⁵.

La decisión de referencia en esta materia es la STS de 15 de diciembre de 1998 (rec. 1162/1998). El convenio colectivo preveía una jornada máxima laboral anual, atribuyendo al empresario amplias facultades para su distribución. La regulación convencional se impugnó alegando «una indeterminación total de la jornada [...] incompatible con los artículos 34 y 35 del Estatuto de los Trabajadores, puesto que la duración de la misma y, por tanto, la constancia del inicio y finalización, es un dato de inexcusable cumplimiento jurídico, y por ello, la variabilidad de la jornada y horario de trabajo en atención a la decisión que en cada momento acuerde la empresa, es incompatible con esta certeza y determinación legalmente exigida». El Tribunal Supremo entendió ajustada a Derecho la citada cláusula que resultaba encuadrable dentro del contenido del artículo 34.2 ET: «las discutidas reglas, responden a la facultad que confiere el artículo 34.2 del Estatuto [...]. Pues esta norma, autoriza que el convenio colectivo con los límites que señala, establezca la distribución irregular de la jornada a lo largo del año siempre que respete los períodos mínimos de descanso dispuestos legalmente».

Solución distinta se dio al supuesto en el que la fuente del *ius variandi* empresarial se situó en el puro acuerdo contractual. Así la STS de 7 de no-

prevista no implique superar la jornada máxima anual y se respeten los descansos legales o pactados» (MONREAL BRINGSVAERD, E.: *La jornada de trabajo: ley y convenio colectivo*, CES, Madrid, 2005, p. 172).

²¹ Alarcón Caracuel: «es perfectamente legal establecer en el contrato individual de trabajo una distribución irregular de la jornada de trabajo» (*cit.*, p. 46). CÁMARA BOTÍA, A.: «La organización del tiempo de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 23 (2000), pp. 82 y 83.

²² ROQUETA BUJ, R.: «La jornada de trabajo y su determinación», *cit.*, p. 66.

²³ ROQUETA BUJ, R.: *La flexibilidad interna*, *cit.*, p. 24.

²⁴ MONREAL BRINGSVAERD: *cit.*, pp. 173 y 174.

²⁵ BALLESTER PASTOR, *cit.*, p. 71.

viembre de 2008 (rec. 37/2008) enjuició determinadas cláusulas contractuales que dejaban un amplísimo ámbito de actuación al empresario: «Dadas las particularidades del servicio a prestar, ambas partes pactan expresamente la modificación de la jornada como condición normal del contrato de trabajo. Llegado el caso, la jornada de trabajo se incrementará o reducirá según las necesidades del servicio, comunicándose la variación por escrito con una antelación mínima de 48 horas». Para el Tribunal las cláusulas citadas «al contemplar, como condición normal del contrato y sin ninguna otra limitación, la posibilidad de que la empresa modifique (incrementando o reduciéndolos) unilateralmente la jornada y el salario de los trabajadores afectados» en función de las necesidades empresariales implicaba una renuncia de derechos indisponibles derivados del artículo 41 ET y resultaba contraria a la regla que prohíbe dejar al arbitrio de uno de los contratantes la validez y el cumplimiento de los contratos (art. 1256 Cod. Civil)²⁶.

La necesidad de alcanzar un acuerdo colectivo para posibilitar la distribución irregular de la jornada de trabajo fue, probablemente, la razón de su limitada aplicación²⁷. Las reformas de 2011 y de 2012 la facilitarían. El primer paso se dio en 2011 al modificar el artículo 85.3.i)1.º ET²⁸ y establecer, salvo pacto en contrario, un cinco por ciento de distribución irregular de la jornada de trabajo. El sentido de la nueva norma quedó claro: se trataba de una reacción legal frente

²⁶ Al margen del artículo 34.2 ET se reconocían dos posibilidades de actuación de la autonomía individual y del poder directivo empresarial conducentes a una limitada distribución irregular de la jornada de trabajo. Por una parte, la utilización de las horas extraordinarias pactadas en el contrato de trabajo permitía la «recolocación» del tiempo de trabajo previamente distribuido. Venía entendiéndose que a falta de previsión expresa correspondía al empresario decidir sobre el momento del descanso compensatorio (art. 35.1 ET) y que la exclusión del cómputo de las horas descansadas a efectos del máximo legal suponía disponer de una bolsa de ochenta horas extraordinarias (art. 35.2.2.º ET). Tanto la compensación por descanso dentro de los cuatro meses como la exclusión del cómputo de las horas descansadas conducían a la distribución irregular y a la flexibilización de la jornada de trabajo. Por otra parte, también la acumulación del descanso semanal (art. 37.1 ET) podría llevar a una distribución irregular de la jornada de trabajo, al entender atribuida al empresario la facultad de acumular «de forma implícita, en defecto de convenio o de previsión convencional» [MONREAL BRINGSVAERD: *cit.*, pp. 193, 196 a 198 y 207].

²⁷ Durante los años 2008 y 2009 las cláusulas sobre distribución irregular de jornada no alcanzaban «al 50% de los trabajadores cubiertos por convenios colectivos» [GOERLICH PESET, J. M.: «Contenido y vigencia de los convenios colectivos: Transformación del contenido mínimo, robustecimiento de las comisiones paritarias y nuevo régimen de ultraactividad», en GARCÍA-PERROTE, I. y M., J. R. (Dir.): *La reforma de la negociación colectiva*, Lex Nova, Valladolid, 2011, p. 107].

²⁸ El nuevo texto decía: «sin perjuicio de la libertad de contratación a que se refiere el párrafo anterior, los convenios colectivos habrán de expresar como contenido mínimo lo siguiente:

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 aquélla, 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».

al marco normativo preexistente. Así se dijo que la finalidad de la nueva norma era «forzar» a la negociación colectiva, de modo que la distribución irregular de la jornada se extendiera «a todas las unidades de negociación, garantizando en todas ellas que, al menos un mínimo porcentaje de aquélla, pueda ser organizado a criterio empresarial»²⁹. Por otra parte, se trataba no tanto de una norma sobre contenido mínimo de los convenios colectivos, sino de una regla legal subsidiaria aplicable «en defecto de la regulación requerida a las partes de la negociación colectiva», de modo que «para todos los sectores y actividades» se establecía «una norma de horario variable [...] salvo pacto colectivo en contrario» que fijara otros porcentajes distintos de distribución irregular del tiempo de trabajo³⁰.

La reforma laboral de 2012 incorporó al *ius variandi* la facultad de distribuir irregularmente a lo largo del año el diez por ciento de la jornada de trabajo, condicionando de este modo el contenido de los convenios y acuerdos colectivos en esta materia³¹. Su reconocimiento con carácter dispositivo para la negociación colectiva implica: a) que se aplicará «a no ser que otra cosa se haya dispuesto»³², por lo que «puede ser apartado o desconocido o sustituido»³³ por el pacto; y b) que su ejercicio entra dentro de la normalidad del poder directivo empresarial, pues las normas de carácter dispositivo tienen una «función ordenadora» y efectúan la «regulación normal» de una institución³⁴. Quiere decirse con esto, que para la ley la flexibilidad en distribución de la jornada de trabajo pasa a ser algo normal y por tanto también lo será que el convenio colectivo la contemple y excepcional que la excluya. La normalidad de la figura queda confirmada por cuanto la ley no exige justificación causal ni impone límite temporal para su ejercicio³⁵.

²⁹ GOERLICH PESET: «Contenido y vigencia de los convenios colectivos...», *cit.*, p. 107. Para MARTÍNEZ YÁÑEZ: «el precepto funcionaba como una medida de presión dirigida a los negociadores de convenios colectivos para que incluyesen un porcentaje de jornada irregular, ya que de no hacerlo se produciría una extensión del poder organizativo empresarial» [MARTÍNEZ YÁÑEZ, N. M.: «Las fuentes de la distribución irregular de la jornada tras las sucesivas reformas laborales», *Relaciones Laborales*, núm. 5 (2013), p. 62].

³⁰ MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 20.^a ed., 2011, pp. 366 y 583. Para el precepto vigente según la Ley 3/2012: 29.^a ed., 2020, p. 641.

³¹ VALVERDE ASENCIO, A. J.: «Tiempo de trabajo. En particular, sobre la nueva facultad empresarial de distribución irregular de la jornada como mecanismo de flexibilidad interna», en DEL REY GUANTER, S. (Dir.): *La reforma del mercado de trabajo y su impacto en el sistema de relaciones laborales*, La Ley Madrid, 2013, pp. 161, 164 y 165.

³² D'ORS, Á.: *Nueva introducción al estudio del derecho*, Civitas, Madrid, 1999, p. 67.

³³ CARRASCO PERERA, Á. y GONZÁLEZ CARRASCO, C.: *Introducción al Derecho y Fundamentos de Derecho Privado*, Tecnos, Madrid, 2013, p. 27.

³⁴ Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 6.^a ed., 2007, p. 430. MORALES MORENO, A. M.: «Derecho dispositivo», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II, Civitas, Madrid, 1995, p. 2279.

³⁵ VALVERDE ASENCIO: *cit.*, p. 159.

Presupuesto de ejercicio de la facultad empresarial de distribución irregular del tiempo de trabajo es la falta de acuerdo colectivo que tome una opción distinta de la legalmente prevista con carácter dispositivo. El convenio colectivo y el acuerdo de empresa encajan en el pacto al que se refiere el artículo 34.2 ET pues a ellos se refiere la oración antecedente en el mismo párrafo. «En defecto de» ese pacto actuará el poder empresarial. Parece claro que el precepto se refiere a los casos en los que ni el convenio colectivo ni el acuerdo de empresa prevean tal distribución irregular³⁶. A propósito del contenido de estos instrumentos colectivos se ha señalado que la ley «no limita ni recoge como mínimo indispensable o indisponible, cuál sea la extensión del acuerdo sobre distribución irregular», ni cuándo «se ha regulado suficientemente la distribución irregular de tal forma que evite la aplicación de la facultad legal» de modo que vale «cualquier cláusula incorporada a la negociación colectiva que implique o permita dicho mecanismo de distribución irregular»³⁷. Poca duda se planteará en los casos en los que el convenio o acuerdo colectivos regulen o prohíban expresamente la distribución irregular de la jornada de trabajo. Fuera de ellos debería entenderse admisible el *ius variandi* empresarial si el convenio colectivo o el acuerdo de empresa «no lo impiden»³⁸.

El poder empresarial para distribuir flexiblemente la jornada de trabajo también se ha visto fortalecido al establecer la empresa³⁹ como ámbito prioritario de regulación de la distribución del tiempo de trabajo [art. 84.2.b) ET], indisponible para los acuerdos interprofesionales *ex* artículo 83.2 ET (art. 84.2 ET)⁴⁰.

C) El *ius variandi* empresarial para distribuir irregularmente la jornada de trabajo

El nuevo artículo 34.2 ET supuso «un cambio trascendental con respecto a la regulación precedente»⁴¹, al permitir al empresario modificar la distribu-

³⁶ STS 1057/2016, de 14 de diciembre (rec. 17/2016) admite la aplicabilidad de un acuerdo de empresa (acuerdo parcial *ex* artículo 86.3 ET) de distribución irregular de jornada en los centros de trabajo de la empresa «que se rijan por convenios que hayan perdido su vigencia o que no tengan incorporada regulación sobre distribución irregular de la jornada o disponibilidad horaria en aplicación del apartado 2 del artículo 34 ET».

³⁷ VALVERDE ASENCIO: *cit.*, pp. 170 y 174.

³⁸ SEMPERE NAVARRO, A. V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R.: *Claves de la reforma laboral de 2012*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, p. 198.

³⁹ MONREAL BRINGSVAERD: *cit.*, p. 177. ROQUETA BUJ, R.: *La flexibilidad interna...*, *cit.*, p. 23.

⁴⁰ VALVERDE ASENCIO: *cit.*, p. 176.

⁴¹ ROQUETA BUJ, R.: *La flexibilidad interna...*, *cit.*, pp. 28 y 29. Señala que «las empresas dispondrán de una bolsa de horas flexibles igual al 10% de la jornada máxima anual legal [...] o convencional aplicable, que podrán variar sin aumentar la jornada anual aplicable ni superar el límite diario establecido legalmente en nueve horas».

ción de la jornada de trabajo prevista sin someterse a los requisitos del artículo 41 ET⁴². El poder empresarial del artículo 34.2 ET no está sometido a los presupuestos causales ni a los cauces procedimentales del artículo 41 ET. La distribución irregular se aplica a los contratos a tiempo parcial y a tiempo completo⁴³; a quienes trabajan en exclusiva para un empresario y a quienes están pluriempleados⁴⁴; a los contratos de duración indefinida y a los de duración determinada; a quienes presten servicio durante todo el año como a quienes lo hagan durante un período inferior⁴⁵. El ejercicio de este poder:

a) No requiere la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o productivas, es un poder acausal, sobre el que sólo operarán los límites genéricos al ejercicio de los derechos (buena fe y prohibición del abuso del derecho [art. 7 Cod. Civil]). En este sentido apunta la STS 119/2020, de 10 de febrero (rec. 137/2018) al señalar que el empresario puede hacer uso de esta facultad «de forma racional y no arbitraria», por lo que su decisión «siempre habrá de fundarse en causas conectadas con la utilidad y necesidades del funcionamiento de la empresa». Recoge así el precedente de la STS de 15 de di-

⁴² STSJ Madrid 971/2019, de 23 de octubre (rec. 201/2019).

⁴³ STS de 17 de diciembre de 2012 (rec. 281/2011) confirma, sin mayor argumentación, la regla de convenio colectivo conforme a la cual «la empresa no podrá distribuir irregularmente la jornada de aquellos trabajadores contratados a tiempo parcial cuya jornada sea inferior a treinta horas semanales».

⁴⁴ No es difícil pensar que la distribución irregular de la jornada que suponga previa alteración de la jornada planificada puede llevar a situaciones de imposible cumplimiento. Cuando la variación se canaliza por la vía del artículo 41 ET el trabajador puede tener derecho a la extinción indemnizada del contrato (art. 41.3 ET), lo que no sucede en el supuesto del artículo 34.2 ET.

⁴⁵ En estos últimos supuestos pueden plantearse determinados problemas de ajuste. Un buen ejemplo se encuentra en la STS de 25 de febrero de 2008 (rec. 1058/2007). El convenio colectivo preveía una distribución irregular de la jornada de trabajo en función de la cual «durante una parte del año se trabajan 5 horas más a la semana de las 35 previstas con carácter general y durante la otra parte se trabajan diez menos» (FJ 2). Quien prestaba servicios durante la parte del año con jornada de mayor duración no podía compensar el exceso de horas con la jornada inferior fijada en los meses restantes, por lo que reclama su compensación como horas extraordinarias. Entendió el Tribunal que «habida cuenta de la duración de la relación laboral, el actor ha trabajado [...] más [horas] de las que correspondían a su jornada anual máxima y, consiguientemente, estas horas deben serle retribuidas como extraordinarias» (FJ 3). Muy ilustrativo el FJ 4: «A este respecto y como resumen de lo que se acaba de señalar, la Sala hace suyo el acertado y gráfico razonamiento que se contiene en la alegación II del escrito de impugnación del recurso, cuando dice:

“¿Qué ocurre cuando un trabajador temporal, cual es el presente caso, presta sus servicios en la época donde la jornada es más intensa –período del 1 de octubre al 31 de mayo– y no puede compensar el exceso de jornada con la reducción de la misma que se produce en el período que transcurre entre el 1 de junio y el 30 de septiembre por extinción de su contrato de trabajo? La respuesta lógica es que realiza un exceso de jornada que de alguna forma se debe compensar, pues de otra manera habría trabajado más tiempo que sus compañeros, por igual salario, incluso se produciría una discriminación injustificada pues, por el mero hecho de que su contrato temporal haya transcurrido durante un determinado período del año, tendría la obligación de trabajar una hora adicional diaria sin derecho a ninguna compensación, ni económica ni en descanso (por resultar imposible, dado que el contrato fenece antes de que se inicie el período donde la jornada es reducida) [...]». Problemática paralela a la regularización del tiempo trabajado planteará la del salario.”»

ciembre de 1998 (rec. 1162/1998): el empresario no puede hacer uso de esta facultad «a su capricho, arbitrariamente o de manera irracional, como en general, no puede hacerlo con ninguna de las facultades en que se vertebra el poder de dirección de la actividad laboral. Ningún poder jurídico tolera ser ejercitado con abuso (artículo 7.2 Código Civil), cosa que sucede cuando su titular lo emplea, con daño de terceros, para fines ajenos a los que determinaron su concesión. La decisión empresarial de fijar el horario de trabajo, siempre habrá de fundarse en causas conectadas con la utilidad y necesidades del funcionamiento de la empresa, la concurrencia de las cuales es aspecto susceptible de someterse al control judicial, caso de discrepancia.»

b) Puede aplicarse, cualquiera que sea el número de trabajadores afectados, sin necesidad de someter la decisión empresarial a un previo período de consultas o negociación colectiva con los representantes de los trabajadores. Se trata, por tanto, de una facultad incluida en el *ius variandi* empresarial.

La línea de delimitación entre el *ius variandi* empresarial y la modificación sustancial de condiciones de trabajo está marcada por el porcentaje de jornada irregularmente distribuida: más allá del diez por ciento habrá que acudir al procedimiento del artículo 41 ET⁴⁶. Sobre este porcentaje límite hay que tener en cuenta:

a) Para su cómputo la STS 119/2020, de 10 de febrero (rec. 137/2018) resuelve la duda sobre si se debe calcular «valorando exclusivamente la jornada que inicialmente se distribuye irregularmente o, si junto a esa valoración se debe computar también las mismas horas en el día en que quedan compensadas esa irregularidad». Las diferencias entre ambos modos son importantes, pues si se hiciera de este último modo el número de horas alteradas se duplicaría. Para esta sentencia la cuenta «no puede realizarse contando doblemente las horas alteradas», sino que solo deben sumarse «aquellas que no se quieren cubrir en el momento fijado que son las únicas que se ven afectadas por la distribución irregular». Aunque «es cierto que la modificación del horario que supone la distribución irregular de la jornada va a tener un efecto doble al tener que cumplir las horas en otro día o jornada laboral [...] ello no significa que la simple traslación de las horas implique que estemos ante otra distinta y computable distribución irregular. Las horas irregulares son únicas, siendo indiferente el momento en que se recuperan. [...] si la jornada se reduce a menos horas de las ordinarias para im-

⁴⁶ STS 1043/2021, de 20 de octubre (rec. 128/2021): «debe aplicarse la regulación establecida en el artículo 34.2 del ET que, en defecto de pacto, permite que la empresa pueda distribuir de manera irregular a lo largo del año el 10% de la jornada de trabajo. Al no haberse superado el citado porcentaje, no era necesario el acuerdo con los representantes de los trabajadores».

putarlas en otro momento, ello tan solo supone que se deban recuperar [...]. Si ello es así, resulta que esas horas, aunque hayan alterado el cuadro ordinario del trabajador, tan solo deben trasladarse a otro día o jornada, pero ello no significa que esa recuperación conlleve otro nuevo cómputo de jornada irregular».

b) El diez por ciento opera como límite para el poder empresarial directamente derivado del artículo 34.2 ET, no para el caso de que sea el convenio el que permita la distribución irregular, pues el convenio colectivo o el acuerdo de empresa pueden distribuir irregularmente la jornada de trabajo sin límite. Así lo afirman las SSTs de 16 de abril de 2014 (rec. 183/2013) y 857/2019, de 11 de diciembre (rec. 147/2018): «el artículo 34.2 ET permite la distribución irregular de la jornada acordada en convenio colectivo o acuerdo de empresa, sin limitación alguna; el límite del 10% solo opera en defecto de pacto y, por consiguiente, en el convenio se podría haber pactado cualquier porcentaje de horas o días de distribución irregular».

Ya se opte por la distribución irregular de la jornada de trabajo en pacto colectivo o, en su defecto, se atribuya al poder directivo del empresario el artículo 34.2 ET se limita enunciar su posibilidad sin regular su régimen jurídico. Sólo fija unas limitaciones procedimentales, comunes a toda distribución irregular, pactada o empresarial: a) La distribución deberá respetar en todo caso los períodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la Ley; b) El trabajador deberá conocer con un preaviso mínimo de cinco días el día y la hora de la prestación de trabajo resultante de aquella⁴⁷; c) La compensación de las diferen-

⁴⁷ Sobre los problemas de ajuste al Derecho Comunitario: BALLESTER PASTOR: *cit.*, pp. 77 y 81 y MARTÍNEZ YÁÑEZ: *cit.*, p. 66.

La regla sobre preaviso es una disposición de derecho necesario relativo tanto para las decisiones empresariales como para los convenios colectivos. STS de 16 de abril de 2014 (rec. 183/2013). STS 857/2019, de 11 de diciembre (rec. 147/2018): «La previsión legal constituye una disposición de derecho necesario relativo en cuanto contempla que “el trabajador deberá conocer con un preaviso mínimo de cinco días el día y la hora de la prestación resultante”. Y tal exigencia no se aplica, únicamente, a la distribución irregular que el artículo 34.2 ET ha previsto que pueda utilizar el empresario, cuando no existe previsión convencional o pacto de empresa en la materia. Al contrario, la necesidad del preaviso de cinco días a que nos referimos, así como el respeto a los períodos mínimos de descanso diario y semanal, se impone a toda distribución irregular de la jornada con independencia de cual sea su fuente reguladora. En definitiva, la norma vigente (el artículo 34.2 ET) reconoce, en términos amplios, la posibilidad de que la autonomía colectiva establezca un sistema de distribución irregular del tiempo de trabajo, siempre que tal regulación respete la jornada anual aplicable, los descansos mínimos semanal y diario y se preavise al trabajador con cinco días de antelación del día y hora de la prestación laboral resultante de la distribución irregular».

STS de 16 de abril de 2014 (rec. 183/2013). Impugnación de convenio colectivo. La norma impugnada establecía:

«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

cias, 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 produzcan⁴⁸.

3. LA REDUCCIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO: ENTRE LA PROHIBICIÓN DE NOVACIÓN CONTRACTUAL Y LA CONCURRENCIA DE LA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL CON LA REDUCCIÓN TEMPORAL DE LA JORNADA

Es claro que la modificación sustancial de la jornada de trabajo [artículo 41.1.a) ET] incluye su reducción⁴⁹. La delimitación de esta facultad empresarial exige:

1.º) Determinar el espacio propio de las reducciones del tiempo de trabajo *ex* artículo 41 ET, frente a las reducciones temporales de jornada instrumentadas al amparo del 47 ET.

2.º) Superar la aparente contradicción derivada de la regla de voluntariedad para la conversión de un contrato a tiempo completo en contrato a tiempo parcial [artículo 12.4.e) ET], que prohibiría la novación contractual tanto

de 14 días al mes. En todo caso se respetará el descanso de doce 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.»

El Tribunal declaró que al ser el artículo 34.2 ET una norma de derecho necesario relativo:

El artículo 34.2 ET permite la distribución irregular de la jornada acordada en convenio colectivo o acuerdo de empresa, sin limitación alguna; el límite del 10% solo opera en defecto de pacto y, por consiguiente, en el convenio se podría haber pactado cualquier porcentaje de reducción. Sin embargo, no sucede lo mismo en relación al plazo de preaviso porque, en un párrafo distinto de ese mismo precepto estatutario, junto a la garantía del descanso diario y semanal, se establece la garantía del preaviso de cinco días, y ese plazo, que, ampliándolo, igualmente podría haberse mejorado, no cabe empeorarlo, como hace el convenio, reduciéndolo hasta 24 horas.

⁴⁸ Su problemática en IGARTUA MIRÓ: *cit.*, pp. 147 y ss.

⁴⁹ Las modificaciones de la jornada «se limitan a tres posibilidades: la elevación, la reducción y el cambio de módulo de cómputo» [MARTÍN VALVERDE, A.: «Modificaciones de la jornada y del horario de trabajo», *cit.*, p. 685]. La vigente redacción de la ley «deja meridianamente claro que cuando el artículo 41 ET habla de jornada no se refiere a la distribución, sino precisamente a la cuantificación de la misma» [FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A.: «La reducción de jornada de trabajo como medida de flexibilidad interna: articulación de los diversos instrumentos legales», *Relaciones Laborales*, núm. 19 (2012), p. 2 (versión electrónica)].

por vía de modificación sustancial [expresamente artículo 12.4.e) ET], como por vía de reducción temporal de la jornada de trabajo (artículo 47 ET).

A) Reducción de jornada y prohibición de novación contractual

Rara será la reducción de jornada que no implique la prestación de servicios del trabajador durante un número de horas inferior a la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable (art. 12.1 ET), de modo que «la reducción de la jornada definitiva» se traduciría «en la transformación de un contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial»⁵⁰, infringiendo la prohibición del artículo 12.4.e) ET. Una primera lectura de los artículos 12.4.e) y 41.1.a) ET podría llevar a la impresión de que son dos preceptos que se excluyen mutuamente, por lo que, o bien se entiende que la prohibición de novación contractual anula la facultad empresarial de reducir la jornada de trabajo, o bien se acepta que el empresario puede unilateralmente convertir un contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial al reducir el tiempo de trabajo⁵¹. Con claridad ya lo advirtió la STC 213/2005, de 21 de julio: «a raíz de la nueva regulación del contrato a tiempo parcial [...] dejó de ser posible al amparo del artículo 41 LET una reducción de la jornada de trabajo [...] impuesta al trabajador en contra de su voluntad, dado que una tal reducción de jornada implicaría la conversión del contrato a tiempo completo en un contrato «a tiempo parcial» y tal conversión «tendrá siempre carácter voluntario para el trabajador, y no se podrá imponer de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo» [...]. Más aún tras la última reforma de la definición legal del contrato a tiempo parcial [...] a partir de la cual cualquier reducción de jornada por debajo de la ordinaria implica la conversión del contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial y, por lo tanto, conlleva necesariamente la exigencia de voluntariedad en la reducción y la exclusión de la aplicación del artículo 41 LET» (FJ 2).

Sin embargo, la inicial contradicción de ambos preceptos ha sido superada afirmando la idoneidad de la vía del artículo 41.1.a) ET para reducir la jornada de trabajo. A esta conclusión se ha llegado tras un proceso de distinción

⁵⁰ ROQUETA BUJ, R.: *Los expedientes de regulación de empleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 19.

⁵¹ Véase GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.; MERCADER UGUINA, J. R.: «Reducción de jornada impuesta unilateralmente por la empresa: ¿novación del contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial o modificación sustancial ex artículo 41 ET?», *Revista de Información Laboral*, núm. 6 (2014). GÓMEZ RUFLÁN, L.: «La conversión del contrato a tiempo completo en un tiempo parcial: confusión jurisprudencial y utilización según los microdatos de la encuesta de población activa», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11 (2020).

entre: a) la modificación de las condiciones de trabajo de un contrato, entre ellas la duración de la jornada, realizable por la vía del artículo 41 ET; b) la variación de la clase o modalidad de contrato, que requiere necesariamente el acuerdo de los contratantes y no se puede imponer unilateralmente⁵²; c) el contrato a tiempo parcial; y, d) el contrato a tiempo completo con jornada reducida. Con esta interpretación se respeta la prohibición del artículo 12.4.e) ET y se admite el uso del artículo 41.1.a) ET para efectuar reducciones de la jornada de trabajo, pues el resultado del ejercicio del artículo 41.1.a) ET no es la conversión en contrato a tiempo parcial del contrato a tiempo completo cuya jornada se reduce, sino simplemente la reducción de la duración de la jornada en el contrato a tiempo completo que se mantiene con esta naturaleza. Las decisiones fundamentales en esta materia han sido las SSTs de 14 de mayo de 2007 (rec. 85/2006) y de 7 de octubre de 2011 (RJ 2011, 7340).

La STS de 14 de mayo de 2007 (rec. 85/2006) se dictó a propósito de una decisión empresarial de reducción de un tercio de la jornada de trabajo (artículo 41 ET). Los trabajadores sostuvieron que no se trataba de una modificación de condiciones sino de un despido parcial y así lo impugnaron, pues entendían que se trataba de «la extinción de la primitiva relación laboral y la constitución de otra nueva». Para dar respuesta a la cuestión el Tribunal Supremo se ocupó primero de definir la naturaleza del contrato a tiempo parcial, afirmando que constituye una modalidad contractual voluntariamente acordada por las partes y no un simple supuesto de reducción de jornada⁵³. En consecuencia, la conversión de un contrato a tiempo a completo en contrato a tiempo parcial no es «una novación modificativa de la relación laboral, sino [...] novación extintiva de la preexistente y su sustitución por la nueva». En este contexto la «hipotética imposición empresarial del cambio de modalidad contractual, en tanto que novación extintiva, justificaría la ejercitada pretensión por despido». Sin embargo esto no puede suceder en el caso porque «la imposición unilateral de jornada reducida [...], no determinan la mutación del contrato tiempo completo/tiempo parcial, sino la mera reducción de la jornada en contrato a tiempo completo que persiste como tal categoría jurídica, pues la específica modalidad de que tratamos [contrato a tiempo parcial] únicamente

⁵² El artículo 41 ET «no extiende su ámbito de aplicación a los cambios de régimen contractual» [SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: «La modificación de condiciones de trabajo», en MARTÍN JIMÉNEZ, R.; SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.): *Aspectos laborales de la reestructuración empresarial*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 89].

⁵³ «Para calificar a una relación como contrato de trabajo a tiempo parcial no basta [...] que la reducción del tiempo de trabajo sea inferior a la jornada ordinaria a tiempo completo [...], sino que es preciso que la reducción de jornada sea voluntariamente adoptada [...] con sujeción a la concreta modalidad de contrato a tiempo parcial» (FD 3).

puede ser fruto de una conversión contractual que se instrumente por medio de una novación extintiva, que en todo caso es requirente de la voluntad concorde del trabajador».

La STS de 7 de octubre de 2011 (rec. 144/2011) resolvió la impugnación de una reducción de jornada como modificación sustancial de condiciones de trabajo. Se trataba de la reducción temporal de jornada efectuada por una empresa contratista como consecuencia de la aminoración de la contrata por el cliente. Los trabajadores afectados impugnaron la decisión empresarial solicitando la reinstalación en la jornada inicial. La sentencia plantea directamente el problema a resolver: «determinar si una reducción significativa de la jornada de un trabajador que presta servicios a tiempo completo, impuesta por la empresa por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, supone la transformación o novación de aquél contrato en otro a tiempo parcial, prohibido por el artículo 12.4 del Estatuto de los Trabajadores si no se lleva a cabo con el consentimiento del trabajador» (FD 1). Reiterando la concepción del contrato a tiempo parcial fijada por la STS de 14 de mayo de 2007, como auténtica modalidad contractual distinta del contrato a tiempo completo con jornada reducida, concluye: «aplicando la anterior doctrina al caso que aquí resolvemos [...] debe decirse que la reducción de la jornada de las cuatro trabajadoras demandantes en un 30,5% de la jornada, decidida unilateralmente por la empresa ante la disminución no discutida de la actividad empresarial, no supuso una vulneración de lo previsto en el artículo 12.4.e) ET, desde el momento que esa decisión empresarial y la ausencia de conformidad de las trabajadoras no determinaban la transformación del contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial [...] máxime cuando la medida adoptada tenía el carácter de temporal, aunque ciertamente no se identificase el tiempo durante el que habría de producir efectos» (FD 6)⁵⁴. Lo prohibido, podría decirse a la luz de esta resolución, es convertir unilateralmente un contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial, no reducir la jornada dentro de un contrato a tiempo completo⁵⁵.

En fin, el ATS de 19 de febrero de 2014 (rec. 2460/2013) parece que constituía el punto final de esta línea de razonamiento. El litigio se planteó al impugnar el trabajador la decisión empresarial (art. 41.1 ET) de reducir a la mitad de forma permanente su jornada de trabajo. La sentencia de instancia

⁵⁴ La STSJ Aragón 227/2015, de 20 abril (rec. 221/2015) recoge el criterio.

⁵⁵ Posteriormente se convertiría en fórmula judicial: «en todo caso la STS de 7 de octubre de 2011 [...] vino a entender que la mera reducción de la jornada de un contrato a tiempo completo no comporta, por sí misma, la novación del contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial» (STSJ Galicia de 20 de diciembre de 2018 [rec. 2803/2018]).

estimó la demanda y declaró la nulidad de la decisión impugnada por ser contraria al artículo 12.4 ET. Pero la sentencia de suplicación estimó el recurso de la empresa y revocó la de instancia razonando que la modificación sustancial de la jornada no determina la novación del contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial, sino la mera reducción de la jornada del contrato a tiempo completo que persiste como tal categoría jurídica. La sentencia de contraste aportada mantenía en caso similar que el empresario no había llevado a cabo una modificación sustancial de la jornada, sino que se trataba de una novación contractual del contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial, sin el consentimiento del trabajador prohibida por el artículo 12.4.e) ET. Se cuestionaba, por tanto, si la reducción de la jornada suponía «una modificación sustancial o la transformación del contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial» (razonamiento jurídico único). El auto del Tribunal Supremo hizo suyos los razonamientos de la STS de 14 de mayo de 2007⁵⁶ afirmando que el recurso carecía de contenido casacional «dado que es la sentencia recurrida la que ha resuelto con arreglo a la doctrina» de la Sala, establecida en las citadas sentencias de 2007 y 2011.

Con la interpretación efectuada por el Tribunal Supremo en estas resoluciones⁵⁷ parecería que se habría resuelto la aparente contradicción entre los artículos 12.4 y 41.1 ET: el artículo 41 ET se podría utilizar como instrumento de reducción de jornada sin vulnerar la prohibición del artículo 12.4 ET⁵⁸. Sin

⁵⁶ Dice el auto del TS: «cualquier reducción de jornada por debajo de la ordinaria sería en teoría un contrato a tiempo parcial, con lo que nunca podría llevarse a cabo por el cauce del artículo 41 ET; y por otra parte, que no toda reducción de jornada supone la celebración de un contrato a tiempo parcial ya que este último requiere una voluntad expresa de celebración [artículo 12.4.a) ET] y supone el sometimiento de las partes al régimen jurídico propio de este tipo de contratos tanto laboral como de Seguridad Social. Así lo expresa la importante sentencia de STS 14/05/2007 (R. 85/2006) según la cual, «aunque también se haya mantenido que «todo contrato cuya jornada sea inferior a la habitual es un contrato a tiempo parcial», lo cierto es que la Sala considera –con gran parte de la doctrina– que el contrato de trabajo a tiempo parcial constituye –al menos actualmente– una verdadera modalidad contractual y que no cabe identificarlo como un simple supuesto de reducción de jornada [...] Lo que significa que la imposición unilateral de jornada reducida [con carácter individual o colectivo] e incluso la modificación colectiva acordada de consuno con los representantes de los trabajadores, no determinan la mutación del contrato tiempo completo/tiempo parcial, sino la mera reducción de la jornada en contrato a tiempo completo que persiste como tal categoría jurídica, pues la específica modalidad de que tratamos [contrato a tiempo parcial] únicamente puede ser fruto de una conversión contractual que se instrumente por medio de una novación extintiva, que en todo caso [requiere] de la voluntad concorde del trabajador».

⁵⁷ Sobre la vigencia de esta interpretación, FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M.: «El contrato a tiempo parcial», en MONEREO PÉREZ, J. L.; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.; RODRÍGUEZ INIESTA, G.: *La reforma laboral de 2021: Estudio técnico de su régimen jurídico*, Laborum, Murcia, 2022, p. 222.

⁵⁸ Sobre la aplicación del artículo 41 ET para modificar la duración de la jornada de trabajo en contratos a tiempo parcial puede verse la STSJ Cataluña 999/2020, de 19 de febrero (rec. 5714/2019): «ante la ausencia de un pacto sobre horas complementarias, la empresa debió proceder conforme a la normativa vigente, esto es con arreglo al artículo 41 del ET si deseaba llevar a cabo una modificación de sus condiciones de trabajo en relación a su jornada». También STSJ Cataluña 3363/2019, de 26 de junio (rec. 1216/2019).

embargo, la cuestión no parece que esté definitivamente resuelta como lo muestran: a) alguna decisión posterior del propio Tribunal Supremo; y b) la disparidad aplicativa que se observa entre los tribunales superiores de justicia. La STS de 12 de mayo de 2015 (rec. 153/2014) resolvió la impugnación del Convenio Colectivo Estatal de Grandes Almacenes. Su artículo 9. A.3 decía dentro del precepto dedicado al contrato a tiempo parcial: «la jornada inicialmente contratada podrá ampliarse temporalmente cuando se den los supuestos que justifican la contratación temporal. En la ampliación deberán concretarse las causas de la ampliación temporal». Para el Tribunal Supremo la regla del convenio colectivo no resulta conforme al artículo 12 ET «ya que *no es posible*, según el mismo, *dicha ampliación por la mera decisión empresarial, ni siquiera, en su caso, una modificación colectiva al respecto acordada con los representantes de los trabajadores*, sino que tal precepto exige el acuerdo entre las dos partes del contrato, por y con respeto a la autonomía de la voluntad individual del trabajador, por lo que el motivo ha de acogerse.» El Tribunal Supremo no se pronuncia en el caso de modo específico ni sobre la idoneidad del artículo 41 ET para modificar la duración de la jornada de trabajo, ni sobre la reducción de la misma, sino sobre su ampliación por decisión empresarial habilitada por el convenio colectivo. Sin embargo, su genérica declaración podría trasladarse al supuesto que nos ocupa.

Tampoco los tribunales de suplicación están efectuando una aplicación unívoca de las normas:

a) Algunas decisiones judiciales admiten las reducciones de jornada efectuadas como modificación sustancial de condiciones de trabajo (art. 41 ET). La STSJ Castilla-La Mancha 562/2015, de 14 de mayo (rec. 1464/2014) resolvió el litigio surgido a raíz de la impugnación de una reducción permanente de jornada efectuada por la vía del artículo 41 ET. La cuestión planteada se circunscribe a determinar si el empresario puede reducir la jornada de trabajo por la vía del artículo 41.1.a) ET o si, por el contrario, ello supone la transformación unilateral del contrato en otro a tiempo parcial prohibida por el artículo 12.4.e) ET. La sentencia de instancia declaró nula la modificación al entender que la reducción de la jornada equivale a una novación contractual de un contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial sin el consentimiento del trabajador. La sentencia de suplicación, tras amplia referencia de las decisiones del Tribunal Supremo citadas y asumiendo su doctrina, declara justificada la decisión empresarial de reducir la jornada de trabajo y salario. En el mismo sentido se pronunció posteriormente la STSJ Castilla-La Mancha 1192/2016, de 22 de septiembre (rec. 814/2016), en un supuesto referido

a tres empleadas a tiempo completo de un sindicato a las que «se les notificó la reducción permanente de sus respectivas jornadas, con una correlativa reducción de sus retribuciones en un 28,57%». Las trabajadoras reaccionaron solicitando la extinción de sus contratos al amparo del artículo 50.1.a) ET. El tribunal resolvió, con remisión a la STSJ Castilla-La Mancha 562/2015, de 14 de mayo, que «la empresa podía acudir el mecanismo del artículo 41 del ET para la reducción de jornada, y por ello, con independencia de la justificación de la medida, cuya calificación no se ha interesado judicialmente, resulta patente que no concurre la causa extintiva del artículo 50.1 a) del ET, que requiere de manera inexcusable la existencia de «modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo llevadas a cabo sin respetar lo previsto en el artículo 41 de esta Ley y que redunden en menoscabo de la dignidad del trabajador».

También la STSJ Cantabria 530/2019, de 9 de julio (rec. 481/2019) admite la lícita utilización del artículo 41.1.a) ET para efectuar una reducción del cincuenta por ciento de la duración de la jornada (de 37,5 a 18,75 horas), sin que implique la conversión del contrato a tiempo completo en contrato a tiempo parcial. En la STSJ Cantabria 624/2021, de 4 de octubre (rec. 570/2021) se trata de si una reducción de jornada del 26,07%, instrumentada como modificación sustancial de condiciones de trabajo, causa perjuicio suficiente al trabajador para permitir la extinción indemnizada del contrato (art. 41.3 ET). El tribunal afirma que una reducción de jornada superior al veinte por ciento que «lleva aparejada la correlativa reducción salarial, genera un evidente y claro perjuicio grave para el trabajador y es susceptible de habilitar al mismo para obtener la resolución indemnizada de su contrato de trabajo» y que se trata de una modificación de condiciones de trabajo «que merece la consideración de sustancial».

Un ejemplo excelente de esta opción interpretativa puede encontrarse en la STSJ Madrid 230/2019, de 25 de marzo (rec. 195/2018). La empresa, un centro de enseñanza afectado por la reducción del número de alumnos y cursos, inicia un procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo cuyo período de consultas concluye con un acuerdo que prevé la reducción del número de horas de trabajo de su personal docente. La disminución horaria se efectuaría, preferentemente, de modo voluntario y, de ser insuficiente, forzoso. Concluido sin éxito el período de reducciones voluntarias, la empresa comunica a uno de sus trabajadores la reducción forzosa de su jornada de trabajo (pasa del cien al noventa y dos por ciento). Impugnada la decisión empresarial, el Juzgado de lo Social declara nula la decisión empresarial. El tribunal de suplicación, con base en la STS de 14 de mayo de 2007 (rec. 85/2006), afirma que «la transformación del contrato a tiempo completo en tiempo parcial

necesita de la voluntad del trabajador para que se produzca la necesaria novación extintiva del vínculo previo para acceder al nuevo contrato a tiempo parcial», por lo que en el caso no se ha producido el incumplimiento del artículo 12.4.e) ET: «aplicando la anterior doctrina al caso que aquí resolvemos, debe concluirse que la reducción de la jornada de la trabajadora al 92%, decidida por acuerdo entre la empresa y la representación de los trabajadores ante la disminución no discutida de la actividad empresarial, no supuso una vulneración de lo previsto en el artículo 12.4 e) ET, desde el momento que esa decisión no determinaban la transformación del contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial, máxime cuando la media adoptada tenía el carácter de temporal, aunque no se identificase el tiempo durante el que habría de producir efectos».

b) Sin embargo, la STSJ Extremadura 599/2015, de 10 de diciembre (rec. 531/2015) excluye las reducciones de jornada por la vía del artículo 41 ET: «lo que permite el ET respecto a la jornada de trabajo es la conversión de un contrato de trabajo a tiempo completo en otro a tiempo parcial con el consentimiento del trabajador afectado [art. 12.4.e)] y que, no existiendo el acuerdo, si bien el artículo 41.1.a) permite la alteración de la jornada como modificación sustancial de las condiciones de trabajo [...], cuando la alteración consiste en la reducción de la jornada, solo cabe cuando sea temporal y en las condiciones establecidas en el artículo 47.2. Como aquí esa reducción pretende ser de carácter permanente y no ha sido aceptada por los trabajadores afectados, no tiene encaje en tales previsiones y ha de considerarse, como pretende la recurrente en su demanda, nula.» También en este sentido puede verse la STSJ País Vasco 1515/2019, de 10 septiembre (rec. 1281/2019): «no tuvo lugar un acuerdo entre las partes sobre novación del contrato sino una modificación sustancial de condiciones de trabajo, ya que no concurrió el consentimiento libre de la trabajadora. Por lo tanto, la aplicación de la prohibición legal contenida en el artículo 12.4.e) ET de transformar un contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial, en relación al artículo 1265 y siguientes del Código Civil, conduce a declarar la nulidad del acto jurídico que ese día tuvo lugar. No podemos calificarlo de una mera decisión injustificada sino que no cabe dar efecto alguno a la misma, mereciendo la sanción de nulidad».

La desafortunada articulación legal de las medidas empresariales de reducción de la duración de la jornada de trabajo (arts. 41 y 47 ET) con la regla de voluntariedad en el acceso al trabajo a tiempo parcial (art. 12.4 ET) queda bien evidenciada en la STS 576/2018, de 30 de mayo (rec. 2329/2016)⁵⁹. El

⁵⁹ Cuenta con el precedente de la STS de 26 de abril de 2013 (rec. 2396/2012). Trata del despido por causas objetivas del trabajador de una empresa contratista por extinción de una de las dos contrataciones en las

supuesto resuelto es el siguiente: el empresario, ante un acreditada e importante reducción de la actividad empresarial, ofrece al trabajador convertir su contrato a tiempo completo en contrato a tiempo parcial. Rechazada la oferta por el trabajador, el empresario lo despide por causas empresariales. La cuestión a resolver es si en este caso, cuando el trabajador se niega a convertir su contrato en otro a tiempo parcial, el empresario puede despedir al trabajador [art. 52.c) ET] o «debe llevar a cabo antes una modificación sustancial de las condiciones de trabajo del artículo 41 ET» para acomodar la jornada de trabajo a las necesidades empresariales. Para el tribunal, partiendo de la literalidad del artículo 12.4.e) ET «no solo no existe esa obligación legal [...], sino que, por el contrario, opera precisamente la prohibición legal expresa de que pueda convertirse un contrato de trabajo a tiempo completo en otro a tiempo parcial sin el expreso consentimiento del trabajador, de manera que si se produce esa negativa, cabe siempre que se lleve a cabo la extinción del contrato por esas causas objetivas». El empresario «ante la evidente minoración de la actividad que tenía encomendada, ofreció al trabajador la disminución de su jornada para adaptarla a las necesidades objetivas decrecientes [...], lo que motivó que se llevase a cabo el despido objetivo por la vía del artículo 52 c) ET, como permite el referido precepto, sin que la contratación de otro trabajador a tiempo parcial que se adaptase a esas necesidades de la empresa suponga fraude alguno, sino mera ejecución de las posibilidades legales que la propia negativa del trabajador propiciaba, teniendo en cuenta que la empresa en ningún caso podía aplicar el artículo 41 ET [...] para modificar la naturaleza del contrato de trabajo a tiempo completo en otro a tiempo parcial.» Como puede apreciarse, el tribunal dice lo evidente (prohibición de conversión contractual por la vía del artículo 41 ET), pero no responde, porque no era necesario en el caso, si hubiera sido posible efectuar la reducción de jornada ofrecida por el empresario como modificación sustancial de condiciones de trabajo.

que prestaba servicios. Suscitada la posible aplicación de una medida de reducción de jornada con carácter preferente al despido el tribunal señaló que: «En el presente caso, es cierto que tal circunstancia afectaba solo a parte de la jornada del trabajador, pues éste distribuida la misma entre dos contratos distintas, lo que podría generar la duda de si la concurrencia de la causa organizativa hubiera debido justificar otro tipo de medida de flexibilidad interna por parte de la empresa, que evitara la pérdida del empleo.

Sin embargo, el artículo 12.4 e) ET expresamente establece [...].

La conversión del contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial exige la voluntariedad del trabajador, como recordábamos en la STS de 14 de mayo de 2007 (rcud. 85/2006).

En el caso aquí enjuiciado la empresa hizo tal oferta al demandante, buscando así que el acuerdo de voluntades para efectuar esa conversión, lo que no pudo hacerse por negativa del propio trabajador. Por consiguiente, no cabía al empresario utilizar la medida de la modificación sustancial de condiciones del artículo 41ET –que, de haber sido legalmente posible, de no ser aceptada por el trabajador, hubiera llevado al mismo efecto de la extinción contractual indemnizada–.»

B) Reducción temporal de jornada (art. 47 ET) *versus* modificación sustancial [art. 41.1.a) ET]

El artículo 47 ET⁶⁰ recoge dos medidas empresariales típicas de ajuste laboral de naturaleza temporal, suspensión de la relación laboral y reducción de jornada, que comparten justificación causal (art. 47.1 y 2 ET)⁶¹; procedimiento (art. 47.3 ET); y protección de seguridad social al considerarse situaciones legales de desempleo [arts. 267.1.b).1.º (suspensión) y 267.1.c) LGSS (reducción de jornada)]. Mientras la suspensión supone el cese total de la prestación laboral (art. 45.2 ET), la reducción aminora la jornada ordinaria del trabajador entre un diez y un setenta por ciento [art. 47.7.a) ET].

De este modo el artículo 47 ET aparece como norma específica para la reducción temporal de jornada concurrente con la regla genérica de modificación sustancial de la jornada de trabajo [art. 41.1.a) ET] que da cabida también a la reducción de la jornada de trabajo. Surge, así, la necesidad de determinar el ámbito de aplicación de cada una de estas normas que prevén regímenes jurídicos distintos:

- Las reducciones de jornada *ex* artículo 47 ET deben ser temporales, frente a la indeterminación de las medidas adoptadas al amparo del artículo 41.1.a) ET.

- Es diferente la definición de las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas justificativas de la decisión empresarial de reducir temporalmente la jornada (art. 47.2 ET) o de modificarla sustancialmente (art. 41.1 ET), más precisa y exigente en el primer supuesto. La STC 8/2015, de 22 de enero ha facilitado la aproximación entre ambos preceptos al reconocer el carácter orientador de las definiciones contenidas en los artículos 47, 51 y 82.3 ET a la hora de aplicar el artículo 41.1 ET. Pese a esto, «el nivel de exigencia no puede ofrecer la misma intensidad» en las modificaciones sustanciales que en los casos de reducción temporal de jornada tanto porque la sentencia constitucional «atribuye un valor meramente orientativo a los preceptos a que se remite, cuanto por elemental respeto a la literal redacción del artículo 41.1 ET, que califica como causas suficientes –económica, técnica, organizativa o de producción– a “las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa”» (STS de 16 de julio de 2015 [rec. 180/2014]).

⁶⁰ Su última redacción procede del RD-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.

⁶¹ También fuerza mayor (art. 47.5 ET).

– Son diferentes los procedimientos de adopción de las decisiones empresariales previstos en los artículos 41 y 47 ET. Las modificaciones sustanciales pueden ser individuales o colectivas, y sólo para estas últimas se requiere la celebración de un período de consultas con los representantes de los trabajadores (art. 41.4 ET). Por el contrario, en las reducciones de jornada el período de consultas deberá celebrarse cualquiera que sea el número de trabajadores afectados por la reducción (art. 47.3 ET) y es mayor la intervención administrativa⁶². La razón de la no distinción en materia de suspensiones y reducciones de jornada entre individuales y colectivas, a diferencia de lo que sucede con las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y los despidos, es «tal vez porque para acceder a la situación legal de desempleo y devengar las correspondientes prestaciones es aconsejable un mínimo seguimiento por parte de las autoridades laborales competentes»⁶³.

– Igualmente son diferentes los efectos de la decisión adoptada, pues mientras ante una modificación sustancial el trabajador perjudicado puede optar por extinguir su contrato con indemnización (art. 41.3 ET), en el supuesto del artículo 47 está ausente tal derecho.

– En fin, no pueden olvidarse las consecuencias de seguridad social. Solo las reducciones de jornada de trabajo efectuadas según el artículo 47 ET están incluidas en la protección por desempleo [arts. 262.3 y 267.1.c) LGSS]⁶⁴.

Tan diferente régimen jurídico obliga a perfilar el ámbito de aplicación de cada uno de estos dos preceptos.

⁶² El procedimiento del artículo 47 contiene una mayor intervención de la administración laboral que el del artículo 41 ET: «entre ambos procedimientos existe coincidencia en el plazo a observar en la forma de constituir la representación así como la posibilidad de acudir a la mediación siendo también coincidente la presunción de justificación de las causas en el caso de existir acuerdo entre las partes. Por el contrario abunda el artículo 47 en un mayor número de exigencias referidas a la intervención de la Autoridad Laboral por cuanto se le deberá dar traslado del propósito modificador y de la apertura del trámite, y a su vez la autoridad laboral dará traslado a la Entidad Gestora y recabará informe de la Inspección de Trabajo que lo emitirá en un plazo de quince días. De igual modo, la notificación de la decisión empresarial deberá ser efectuada a la Entidad Gestora que a su vez podrá promover la impugnación ante la Autoridad laboral para ser llevada a cabo por ésta, en el supuesto de apreciar connivencia entre las partes para la obtención de las prestaciones» (STS de 16 de junio de 2014 [rec. 194/2013]). El artículo 47 ET «exige comunicación a la autoridad laboral del inicio y resultado del proceso, traslado a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo e informe preceptivo de la Inspección de Trabajo dentro del procedimiento [...] y desarrollo de acciones formativas vinculadas a la actividad profesional de los trabajadores afectados al objeto de aumentar su polivalencia o incrementar su empleabilidad» (STSJ Madrid 69/2015, de 10 de febrero [rec. 727/2014]).

⁶³ MARTÍN VALVERDE; RODRÍGUEZ-SAÑUDO; GARCÍA MURCIA: *Derecho del Trabajo*, 29.^a ed., cit., p. 824.

⁶⁴ La ley «ha querido proteger las reducciones de jornada que con carácter temporal, aprueba la autoridad laboral al amparo de los artículos 47 y 51 LET, en el marco de un procedimiento de regulación de empleo, y no las reducciones derivadas de la modificación sustancial del contrato de trabajo decidida por el empresario al amparo del artículo 41 LET» (STSJ Madrid de 25 octubre de 2005 [rec. 4184/2005]). (STSJ Castilla-La Mancha de 8 de febrero de 2007 [rec. 1256/2005]).

a) LA CONFIGURACIÓN LEGAL DE UNA MEDIDA ESPECÍFICA DE REDUCCIÓN TEMPORAL DE LA JORNADA DE TRABAJO AL MARGEN DEL ARTÍCULO 41 ET.

La reducción temporal de la jornada de trabajo, antes de su reconocimiento específico en la reforma laboral de 2010⁶⁵, encontró genérica acogida en diferentes normas laborales y de seguridad social. En el ordenamiento laboral la reducción temporal de la jornada de trabajo se presentaba como un supuesto de suspensión *parcial* del contrato de trabajo. De este modo la práctica administrativa de los expedientes de regulación de empleo autorizó las reducciones temporales de jornada y salario⁶⁶. Con toda naturalidad la STC 213/2005, de 21 de julio afirmó que dentro del artículo 47 ET «se ha considerado pacíficamente amparado, aunque careciendo de un tratamiento específico en la norma laboral, el supuesto de reducción temporal de la jornada de trabajo» por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas (FJ 2). De modo paralelo la legislación de seguridad social configuró el desempleo parcial como situación legal de desempleo vinculada a la reducción temporal de la jornada del trabajador⁶⁷. De este modo indirectamente la reducción de jornada gozaba de una cierta autonomía dentro del ordenamiento laboral español.

⁶⁵ Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. Inicialmente Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio.

⁶⁶ SOLÀ MONELLS, X.: «La situación legal de desempleo por reducción de jornada», en VV. AA.: *Desempleo*, XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, MTAS, Madrid, 2004, p. 1421. Del mismo autor: «La suspensión del contrato y la reducción de la jornada de trabajo tras la reforma laboral de 2010 y a la luz de la futura reforma del reglamento de procedimientos de regulación de empleo», en VV. AA.: *XXII Jornadas Catalanas de Derecho Social. Las reformas laborales del 2010*, 2011, p. 4 [disponible en <http://www.iuslabor.org/jornades-i-seminaris/ponencies/any-2011-2/>]. Según Desdentado, después de la reforma laboral de 1994 la Administración laboral carecía de «competencia para autorizar reducciones de jornada. Puede que en la práctica algunas reducciones de jornada se negocien en los períodos de consultas y que los acuerdos se homologuen por la Administración, pero no cabe iniciar un procedimiento administrativo solicitando la autorización de una reducción de jornada» [DES-DENTADO BONETE, A.: «La situación protegida en el desempleo contributivo. Un recorrido por la jurisprudencia reciente», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 89 (2010), p. 26].

⁶⁷ Artículo 172 LGSS-1974 (Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social). Artículo 18.b) de la Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo. Arts. 1.3 y 6.1.3 de la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo. Los artículos 203.3 y 208.1.3) LGSS-1994, en versión anterior a la reforma laboral de 2010, definían en situación legal de desempleo a los trabajadores a los que se redujera una tercera parte, al menos, de la jornada de trabajo. La única vía de reducción de jornada que según la legislación laboral entonces vigente requería autorización administrativa era la de la suspensión (parcial) recogida en el artículo 47 ET, pues la modificación sustancial de condiciones de trabajo, suponiendo que fuera aplicable para reducir la jornada de trabajo, no la requería desde la reforma laboral de 1994 [MONTOTOYA MELGAR, A.: «La nueva configuración del poder de dirección del empresario», en VV. AA.: *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Prof. Manuel Alonso García*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 195]. Un tercio de la jornada era, por otra parte, el límite con el contrato a tiempo parcial [artículo 12 ET-1980: «El trabajador se entenderá contratado a tiempo parcial cuando preste sus servicios durante un determinado número de días al año, al mes o

La reforma laboral de 2010⁶⁸, guiada en este punto por el modelo alemán de reducción de jornada⁶⁹, no se limitó a dar tipicidad legal en el artículo 47.2 ET a lo que era práctica legal atípica⁷⁰. Junto a la pretensión sistemática asumió como valor propio la facilitación de la flexibilidad interna en la empresa como medida alternativa a la extinción de los contratos⁷¹.

Resultado de la especificación de la reducción de jornada fue la creación de un género (la reducción temporal del tiempo de trabajo) que ahora consta de dos especies (suspensiones y reducciones de jornada)⁷² cuyos límites no siempre

a la semana, o durante un determinado número de horas, respectivamente, inferior a los dos tercios de los considerados como habituales en la actividad que se trate en el mismo período de tiempo»].

⁶⁸ FERRANDO GARCÍA, F.: «La reducción del tiempo de trabajo (suspensión del contrato y reducción de la jornada) como instrumento de flexibilidad interna», en MONTOYA MELGAR, A.; CAVAS MARTÍNEZ, F. (dir.): *Comentario a la reforma laboral de 2010*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 227 y ss.

⁶⁹ FUCHS, R.; FRÖHLICH, M.; VELASCO PORTERO, M. T.: «La *Kurzarbeit* alemana como modelo para la reducción temporal de jornada en España», *Dereito*, vol. 19, núm. 2 (2010). FRÖHLICH, M.: «La reducción de la jornada (*Kurzarbeit*) y otras medidas del Derecho del Trabajo frente a la crisis en Alemania», *Temas Laborales*, núm. 105 (2010). Un modo de ajustar el empleo a las necesidades de la empresa sin necesidad de recurrir a despidos y con ventajas para todos los actores de las relaciones laborales: los trabajadores que mantienen el empleo y compensan con prestaciones de desempleo la reducción salarial, el empresario que conserva a los trabajadores al tiempo que ve reducidos sus costes salariales y de seguridad social y el Estado que, además de reducir el gasto en prestaciones de desempleo, realiza sus objetivos de política de empleo. Se ha señalado que las medidas de reducción del tiempo de trabajo como mecanismo de ajuste laboral tienen claros efectos positivos sobre el funcionamiento del sistema de relaciones laborales: reducción de costes salariales sin incurrir en costes de despido, mantenimiento del personal de la empresa evitando la pérdida de capital humano, menor gasto en prestaciones de desempleo y menor erosión de la cohesión social. No obstante, su utilización fuera de los casos de «crisis» temporales también puede producir efectos disfuncionales: «aumenta el riesgo de congelar la situación y retrasar el ajuste necesario tanto por el lado de los trabajadores como de las empresas. Las empresas mantendrán un nivel de empleo excesivo, y los trabajadores tendrán un incentivo reducido para buscar un nuevo empleo» (GÓMEZ RUFÍAN, L.: «Los sistemas de reducción de tiempo de trabajo («short-time working») como mecanismo de flexibilidad interna en entornos recesivos: evaluación para cinco países europeos a través de los datos de la OCDE», *Revista de Información Laboral*, núm. 4 (2016), p. 5 [versión electrónica]).

⁷⁰ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «La fascinación de los modelos o el *Kurzarbeit* a la española», en GARCÍA-PERROTE, I.; MERCADER, JESÚS R. (Dir.): *La reforma del mercado de trabajo. Ley 35/2010, de 17 de septiembre*, Lex Nova, Valladolid, 2010: «un cambio útil desde el punto de vista de la claridad y la seguridad jurídica; pero no añade nada, en cuanto posibilidad, a lo que ya era factible» antes de la reforma.

⁷¹ El texto del preámbulo de la Ley 35/2010 es explícito en este sentido al señalar como uno de los objetivos de la reforma «reforzar los instrumentos de flexibilidad interna en el desarrollo de las relaciones laborales y, en particular, las medidas de reducción temporal de jornada, como mecanismo que permita el mantenimiento del empleo durante las situaciones de crisis económica, reduciendo el recurso a las extinciones de contratos y ofreciendo mecanismos alternativos más sanos que la contratación temporal para favorecer la adaptabilidad de las empresas». Las modificaciones legales introducidas perseguían fomentar la adopción por el empresario de medidas de reducción del tiempo de trabajo («sea a través de la suspensión del contrato de trabajo, sea mediante la reducción de la jornada en sentido estricto») como instrumento «que favorece la flexibilidad interna de la relación laboral y que permite alcanzar un equilibrio beneficioso para empresarios y trabajadores, pues facilita el ajuste de la empresa a las necesidades cambiantes del mercado y, al mismo tiempo, proporciona al trabajador un alto grado de seguridad, tanto en la conservación de su puesto de trabajo, como en el mantenimiento de su nivel de ingresos económicos por la protección dispensada por el sistema de protección por desempleo».

⁷² Dice la STC 213/2005: «al igual que las suspensiones de contratos [...] la reducción de jornada forma aparte de las medidas de alcance puramente transitorio o temporal, que persiguen lograr la superación de una de dichas situaciones sin afectar al mantenimiento de los puestos de trabajo» (FJ 6).

resultan nítidos. Ya lo había señalado, a la luz del Derecho anterior, la STC 213/2005: «en virtud de la ordenación legal en materia de ordenación del tiempo de trabajo [...] y de las posibilidades de cómputo anual y distribución irregular de la jornada [...] las diferencias entre una suspensión de contratos y una reducción de jornada resultan de hecho inexistentes o poseen un alcance meramente nominal» (FJ 6). Suspensiones y reducciones presentan identidad causal y procedimental. Varía el grado de afectación sobre la relación laboral: la suspensión implica el cese temporal total (el 100 por 100) de las prestaciones del trabajador y del empresario; la reducción de jornada el cese parcial (entre el 10 y el 70 por 100) de jornada y salario. Sin embargo, las posibilidades de distribución irregular de la jornada de trabajo junto con los parámetros de cálculo de las reducciones de jornada sobre la jornada diaria, semanal, mensual o anual pueden provocar situaciones de difícil deslinde. Una reducción de la mitad del tiempo de trabajo de un mes tanto puede conseguirse trabajando todos los días la mitad de la jornada diaria como cesando totalmente durante la mitad de los días del mes, admitiendo fórmulas mixtas entre una y otra opción⁷³.

b) REDUCCIÓN TEMPORAL Y MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LA JORNADA DE TRABAJO

Resulta claro que las decisiones empresariales de reducción temporal de la jornada de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas deberán articularse por medio del artículo 47 ET en los supuestos expresamente regulados: a) suspensión o reducción total (art. 47.1 ET); y b) reducción del 10 al 70 por 100 (art. 47.2 ET). Respecto de ellos no cabe plantear el uso alternativo del artículo 41 ET. La regulación especial desplaza a una hipotética general. En este sentido la STS de 16 de junio de 2014 (rec. 194/2013) se refiere a «una razón de especificidad» que ilustra bien la STSJ Madrid 467/2013, de 27 de mayo (rec. 1408/2013). La empresa contratista, como consecuencia de la aminoración de la carga de trabajo por el cliente, decide efectuar una reducción de jornada de jornada del veinticinco por ciento como modificación sustancial de condiciones de trabajo. La sentencia se plantea si «tras las reformas introducidas en el artículo 47 del ET» en la reforma laboral de 2012 «puede arbitrarse una reducción de jornada, con arreglo al cauce procedimental previsto en el artículo 41 del ET, para la modificación sustancial de condiciones de trabajo». Señalando que «la respuesta, sin duda, es que no». Lo

⁷³ ROQUETA BUJ, R.: *Los expedientes de regulación de empleo, cit.*, p. 20.

explica así: «consideramos que tras la entrada en vigor de las dos normas a las que se acaba de hacer referencia, el único medio a través del cual una empresa puede acometer una reducción de jornada del 25%, es el procedimiento regulado en el artículo 47 ET [...]. La consecuencia de lo razonado hasta ahora determina que debemos declarar la nulidad de la medida adoptada [...], no sólo porque [...] existe un procedimiento específico para reducir la jornada que, en el caso, no se ha observado, sino porque la correcta elección del procedimiento a través del cual pueden acogerse medidas de esta naturaleza, no es baladí, porque la reducción de jornada amparada en el artículo 47 del ET por superar el 10%, puede permitir a los trabajadores afectados acogerse a la situación legal de desempleo, como prevé el artículo 208.3 de la LGSS.» Igualmente la STSJ Madrid 69/2015, de 10 de febrero (rec. 727/2014). La empresa contratista, como consecuencia de la disminución de la contrata, decide reducir temporalmente la jornada de 35 trabajadores en un 21,42%. Implementa la decisión como modificación sustancial de condiciones de trabajo (art. 41 ET). Al no seguirse los trámites del artículo 47 ET se declara la nulidad de la medida. También en este sentido pueden verse las SSTSJ Madrid 308/2015, de 10 de abril (rec. 37/2015) y 618/2015, de 10 de julio (rec. 403/2015).

Más allá de lo dicho se inicia el terreno de la incertidumbre: a) ¿Son posibles decisiones empresariales de reducción temporal de menos del 10 o de más del 70 y menos del 100 por 100 de la jornada?; b) y ¿reducciones de carácter definitivo? La pluralidad de reglas junto con su falta de armonización y la ausencia de un criterio jurisprudencial terminante permiten responder estas preguntas de las más variadas formas⁷⁴.

Por lo que se refiere a las reducciones temporales⁷⁵ no contempladas expresamente en el artículo 47 ET podría pensarse que encontrarían acomodo en el genérico artículo 41.1.a) ET. Sin embargo, no parece plausible la opción de remitir ambos supuestos al régimen del artículo 41 ET. El texto de la norma contempla excepciones al cumplimiento de lo pactado y las únicas que enuncia son las del artículo 47.1 y 2 ET, ninguna otra. Más allá de la pura interpretación lite-

⁷⁴ Véase LAHERA FORTEZA, J.: «Nuevas perspectivas en materia de suspensión del contrato de trabajo y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción», en THIBAUT ARANDA, J. (Dir.); JURADO SEGOVIA, Á. (Coord.): *La reforma laboral de 2012: nuevas perspectivas para el Derecho del Trabajo*, La Ley, Madrid, 2012, y bibliografía allí citada.

⁷⁵ La medida del artículo 47.2 ET es temporalmente limitada sin que la ley imponga mínimos ni máximos. Dice el artículo 16.3 RD 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 reducción de jornada que «el alcance y duración» de la reducción de jornada se adecuará «a la situación coyuntural que se pretenda superar». SEMPERE NAVARRO, A. V., en MONTROYA MELGAR, A.; GALIANA MORENO, J. M.^a; SEMPERE NAVARRO, A. V.; RÍOS SALMERÓN, B.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 9.^a ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 738.

ral, ningún sentido tendría someter reducciones de jornada superiores al setenta por ciento, casi suspensión de la relación laboral⁷⁶, a un régimen jurídico menos protector para el trabajador, tanto en el aspecto laboral como de seguridad social, que reducciones inferiores. Por otra parte, el diez por cien es la parte de la jornada que el empresario puede distribuir irregularmente a lo largo del año (art. 34.2 ET). Son razones no explicitadas de política jurídica que limitan las opciones empresariales en esta materia, imponiendo una determinada asignación de riesgos en el contrato de trabajo. Además debe tenerse en cuenta que el artículo 41 ET recoge la figura de la denuncia modificativa o despido modificatorio (el «despido acompañado de una oferta para continuar en la empresa»⁷⁷) y su aplicación puede abocar en la extinción del contrato de trabajo que es lo que la reducción temporal de jornada y salario pretende evitar.

De este modo quedaría el artículo 41.1.a) ET como precepto idóneo para articular reducciones definitivas de jornada. Así se reconoce, por ejemplo, en la STSJ Castilla y León (Burgos) 543/2016, de 13 de octubre (rec. 439/2016). El período de consultas iniciado para reducir la jornada de trabajo (art. 47 ET) terminó con acuerdo, que fue impugnado judicialmente por entender que se trataba de una novación contractual prohibida (paso de tiempo completo a tiempo parcial) o, en su defecto, una modificación sustancial de condiciones de trabajo (art. 41 ET) con el derecho de los trabajadores afectados a la extinción indemnizada de sus contratos de trabajo. El tribunal anuló la medida adoptada y declaró que se había utilizado indebidamente, con «manifiesto abuso de derecho», la vía del artículo 47 ET en lugar del artículo 41 ET, al tratarse de una reducción de jornada de carácter definitivo.

No obstante, el sometimiento de las reducciones temporales y definitivas de jornada a regímenes jurídicos distintos puede plantear problemas si al cesar la reducción temporal persisten causas empresariales que aconsejen su conversión, en definitiva. Un buen ejemplo puede verse en la STSJ Andalucía (Málaga) 179/2016, de 28 de enero (rec. 8/2015). La empresa afectada por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas tramitó sendos expedientes de extinción de contratos de trabajo, de reducción temporal de jornada y de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, se alcanzó acuerdo global en virtud del cual, entre otras medidas, se acordaba la reducción temporal de jornada y salario en un 50 por 100 durante 24 meses. En relación con la reducción de jornada se dio dos opciones a los trabajadores: a) acogerse a la reducción temporal con la facultad de extinguir

⁷⁶ ROQUETA BUI, R.: *Los expedientes de regulación de empleo*, cit., p. 21.

⁷⁷ RIVERO LAMAS, J.: «Modificación sustancial de condiciones de trabajo», en *Enciclopedia laboral básica Alfredo Montoya Melgar*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 896.

con indemnización el contrato si una vez terminada la vigencia de la reducción temporal era necesario consolidarla; o, b) «acogerse en el momento actual a una modificación sustancial de las condiciones de trabajo de reducción del 50% de la jornada/salario que será indemnizada según el criterio del punto 2.1 (bajas incentivadas) a aplicar sobre el mismo porcentaje de reducción». Concluido el período de vigencia de la reducción temporal y manteniéndose las circunstancias que lo provocaron, la empresa comunica a los trabajadores que «tenían derecho a optar por extinguir la relación laboral con una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, con un tope de 12 mensualidades o a continuar de manera permanente e indefinida con la reducción adoptada.» La decisión de consolidar la reducción de jornada se impugna por entender que se trata de una nueva medida necesitada de un nuevo período de consultas. El tribunal entiende que se trata de una simple aplicación del acuerdo alcanzado en su momento que no exige «la iniciación en la forma prevista en el artículo 47.2 y concordantes del Estatuto de los Trabajadores, del correspondiente expediente, con fases de negociación y consultas».

4. ELEMENTOS CONFIGURADORES DE LA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DEL TIEMPO DE TRABAJO. CASUÍSTICA JUDICIAL

Una vez marcados los límites exteriores de las modificaciones sustanciales en materia de tiempo de trabajo (arts. 34.2 y 47 ET), procede analizar los elementos configuradores de las modificaciones sustanciales del tiempo de trabajo. A tal efecto se ofrece una muestra de la casuística judicial.

A) Existencia de una decisión empresarial

El artículo 41 ET sólo se aplica a modificaciones del tiempo de trabajo decididas unilateralmente por el empresario. Por tanto, quedan excluidas aquellas modificaciones que son acordadas con el trabajador (STSJ Andalucía [Málaga] 148/2017, de 25 de enero [rec. 1975/2016]), autorizadas por el convenio colectivo (STSJ País Vasco 990/2020, de 21 julio [rec. 783/2020]) o resultado de cambios normativos, legales o convencionales:

a) La nueva regulación legal se aplica como consecuencia de su valor normativo sin que haya que recurrir al artículo 41 ET. Así lo señala, por ejemplo, la STS de 21 de enero de 2014 (rec. 81/2013): no es necesario seguir el procedimiento del artículo 41 ET «cuando se trata de una modificación que no viene

impuesta por una decisión unilateral del empleador, sino que deriva directamente y de forma absoluta de la ley, sin que haya intervenido ninguna otra modificación a cargo del empresario». También la STS 26 de noviembre de 2015 (rec. 347/2014): «si por Ley se introducen modificaciones en los derechos de los trabajadores enumerados en el artículo 41 del ET no nos encontramos ante una modificación sustancial de las condiciones de trabajo acordada unilateralmente por el empresario por lo que la negociación, si la hubiere, no resulta obligatoria. Por ello, conforme a esa doctrina, al tratarse de una modificación de las condiciones de trabajo impuesta por la Ley no resultaba de aplicación el procedimiento del artículo 41.4 del ET, previsto para los supuestos en los que es el empresario quien acuerda la modificación.» En igual sentido la STSJ Aragón 323/2017, de 1 de junio (rec. 276/2017), en un supuesto de adaptación para cumplir el requerimiento de la Inspección de Trabajo sobre observancia de las normas de descanso entre jornadas. O, en fin, la STSJ Madrid 1029/2016, de 18 de diciembre (rec. 597/2015) para la que «la modificación puede ser implantada sin necesidad de seguir el procedimiento del artículo 41ET, porque no ha sido adoptada por decisión unilateral del empresario, sino que deriva directamente de la ley».

b) Igual sucede si la modificación deriva de la aplicación de nuevas reglas convencionales. Así en la STSJ Islas Canarias (Las Palmas) 1367/2018, de 17 de diciembre (rec. 1146/2018): no «se ha operado una modificación unilateral por parte del empresario al amparo del artículo 41 ET, sino que lo que ciertamente subyace en la controversia es un cambio en la regulación del tiempo de trabajo en el convenio colectivo [...]. Por tanto, no se está ante una decisión voluntaria empresarial, por lo que la misma no puede suponer una modificación sustancial de condiciones de trabajo «ex» artículo 41 ET». Tampoco habrá modificación sustancial si las nuevas condiciones de jornada son resultado de la aplicación del convenio colectivo sectorial de ámbito superior tras la terminación de la vigencia del convenio de empresa (STSJ Madrid 792/2021, de 17 de septiembre [rec. 575/2021]); ni cuando son resultado de un acuerdo de empresa (STSJ Castilla y León [Burgos] 350/2021, de 14 de julio [rec. 329/2021]) o de alteración de reglas del convenio colectivo (SAN 82/2021, de 22 de abril [rec. 349/2020]; STSJ Andalucía [Málaga] 1484/2020, de 23 de septiembre).

B) Las condiciones a modificar deben formar parte del contenido de la relación laboral

Para que estemos ante una modificación sustancial de las condiciones de trabajo es necesario que se altere una condición reconocida en el contrato de traba-

jo, acuerdo o pacto colectivo o decisión unilateral del empresario. No hay modificación sustancial de condiciones de trabajo si se suprimen situaciones de mera tolerancia. Así, la decisión empresarial de aplicar la jornada prevista en el convenio colectivo y terminar con la jornada inferior realizada no supone una modificación sustancial de condiciones de trabajo porque no altera un derecho del trabajador, sino que pone fin a una situación de mera tolerancia (STS 801/2020, de 24 de septiembre [rec. 211/2018]). Son también ejemplos de eliminación de situaciones de mera tolerancia empresarial: la supresión de breves interrupciones de la prestación de trabajo dentro de la jornada (SAN 144/2019, de 10 de diciembre [ECLI: ES: AN:2019:4555]); la alteración del período habitual de vacaciones (STSJ Cataluña 3166/2020, de 7 de julio [rec. 1047/2020]); y la elevación de la jornada como consecuencia de dejar de considerar como tiempo de trabajo efectivo parte de la pausa por bocadillo (STS 622/2017, 13 de julio [rec. 2235/2015] y STSJ Cataluña 4112/2021, de 27 de julio [rec. 1419/2021]). Por el contrario, si se trata de una condición más beneficiosa, consideración como días laborables sólo del lunes al viernes, su alteración constituye una modificación sustancial de condiciones de trabajo que requiere aplicación del artículo 41 ET (STSJ Islas Canarias [Las Palmas] 911/2019, de 12 de septiembre [rec. 185/2019]).

C) El trabajador afectado no debe haber sido contratado para prestar servicios con un tiempo de trabajo variable

Es, por ejemplo, el caso de los profesores de religión en centros públicos. La administración fija al inicio de cada curso la duración de su jornada de trabajo teniendo en cuenta las necesidades de los centros escolares. No hay modificación sustancial, sino «cumplimiento de una característica de este tipo de contratos, cual es la variabilidad de la jornada en atención a las necesidades de los centros y la especificidad de la disciplina impartida [...] de oferta obligatoria para los centros escolares pero de carácter voluntario para los alumnos, lo que implica que ese tipo peculiar de cambios y modificaciones se puede producir por razón de la propia planificación educativa» (STS 641/2020, de 13 de julio [rec. 155/2018], con cita de otras muchas anteriores).

Un supuesto similar es el de los contratos celebrados por un centro de enseñanza con sus profesores en los que se pacta «que la dedicación semanal prevista en el contrato, así como las retribuciones a percibir se encuentran supeditadas a las modificaciones que se efectúen en el Plan de Ordenación Académica» de cada curso. Para el tribunal la decisión de reducir la jornada durante un curso no constituye modificación sustancial, «sino que viene amparada en el propio

contrato de trabajo», sin que la cláusula contractual pueda «considerarse como arbitraria o abusiva; pues, en términos de razonabilidad y proporcionalidad, es plausible y lógico, que el organismo demandado, dentro de sus facultades para configurar su oferta educativa, pueda efectuar la planificación de la docencia en cada curso académico, y ajustar las jornadas y horas lectivas de cada asignatura a dicha planificación» (STSJ Cataluña 138/2021, de 14 de enero [rec. 2139/2020]).

Igual sucede con la cláusula contractual que, de acuerdo con lo previsto en el convenio colectivo, permite la distribución irregular de la jornada con la finalidad de ajustar la prestación del servicio a las condiciones pactadas con los clientes de la empresa. La decisión empresarial no constituye una modificación sustancial de condiciones de trabajo, pues la empresa «se ha atenido a lo estipulado al contratar, procediendo únicamente a realizar una redistribución de sus efectivos para atender al servicio, como ya se previó al tiempo de la firma de los contratos, y siendo así resulta indudable que la empleadora no se ha excedido en su poder de dirección y organización del trabajo». Son «de facultades que no exceden del «ius variandi», en tanto en cuanto el pacto entre las partes permitía la modificación de referencia, en los términos indicados» (STSJ Madrid 377/2020, de 16 de junio [rec. 449/2019]).

D) Aspectos del tiempo de trabajo modificables

El artículo 41 ET se refiere expresamente a la jornada de trabajo [a]), al horario y distribución del tiempo de trabajo [b]) y al régimen del trabajo a turnos [c)]⁷⁸. Este enunciado específico no tiene carácter limitativo, pues como es bien sabido, la lista ofrecida por este precepto es simplemente ejemplificativa: «la lista de condiciones modificables previstas en el artículo 41ET es abierta, no tiene carácter exhaustivo sino ejemplificativo de las materias en las que las decisiones modificativas son más frecuentes, de modo que estas pueden afectar a otras condiciones distintas de las expresamente reseñadas», por lo que la modificación sustancial «permite alteraciones de cualesquiera condiciones de trabajo» (STS de 17 de diciembre de 2014 [rec. 24/2014]).

Los tribunales han realizado un trabajo de definición de cada uno de los términos especificados en el artículo 41 ET. Así han insistido en la diferencia entre jornada y horario. Por jornada debe entenderse el «tiempo durante el que haya que prestar actividad a lo largo de determinada unidad cronológica como el día, la semana o el

⁷⁸ MONTROYA MELGAR, A.: «Jornada en régimen de turnos», en DE LA VILLA GIL, L. E. (Coord.): *Estudios sobre la jornada de trabajo*, ACARL, Madrid, 1991, pp. 137 a 157.

año», mientras que horario es «la distribución de ese tiempo de actividad laboral» (STS 173/2021, de 9 de febrero [rec. 111/2019]). La STSJ Castilla y León (Burgos) 572/2015, de 24 de julio (rec. 493/2015), con amplia cita de sentencias del Tribunal Supremo⁷⁹, recuerda que la noción de jornada es «la que presenta una mayor relevancia y trascendencia, por cuanto que ella es la que determina nítidamente el número de horas que se han de trabajar, dentro del lapso temporal de que se trate», mientras que «el horario es una consecuencia o derivación de la jornada, pues en él se precisa el tiempo exacto en que en cada día se ha de prestar servicio, teniendo siempre a la vista y como norma a respetar la duración de la jornada estatuida». Por tanto, «el concepto de jornada se refiere al número de horas de trabajo en un determinado periodo», mientras que «el horario, o distribución de la jornada, se refiere a los concretos momentos (días y horas) en los que han de prestarse esas horas de trabajo». Por esto «para determinar la distribución de la jornada (horario) de un trabajador es preciso dar dos especificaciones: los días concretos de prestación de servicios y las horas de trabajo dentro de cada uno de esos días. Para calcular la jornada no basta con uno sólo de esos datos, sino que son precisos ambos».

Fuera de los conceptos expresamente enunciados en el artículo 41 ET también habrá modificación sustancial en cualesquiera otros aspectos temporales de la prestación laboral. Es el caso, por ejemplo, de la propia delimitación del tiempo de trabajo. Constituyen modificaciones sustanciales: la implantación de un servicio de guardia localizada (STS 476/2017, de 2 de junio [rec. 163/2016]); la consideración del tiempo de desplazamiento en viajes internacionales como tiempo no efectivo de trabajo, cuando con anterioridad se venía considerando tiempo efectivo de trabajo (SAN 169/2021, de 14 de julio [rec. 179/2021]); la supresión unilateral de la condición más beneficiosa de considerar tiempo de trabajo efectivo la pausa de bocadillo de quince minutos (STSJ Andalucía (Málaga) 1817/2018, de 7 de noviembre [rec. 1297/2018]); y la supresión de los márgenes de entrada y salida de enlace entre turnos de trabajo (STSJ Cantabria 744/2018, de 31 de octubre [rec. 417/2018]).

Muy frecuentemente la alteración de algún elemento temporal provocará una modificación «en cascada» de otros. Así la eliminación de la pausa por bocadillo como tiempo de trabajo efectivo puede provocar un incremento de jornada y una variación del horario (STS 622/2017, 13 de julio [rec. 2235/2015]). E incluso de aspectos no temporales, como el salario: al dejar de trabajar en festivos y período nocturno, por ejemplo, se pierden los complementos salariales correspondientes (STSJ Galicia 1862/2021, de 7 de mayo [rec. 971/2021]).

⁷⁹ SSTs de 22 de julio de 1995 (rec. 443/1995), 26 de junio de 1998 (rec. 4621/1997) y 19 de febrero de 2001 (rec. 2964/2000).

E) **Determinación del carácter sustancial de la modificación**

La ley no ofrece elementos para determinar el carácter sustancial de la decisión modificativa introducida por el empresario. No hay «una regla que nos diga cuándo una modificación es sustancial; el adjetivo implica un concepto jurídico indeterminado que habrá de ser valorado en cada caso concreto, pero siempre el cambio ha de ser trascendente y esencial, entendido como lo más importante de la cosa en concreto.» (STS de 17 de diciembre de 2014 [rec. 24/2014]). Ante el silencio legal los tribunales han determinado algunos criterios genéricos con los que valorar el carácter sustancial o accidental de la modificación. En ellos está presente la idea de que el tiempo de trabajo afecta «profundamente al régimen de vida de los trabajadores» y por lo tanto constituye «una de las materias más sensibles» (STSJ Cataluña 34387/2021, de 21 de junio [rec. 811/2021], con cita de STS de 28 de febrero de 2007 ([rec. 184/2005])). Se trata de condiciones de trabajo que «entroncan directamente con la conciliación de la vida personal, laboral y familiar, y, por ende, con el principio de igualdad de trato y no discriminación» (STSJ País Vasco 1521/2020, de 19 de noviembre [rec. 1310/2020]). Por ello puede decirse que la ley «presume que es una modificación sustancial de las condiciones de trabajo aquélla que afecta a la jornada de trabajo» (STSJ Canarias [Santa Cruz de Tenerife] 1110/2019, de 11 de noviembre [rec. 710/2019]).

Es frecuente encontrar en las resoluciones judiciales fórmulas más o menos genéricas que parten de la «imposibilidad de trazar una noción dogmática de modificación sustancial y la conveniencia de acudir a criterios empíricos de casuismo». En ellas hay tanto aproximaciones conceptuales como especificación de algunos elementos a tener en cuenta en la valoración. Entre las primeras se encuentra la de que «por modificación sustancial de las condiciones de trabajo hay que entender aquéllas de tal naturaleza que alteren y transformen los aspectos fundamentales de la relación laboral, entre ellas, las previstas en la lista *ad exemplum* del artículo 41.2 pasando a ser otras distintas, de un modo notorio, mientras que cuando se trata de simples modificaciones accidentales, éstas no tienen dicha condición siendo manifestaciones del poder de dirección y del *ius variandi* empresarial»; o que es sustancial «la variación que conjugando su intensidad y la materia sobre la que verse, sea realmente o potencialmente dañosa para el trabajador». Entre los elementos valorativos hay que tener en cuenta: a) que el carácter sustancial depende de la entidad del cambio y no de la materia a la que se refiera; b) la importancia cualitativa de la modificación impuesta; c) su alcance temporal; y d) las eventuales compensaciones pactadas, «pues de tales circunstancias dependerá que la intensidad del sacri-

ficio que se impone al trabajador» (STS 36/2017, de 17 de enero [rec. 2/2016]). A la luz de estos criterios se rechaza calificar como sustancial una modificación de tiempo de trabajo «ocasional, de duración temporal y de escasa repercusión en la jornada laboral». Con afán sistemático la STSJ País Vasco 1641/2020, de 15 de diciembre (rec. 1510/2020) señala cuatro criterios para determinar el carácter sustancial de una modificación: a) la naturaleza de la condición afectada, lo que obliga a distinguir entre «decisiones modificativas que afectan a aspectos básicos o esenciales del contrato de trabajo y aquellas otras que se proyectan sobre elementos accesorios»; b) el alcance o importancia de la modificación, por lo que «la sustancialidad no es predicable de alteraciones insignificantes o poco significativas»; c) la mayor onerosidad consecuencia de la modificación, que «valora la existencia o inexistencia de gravamen para los trabajadores» aunque la «sustancialidad puede existir sin gravamen»; y d) el del alcance temporal de la medida, que aleja de la sustancialidad las alteraciones de duración determinada (el retraso de media hora en la entrada y salida del trabajo sólo en los meses de verano no puede calificarse como sustancial, STS de 10 de octubre de 2005 [rec.183/2004]).

La STS 824/2020, de 30 septiembre (rec. 109/2019) proporciona un buen ejemplo del modo judicial de proceder para determinar el carácter sustancial de una modificación. Se trata de determinar si la decisión unilateral del empresario de ampliar el período durante el que deben disfrutarse las vacaciones y de excluir a tales efectos los meses de julio y agosto constituye una modificación sustancial de condiciones de trabajo (se sustituye el período del 1 de julio al 30 de septiembre por el que va del 5 de junio al 10 de octubre). El razonamiento opera en dos pasos. Primero, la sentencia se remite a la doctrina genérica anterior de la propia Sala:

«Como señalamos en la STS/IV de 12 de septiembre de 2016 (RJ 2016, 5394) (R. 246/2015) entre otras:

“En SSTs como las de 11 de diciembre de 1997 (rec. 1281/1997), 22 de septiembre de 2003 (RJ 2003, 7308) (rec. 122/2002), 10 de octubre de 2005 (rec. 183/2004), 26 de abril de 2006 (rec. 2076/2005), 17 abril 2012 (rec. 156/2011) o 25 noviembre 2015 (rec. 229/2014), entre otras muchas, se sienta doctrina de alcance general sobre qué significa que un cambio sea sustancial. Con arreglo a ella:

Por modificación sustancial de las condiciones de trabajo hay que entender aquéllas de tal naturaleza que alteren y transformen los aspectos fundamentales de la relación laboral, entre ellas, las previstas en la lista ‘ad exemplum’ del artículo 41.2 pasando a ser otras distintas, de un modo notorio, mientras que cuando se trata de simples modificaciones accidentales, éstas no tienen dicha condición siendo manifestaciones del poder de dirección y del ‘iusvariandi’ empresarial.

Ha de valorarse la importancia cualitativa de la modificación impuesta, su alcance temporal y las eventuales compensaciones pactadas, pues de tales circunstancias dependerá que la intensidad del sacrificio que se impone al trabajador, haya de ser calificado como sustancial o accidental, lo que conlleva que, en cada caso habrá que analizar las circunstancias concurrentes.

Se destaca la imposibilidad de trazar una noción dogmática de ‘modificación sustancial’ y la conveniencia de acudir a criterios empíricos de casuismo, sosteniéndose al efecto por autorizada doctrina que es sustancial la variación que conjugando su intensidad y la materia sobre la que verse, sea realmente o potencialmente dañosa para el trabajador.

Para calificar la sustancialidad de una concreta modificación habrá de ponderarse no solamente la materia sobre la que incida, sino también sus características, y ello desde la triple perspectiva de su importancia cualitativa, de su alcance temporal e incluso de las eventuales compensaciones.

Para calificar una modificación como sustancial tendrá el intérprete que estudiar caso por caso, y su juicio deberá tener en cuenta siempre los elementos contextuales, así como ‘el contexto convencional e individual, la entidad del cambio, el nivel de perjuicio o el sacrificio que la alteración supone para los trabajadores afectados’.”»

Segundo, aplicando el concepto genérico concluye, con razonamiento sucinto, en el carácter sustancial de la modificación operada:

«Partiendo de ello [...] la modificación introducida por la empresa unilateralmente que afecta al periodo de disfrute de las vacaciones de determinados trabajadores, que no tiene encaje en la norma convencional que exige la excepcionalidad de la medida en el supuesto que contempla, lo cual no se justifica suficientemente en el caso contemplado, ha de estimarse que es sustancial. Ante la falta de acuerdo, es claro que la empresa debió acudir al procedimiento previsto en el artículo 41 ET. A mayor abundamiento, la norma convencional exige como única razón de la excepción, las razones organizativas que no han sido alegadas ni aparecen contempladas en la decisión empresarial.»

Son muchos los ejemplos de modificaciones sustanciales en materia de tiempo de trabajo:

– El incremento de la jornada de trabajo, de 37,5 a 40 horas semanales (STS 924/2018, de 22 de octubre [rec. 9/2018]).

– La alteración de la jornada y el horario para ajustarse a las necesidades de la empresa cliente (de lunes a domingo, incluidos festivos, de 8:00 a 00:00 horas, se pasa a una jornada de lunes a sábados, sin nocturnos ni festivos, y con horario de 8:00 a 22:00 horas): «no hay duda que se ha producido una MSCT de carácter colectivo que afecta al horario, a la jornada y a la retribución, pues con el cambio horario producido, los trabajadores han dejado de percibir los

pluses de festivos y nocturnidad que antes percibían» (STSJ Galicia 1862/2021, de 7 de mayo [rec. 971/202]).

– La sustitución por una reducción de la jornada los viernes por la tarde de los tres días de libranza, durante la semana de Pascua, de los que disfrutaban los trabajadores en compensación de los excesos de jornada (STSJ País Vasco 1641/2020, de 15 de diciembre [rec. 1510/2020]).

– La exclusión de determinados períodos para el disfrute de los sábados de libranza, frente a la práctica imperante en la empresa, que venía permitiendo su autorregulación por los trabajadores (STSJ País Vasco 1521/2020, de 19 de noviembre [rec. 1310/2020]).

– La supresión de la pausa por bocadillo (STSJ Andalucía [Málaga] 1484/2020, de 23 de septiembre [rec. 768/2020]).

– La supresión de la jornada intensiva y la modificación de los días de descanso semanal de los tres turnos de trabajo (STSJ Aragón 128/2018, de 7 de marzo [rec. 89/2018]).

– La alteración de siete de los treinta y siete días de descanso anuales (STSJ Cataluña 855/2018, de 12 de febrero [rec. 6476/2017] y 982/2018, de 14 de febrero [rec. 6824/2017]).

– La modificación del régimen de turnos, pasando de la secuencia de dos semanas de mañana y una de tarde a otra de una de mañana y otra de tarde (STSJ Castilla y León (Valladolid) de 16 de noviembre de 2017 [rec. 1154/2017]).

– La consideración como laborables de todos los días de la semana, frente a la ordenación anterior que sólo consideraba laborables de lunes a sábado (STSJ Galicia de 26 de septiembre de 2017 [rec. 2505/2017]).

– La alteración del descanso semanal, imponiendo a los trabajadores la obligación de recuperar en sábado cuatro días festivos concurrentes en laborables (STSJ Castilla y León (Burgos) 572/2015, de 24 de julio [rec. 493/2015]).

– La aplicación de una jornada partida sin turnicidad, que sustituye al régimen anterior de jornada continuada con turnos de mañana y tarde y dos de cada cinco sábados (STSJ País Vasco 1732/2019, de 9 de octubre [rec. 1581/2019]).

– La modificación del disfrute de los descansos. Una rotación de trabajo y descanso de siete días de trabajo seguidos de dos de descanso, se sustituye por otra en la que cinco veces al año se intercala un día de trabajo entre los dos de descanso (STSJ Cataluña 2754/2019, de 30 de mayo [rec. 845/2019]).

– El incremento en dos horas de la jornada diaria inicial de seis horas (STSJ Extremadura 23/2019, de 15 de enero [rec. 705/2018]).

– Reducciones de jornada del catorce por ciento (STSJ Andalucía (Sevilla) 2883/2018, de 18 de octubre [rec. 3183/2018]); de un tercio del tiempo de trabajo semanal (STSJ Galicia de 11 de enero de 2018 [rec. 4612/2017] y STSJ Asturias 405/2017, de 21 de febrero [rec. 5/2017]); y del cincuenta por ciento (STSJ Cantabria 1050/2015, de 28 de diciembre [rec. 616/2015]).

5. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALARCÓN CARACUEL, M. R.: «La jornada ordinaria de trabajo y su distribución», en VV. AA.: *Tiempo de Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2008.
- 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).
- CÁMARA BOTÍA, A.: «La organización del tiempo de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 23 (2000).
- CARRASCO PERERA, Á. y GONZÁLEZ CARRASCO, C.: *Introducción al Derecho y Fundamentos de Derecho Privado*, Tecnos, Madrid, 2013.
- CRUZ VILLALÓN, J.: «Modificación del tiempo de trabajo», *Revista de Derecho Social*, núm. 38 (2007).
- D'ORS, Á.: *Nueva introducción al estudio del derecho*, Civitas, Madrid, 1999.
- DESDENTADO BONETE, A.: «La situación protegida en el desempleo contributivo. Un recorrido por la jurisprudencia reciente», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 89 (2010).
- DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 6.^a ed., 2007.
- FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M.: «El contrato a tiempo parcial», en MONEREO PÉREZ, J. L.; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.; RODRÍGUEZ INIESTA, G.: *La reforma laboral de 2021: Estudio técnico de su régimen jurídico*, Laborum, Murcia, 2022.
- FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A.: «La reducción de jornada de trabajo como medida de flexibilidad interna: articulación de los diversos instrumentos legales», *Relaciones Laborales*, núm. 19 (2012).
- FERRANDO GARCÍA, F.: «La reducción del tiempo de trabajo (suspensión del contrato y reducción de la jornada) como instrumento de flexibilidad interna», en MONTOYA MELGAR, A.; CAVAS MARTÍNEZ, F. (Dir.): *Comentario a la reforma laboral de 2010*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011.
- FRÖHLICH, M.: «La reducción de la jornada (*Kurzarbeit*) y otras medidas del Derecho del Trabajo frente a la crisis en Alemania», *Temas Laborales*, núm. 105 (2010).
- FUCHS, R.; FRÖHLICH, M.; VELASCO PORTERO, M. T.: «La *Kurzarbeit* alemana como modelo para la reducción temporal de jornada en España», *Dereito*, vol. 19, núm. 2 (2010).

- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.; MERCADER UGUINA, J. R.: «Reducción de jornada impuesta unilateralmente por la empresa: ¿novación del contrato a tiempo completo en otro a parcial o modificación sustancial ex artículo 41 ET?», *Revista de Información Laboral*, núm. 6 (2014).
- GOERLICH PESET, J. M.: «Contenido y vigencia de los convenios colectivos: Transformación del contenido mínimo, robustecimiento de las comisiones paritarias y nuevo régimen de ultraactividad», en GARCÍA-PERROTE, I. y MERCADER, J. R. (Dir.): *La reforma de la negociación colectiva*, Lex Nova, Valladolid, 2011.
- «Tiempo de trabajo y negociación colectiva», en GOERLICH PESET, J. M. (Coord.): *El tiempo de trabajo en la negociación colectiva*, MTIN, Madrid, 2008.
- GÓMEZ RUFÍAN, L.: «La conversión del contrato a tiempo completo en a tiempo parcial: confusión jurisprudencial y utilización según los microdatos de la encuesta de población activa», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11 (2020).
- «Los sistemas de reducción de tiempo de trabajo («short-time working») como mecanismo de flexibilidad interna en entornos recesivos: evaluación para cinco países europeos a través de los datos de la OCDE», *Revista de Información Laboral*, núm. 4 (2016).
- GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «La fascinación de los modelos o el Kurzarbeit a la española», en GARCÍA-PERROTE, I.; MERCADER, J. R. (Dir.): *La reforma del mercado de trabajo. Ley 35/2010, de 17 de septiembre*, Lex Nova, Valladolid, 2010.
- IGARTUA MIRÓ, M. T.: *Ordenación flexible del tiempo de trabajo: jornada y horario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- LAHERA FORTEZA, J.: «Nuevas perspectivas en materia de suspensión del contrato de trabajo y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción», en THIBAUT ARANDA, J. (Dir.); JURADO SEGOVIA, Á. (Coord.): *La reforma laboral de 2012: nuevas perspectivas para el Derecho del Trabajo*, La Ley, Madrid, 2012.
- MARTÍN VALVERDE, A.: «Modificaciones de la jornada y del horario de trabajo», en DE LA VILLA GIL, L. E. (Coord.): *Estudios sobre la jornada de trabajo*, ACARL, Madrid, 1991.
- MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F.; GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, 29.ª ed., Tecnos, Madrid, 2020.
- MARTÍNEZ YÁÑEZ, N. M.: «Las fuentes de la distribución irregular de la jornada tras las sucesivas reformas laborales», *Relaciones Laborales*, núm. 5 (2013).
- MONREAL BRINGSVAERD, E.: *La jornada de trabajo: ley y convenio colectivo*, CES, Madrid, 2005.
- MONTOYA MELGAR, A.: «Jornada en régimen de turnos», en DE LA VILLA GIL, L. Enrique (Coord.): *Estudios sobre la jornada de trabajo*, ACARL, Madrid, 1991.
- «La nueva configuración del poder de dirección del empresario», en VV. AA: *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Prof. Manuel Alonso García*, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- *Derecho del Trabajo*, 42.ª ed., Tecnos, Madrid, 2021.

- MONTOYA MELGAR, A.; GALIANA MORENO, J. M.^a; SEMPERE NAVARRO, A. V.; RÍOS SALMERÓN, B.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 9.^a ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.
- MORALES MORENO, A. M.: «Derecho dispositivo», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II, Civitas, Madrid, 1995.
- RIVERO LAMAS, J.: «Régimen de la jornada y de los horarios en la reforma del Estatuto de los Trabajadores», *Documentación Laboral*, núm. 47 (1995).
- «Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Algunos problemas del artículo 41 ET», en VV. AA.: *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Prof. Manuel Alonso García*, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- «Modificación sustancial de condiciones de trabajo», en *Enciclopedia laboral básica Alfredo Montoya Melgar*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2009.
- RODRÍGUEZ PASTOR, G.: *El régimen jurídico de la distribución de la jornada de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- ROQUETA BUJ, R.: «La jornada de trabajo y su determinación», en GOERLICH PESET, J. M. (Coord.): *El tiempo de trabajo en la negociación colectiva*, MTIN, Madrid, 2008.
- *La flexibilidad interna tras la reforma laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- *Los expedientes de regulación de empleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- «Tiempo de trabajo y períodos de descanso», en GOERLICH PESET, J. M. (Coord.): *Derecho del Trabajo*, 9.^a ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: «La modificación de condiciones de trabajo», en MARTÍN JIMÉNEZ, R.; SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.): *Aspectos laborales de la reestructuración empresarial*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011.
- SEMPERE NAVARRO, A. V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R.: *Claves de la reforma laboral de 2012*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012.
- SOLÀ MONELLS, X.: «La situación legal de desempleo por reducción de jornada», en VV. AA.: *Desempleo*, XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, MTAS, Madrid, 2004.
- «La suspensión del contrato y la reducción de la jornada de trabajo tras la reforma laboral de 2010 y a la luz de la futura reforma del reglamento de procedimientos de regulación de empleo», en VV. AA.: *XXII Jornadas Catalanas de Derecho Social. Las reformas laborales del 2010*, 2011, p. 4 [disponible en <http://www.iuslabor.org/jornades-i-seminaris/ponencies/any-2011-2/>].
- VALVERDE ASENCIO, A. J.: «Tiempo de trabajo. En particular, sobre la nueva facultad empresarial de distribución irregular de la jornada como mecanismo de flexibilidad interna», en REY GUANTER, S. del (Dir.): *La reforma del mercado de trabajo y su impacto en el sistema de relaciones laborales*, La Ley Madrid, 2013.

CAPÍTULO XVI

EL RESPETO AL PRINCIPIO DE VOLUNTARIEDAD, COMO ELEMENTO ESENCIAL EN LA CONVERSIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO

FCO. JAVIER FERNÁNDEZ ORRICO
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Miguel Hernández

1. ANTECEDENTES EN LA REGULACIÓN SOBRE REDUCCIÓN DE JORNADA

Si la normativa sobre limitación máxima de la jornada encontró sus primeras disposiciones en el último cuarto del siglo XIX¹, la posibilidad de regular la reducción de la jornada del trabajador tuvo que esperar más de un siglo, porque las iniciales legislaciones de contenido laboral tenían puesta su preocupación en asegurar que la jornada de trabajo no excedieran de determinados límites, con objeto de proteger la salud de los trabajadores, y que fuera una

¹ Como señala MONTROYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo* (34.ª ed.) Tecnos, 2013, pp. 344, «en España no es fortuito que la primera Ley estrictamente laboral, con cuya promulgación se inicia nuestro Derecho del Trabajo en sentido propio –la Ley decretada y sancionada por las Cortes Constituyentes de la I República, el 24 de julio de 1873–, se preocupe de regular la jornada laboral de los menores, limitando a cinco horas la de los niños menores de trece años y la de las niñas menores de catorce (art. 2.º), y a ocho horas la de los jóvenes de trece a quince años y de las jóvenes de catorce a dieciséis (art. 3.º)». Pero no se reguló el régimen de la contratación a tiempo parcial hasta más de un siglo después.

jornada digna que no vulnerara los derechos humanos, según dispone el Convenio 1 de la OIT², por lo que ni siquiera se planteó la regulación de la jornada parcial, y menos aún, de la conversión de la jornada completa a jornada parcial. Sin embargo, existieron figuras que permitían distribuir el horario, durante la semana, cuando el número de horas al día no permitían una distribución diaria³.

Durante la II República, se produjeron reducciones de jornada, a causa de la crisis económica de aquellos años, adoptándose decisiones equiparables a lo que ahora conocemos como medidas de «flexibilidad interna» de la empresa, al acudir a la implantación de turnos y reducciones de jornada antes de recurrir al despido de los trabajadores⁴. Con ello, la reducción del tiempo de trabajo, se utilizó no solo como instrumento de protección de la salud de los trabajadores sino también como estrategia que aminorara los efectos de la crisis, en particular, el de la pérdida del puesto de trabajo.

Alcanzada la mitad del siglo xx, la Ley de Contrato de Trabajo de 26 de enero de 1944, no llegó a regular el contrato a tiempo parcial⁵. Y no se contempló en una norma laboral hasta que poco antes de la Constitución de 1978, la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales⁶, plasmó de forma ciertamente discreta, la posibilidad de que el Ministerio de Trabajo, estableciera novedades, entre las que se encontraba la de los «régimenes de jornadas reducidas»⁷, como medida de fomento de empleo dirigida a determinados colectivos⁸, que por sus características personales tuvieran mayores dificultades

² Según el artículo 2 del Convenio 1 de la OIT, la jornada diaria en los establecimientos industriales debe tener una duración máxima de 8 horas. En España se llevó a cabo una intensa regulación en este sentido, en diversos preceptos. Sobre ello, existe un completo trabajo, en GARCÍA NINET, I.: «Elementos para el estudio de la evolución histórica del Derecho Español del Trabajo: la regulación de la jornada de trabajo desde 1855 a 1931», *Revista de Trabajo*, núm. 51 y 52, que contiene la normativa sobre la jornada de trabajo máxima en el citado período.

³ Distribución horaria que preveía el Decreto de 1 de julio de 1931.

⁴ Se trataba de medidas contra el paro establecidas por Ley de 25 de junio de 1935 y Decreto de 29 de noviembre de 1935.

⁵ Una aproximación a la reducción de jornada, lo encontramos en el artículo 28 de la Ley de Contrato de Trabajo, al señalar que «cuando no se hubiese pactado y se tratase de trabajo o de ejecución de obra por unidad, piezas o medidas u otra modalidad de *trabajo susceptible de cumplimiento parcial*, se entenderá la obligación divisible y el obrero podrá exigir que se le reciba por partes y se le abone en proporción al trabajo ejecutado». De modo que, aun reconociéndose esa posibilidad, no entra en su regulación.

⁶ BOE de 21 de abril.

⁷ Otras cuestiones que se contemplaron en la Ley 16/1976, como fomento de empleo, fue la creación de normas sobre reservas de puestos de trabajo «y otras medidas similares en relación con las empresas de más de veinticinco trabajadores fijos, concediendo bonificaciones en la cotización a la Seguridad Social y organizar fórmulas de empleo comunitario» (art. 13.1 final Ley 16/1976). Pese a ello, tales medidas carecieron de desarrollo reglamentario.

⁸ El objeto concreto –según el artículo 13.1 de la Ley 16/1976, de 8 de abril–, era el de «facilitar la colocación y empleo efectivo de los trabajadores de más de cuarenta años, de los de capacidad laboral

de ocupación. No obstante, con anterioridad a la Ley 16/1976, de 8 de abril, era posible realizar una jornada inferior a la máxima prevista por las disposiciones y ordenanzas que establecían el régimen de jornada según el sector de la actividad, pues según el RD 1844/1960, de 21 de septiembre, en aquellos supuestos en los que se pactaran reducciones de jornada, el salario experimentaría la disminución proporcional correspondiente, de no determinarse lo contrario en la norma o pacto que legitimara esa disminución. Asimismo, las órdenes ministeriales que fijaban cada año el salario mínimo interprofesional, establecían la posibilidad de percibir la remuneración de forma proporcional a la jornada realizada⁹, por lo que indirectamente era factible realizar una jornada a tiempo parcial, con la remuneración correspondiente a esa reducción.

El problema se presentaba desde el ámbito de la Seguridad Social, al no contemplarse algo tan evidente como que la correlativa cotización fuera proporcional al salario, de manera que pudiera ser calculada por debajo de las bases mínimas previstas. Esta indiferencia en la proporcionalidad de la cotización respecto de las retribuciones tuvo la grave consecuencia de que con independencia de la jornada efectuada, la empresa y el trabajador debían cotizar, sin excepción, al menos, por la vigente base mínima de cotización, según la categoría profesional del trabajador, ya se considerara al principio como base tarifada o en función, más adelante, del salario percibido, como expresamente establecieron las primeras Leyes Generales de la Seguridad Social¹⁰. Y así aparece la primera relación entre el contrato a tiempo parcial y la Seguridad Social, en materia de cotización, que no resolvió satisfactoriamente un problema de falta de proporcionalidad salario-cotización, y que ocasionó un obstácu-

disminuida, de los que tengan a su carga especiales responsabilidades familiares o de los jóvenes trabajadores que accedan a su primer empleo.

⁹ Así por ejemplo, el artículo segundo del Decreto 547/1975, de 21 de marzo por el que se aprueba el salario mínimo interprofesional y las bases y tipos de cotización para la Seguridad Social (BOE del 24), señala: «Los salarios mínimos fijados en el artículo primero se entienden referidos a la jornada legal de trabajo en cada actividad sin incluir en el caso de los salarios diarios, la parte proporcional de los domingos y de los días festivos. *Si se realizara jornada menor se percibirán a prorrata*». Mucho tiempo antes, se pronunció la Ley del Descanso Dominical de 13 de julio de 1940, al señalar que cuando la jornada semanal de trabajo fuera disminuida (...) el Ministerio de Trabajo, al acordar la aminoración, determinaría la parte proporcional del jornal correspondiente al domingo que debería ser abonado a los trabajadores sobre el salario de los días trabajados.

¹⁰ Según el artículo 74.1 del Decreto 907/1966, de 21 de abril, aprobando el texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social, la cotización a la Seguridad Social se realizaba sobre «la base tarifada correspondiente a la categoría profesional asignada al trabajador *cualquiera que fuere el número de horas que se trabajasen diariamente*». Por su parte, el artículo 74.4 del Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, dispuso que «la base de cotización tendrá como tope mínimo la cuantía íntegra del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento, *cualquiera que fuere el número de horas que se trabajasen diariamente*».

lo para la creación del contrato a tiempo parcial, lo que desincentivaba su utilización por parte de los empresarios¹¹.

2. EL CONTRATO DE TRABAJO A TIEMPO PARCIAL COMO MUESTRA DE LA FLEXIBILIDAD DE LA ACTIVIDAD LABORAL

Como se ha escrito¹², «el carácter duradero del contrato de trabajo provoca que esté sujeto a cambios sobrevenidos de las condiciones pactadas en el momento de su celebración». Y es que, en el transcurso de la vida del contrato de trabajo, pueden variar las condiciones que se tuvieron en cuenta en el momento de su celebración, como podría suceder que durante la relación laboral el contrato de trabajo se dejara sentir fuertemente las fluctuaciones del mercado, pudiendo provocar graves trastornos para cualquiera de las partes que suscribieron el contrato. Es, entonces cuando deberá plantearse la estrategia a adoptar en el acuerdo, ya sea con una modificación de las condiciones, suspensión, ampliación o reducción de la jornada del contrato, o, en fin, con la rescisión del mismo.

Nota característica de las relaciones laborales es su gran capacidad de adaptación. Prueba de ello, son los frecuentes cambios de su regulación jurídica, que cuando profundizan en aspectos esenciales desembocan en las periódicas reformas laborales, manifestando su gran dinamismo y adaptación de la propia normativa a la realidad social y laboral. También la negociación colectiva, y figuras concretas, como sucede con la modificación sustancial de condiciones de trabajo, la movilidad funcional, y otras instituciones propias del Derecho del Trabajo, muestran esa flexibilidad que permite cambios sin ocasionar situaciones traumáticas. En ese sentido, aparece una figura centrada en el contrato de trabajo que le dota de esa flexibilidad en forma de adaptación a la jornada de trabajo. Se trata de modificar mediante acuerdo entre el empresario y el trabajador una de las variables¹³ que están presentes en toda prestación de servicios, como es el tiempo durante el cual el trabajador desempeña su actividad. En este sentido, el contrato de trabajo a tiempo parcial, entendido en abstracto, puede entenderse como aquel en el que se pacta un tiempo inferior

¹¹ En este mismo sentido, FERRADANS CARAMES, C.: *El contrato de trabajo a tiempo parcial. Dificil equilibrio entre flexibilidad y Seguridad*. Thomson-Aranzadi. Cizur Menor, 2006, p. 55.

¹² FERRADANS CARAMES, C.: *El contrato de trabajo a tiempo parcial. Dificil equilibrio entre flexibilidad y Seguridad*, cit., p. 181.

¹³ Otras variables son, el lugar y el puesto de trabajo, el sector de la actividad, la existencia de las notas de laboralidad, etc.

al que ordinariamente se emplea en el ámbito (sector/empresa) de que se trate, ya sea en términos diarios, semanales, mensuales o anuales¹⁴.

Con el fin de comprender la capacidad que muestra el contrato a tiempo parcial, para adaptarse a la jornada de trabajo, como un guante a la mano, resulta de gran ayuda analizar su concepto legal. Según el artículo 12.1 ET, «el contrato de trabajo se entenderá celebrado a tiempo parcial cuando se haya acordado la prestación de servicios durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año, inferior a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable». A reglón seguido, describe a qué tipo de trabajador se refiere, cuando señala que debe ser «un trabajador a tiempo completo de la misma empresa y centro de trabajo, con el mismo tipo de contrato de trabajo y que realice un trabajo idéntico o similar». Por si no existiera en la empresa ningún trabajador con esas características, «se considerará la jornada a tiempo completo prevista en el convenio colectivo de aplicación o, en su defecto, la jornada máxima legal». Como se ha puesto de relieve¹⁵, la norma no impone un límite de jornada mínima, por lo que será posible suscribir contratos a tiempo parcial de muy escasa dedicación. Y respecto al tiempo máximo el límite es la jornada completa comparable. Toda reducción a esa jornada establecida como completa, por insignificante que sea puede considerarse como contrato a tiempo parcial. Si bien, salvo que se prevea otra cosa, la jurisprudencia entiende, que no puede dejarse a voluntad del empresario la determinación de la jornada a tiempo parcial, sino que debe tomarse como referencia la jornada del convenio colectivo correspondiente¹⁶.

El contrato de trabajo a tiempo parcial es un auténtico contrato de trabajo y por ello, de naturaleza laboral regido por el ET, que, tras la reforma laboral de 2021¹⁷, resulta de aplicación a los contratos de trabajo de duración determinada y a los indefinidos, desapareciendo, en la nueva redacción del artículo 12.2 ET, la prohibición de acogerse a la parcialidad de los anteriores contratos para la formación y el aprendizaje, y entendiéndose referida al actual contrato de formación en alternancia con el trabajo retribuido. Sin embargo, es verdad que constituye una modalidad contractual específica, con un régimen jurídico particular distinto del establecido para los contratos de trabajo a tiempo completo, sin que deba catalo-

¹⁴ CAVAS MARTÍNEZ, F. y GONZÁLEZ FORNOS, M.: «El contrato a tiempo parcial», Capítulo 8, *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias. Tomo XV. Los contratos de trabajo* (VVAA) Mariano Izquierdo Tolsada (Director). Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 608.

¹⁵ CAVAS MARTÍNEZ, F. y GONZÁLEZ FORNOS, M.: «El contrato a tiempo parcial», *cit.*, p. 609.

¹⁶ STS 15 octubre 2007 (RJ 2007, 9308).

¹⁷ Reforma operada por Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.

garse como si fuera una relación laboral especial de las previstas en el artículo 2 ET¹⁸. Y ello, sin perjuicio de que, en tales relaciones especiales, sea posible suscribir contratos a tiempo parcial, con las especialidades que, en sus regulaciones laborales especiales, se establecen. La parcialidad de la jornada viene a ser más bien, como una característica transversal de la contratación laboral, que le dota de flexibilidad en función de las necesidades de empresa y trabajador.

3. DISTINCIÓN ENTRE LA MERA REDUCCIÓN DE JORNADA Y LA CONVERSIÓN DEL CONTRATO A TIEMPO PARCIAL

Conviene distinguir, entre lo que son determinadas reducciones legales de jornada que prevé el Estatuto de los Trabajadores, de lo que constituye la conversión o transformación de contratos a tiempo completo en contratos a tiempo parcial o viceversa. El solo hecho de que se ejecute el trabajo de forma parcial en la jornada¹⁹, no implica necesariamente que se considere como un contrato a tiempo parcial. De manera, que se debe diferenciar, lo que son meras reducciones de la jornada de un contrato a tiempo completo, de lo que representa la conversión de un contrato a tiempo completo a su transformación a tiempo parcial, en lo que cabría entender como una novación del contrato, porque lo que cambia es un elemento fundamental del contrato de trabajo con vocación de permanencia como es la jornada.

A) Reducciones legales de jornada

No son contratos a tiempo parcial, ni por tanto constituyen conversiones o transformaciones de jornada de trabajo, los supuestos de reducción de

¹⁸ CAVAS MARTÍNEZ, F. y GONZÁLEZ FORNOS, M.: «El contrato a tiempo parcial», *cit.*, p. 623.

¹⁹ En este sentido, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.: en «Reducción de jornada impuesta unilateralmente por le empresa: ¿Novación del contrato a tiempo completo en otro a parcial o modificación sustancial ex artículo 41 ET?». *Revista de Información Laboral*, núm. 6/2014, revista electrónica (BIB 2014\2867), p. 1, se plantean la cuestión de, «si las empresas pueden proceder por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción por la vía del artículo 41.1 a) ET, a reducir la jornada de trabajo con igual reducción salarial; o si, por el contrario, ello supone, en todo caso, la transformación o novación de aquél contrato en otro a tiempo parcial, prohibida por el artículo 12.4 e) ET, si no se lleva a cabo con el consentimiento del trabajador». En ese sentido, en lo que afecta a la reducción de jornada, recuerda GARCÍA TORRES, A.: «Modificación de la jornada de trabajo en los contratos a tiempo parcial», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 44/2013 (BIB 2013\1922), que en la normativa laboral se permite la reducción de la jornada de trabajo a través de dos vías: por un lado, la modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 41 del ET), y por otro, la reducción temporal por causas económicas, organizativas, técnicas o de producción, según el artículo 47.2 ET.

jornada por guarda legal, cuidado de familiares o víctimas de violencia de género o de terrorismo (art. 37 ET); por causas económicas, técnicas organizativas o de producción (art. 47 ET)²⁰. Tampoco, las reducciones establecidas como consecuencia de una necesidad derivada de existir un riesgo especial para la salud²¹, pueden considerarse contratos a tiempo parcial sino como supuestos de contratación indefinida o de duración determinada con reducción de jornada²²; ni tampoco lo deberían ser, según el artículo 12.4.e) ET, las reducciones de la jornada establecidas por la empresa a causa de una modificación sustancial de condiciones de trabajo (art. 41 ET). Asimismo, no se puede considerar contrato de trabajo a tiempo parcial, las reducciones especiales de la jornada cuando se comparte con las prestaciones por nacimiento y cuidado de menor en régimen de jornada parcial. Se trata de reducciones que tienen un carácter perentorio, ocasionadas por circunstancias extraordinarias de carácter temporal, porque, una vez desaparecidas retornan a su naturaleza original a jornada completa.

Estas reducciones de jornada aun cuando implican la realización de una jornada de trabajo inferior a la ordinaria, no pueden considerarse en nuestro ordenamiento interno como contratación a tiempo parcial y la consecuencia es, en materia de protección social, la no aplicación de las normas específicas que en materia de seguridad social son aplicables a los contratos a tiempo parcial incluidos en el marco normativo del artículo 12 ET²³. En ese sentido, el artículo 1.d del Convenio 175 OIT, sobre el trabajo a tiempo parcial, señala que, «no se considerará trabajadores a tiempo parcial a los trabajadores a tiempo completo que se encuentren en situación de desempleo parcial, es decir, aquellos que estén afectados por una reducción colectiva y temporal de la duración normal de su trabajo por motivos económicos, tecnológicos o estructurales». Precisamente porque se trata de reducciones temporales, que se completan con una prestación sustitutoria del salario de la parte no trabajada del contrato a jornada completa.

En cambio, el itinerario contrario, es decir, el paso de un contrato a tiempo parcial a otro a tiempo completo, no parece encajar en una mera ampliación, si no es a través de la figura de la conversión en otro contrato a tiempo completo.

²⁰ SSTS 6 abril 1998 (RJ 1998, 4576) y 14 mayo 2007 (recud. 85/2006).

²¹ Arts. 34.7 ET, y Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre formas especiales de trabajo.

²² STS 14 mayo 2007 (recud 85/2006).

²³ ROMERO RÓDENAS, M. J.: «La protección social de los trabajadores a tiempo parcial tras las últimas reformas». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 171/2014, revista electrónica (BIB 2014/4507), p. 3.

B) La conversión de jornada de los contratos de trabajo

A diferencia de las meras reducciones de jornada de la contratación laboral, en nuestra legislación la conversión del contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial y viceversa tiene siempre carácter voluntario para el trabajador y sólo será posible con su consentimiento²⁴, de manera que el principio de voluntariedad supone un derecho individual irrenunciable atribuido al trabajador²⁵. Y esa irrenunciabilidad no solo es actual, en cada instante de la vida del contrato, sino que se proyecta hacia el futuro, de manera que no se podría incorporar al contrato una cláusula que comprometa al trabajador a aceptar una conversión del contrato en otro a tiempo parcial cuando lo solicite el empresario²⁶.

En consecuencia, como señala la doctrina legal²⁷, «aunque se haya mantenido que «todo contrato cuya jornada sea inferior a la habitual es un contrato a tiempo parcial», lo cierto es que la Sala considera –con gran parte de la doctrina– que «el contrato de trabajo a tiempo parcial constituye –al menos actualmente– una verdadera modalidad contractual y que no cabe identificarlo como un simple supuesto de reducción de jornada [contrato de trabajo a tiempo completo con jornada reducida] o de utilización reducida del tiempo de trabajo [«jornada parcial»]. Así lo ponen de manifiesto su compleja configuración legal [particularmente la voluntariedad, las específicas reglas de distribución del tiempo, la singularidad del sistema de protección social...], las exigencias formales y la posible conversión del contrato de tiempo completo a contrato a tiempo parcial y viceversa».

C) Efectos en la antigüedad por conversión de un contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial o viceversa

Entre los efectos que se pueden producir con la transformación de un contrato a tiempo completo en otro contrato a jornada parcial, es el de deter-

²⁴ SSTS 14 mayo 2007 (recud 85/2006) y 7 octubre 2011 (recud 144/2011).

²⁵ LOUSADA AROCHENA, J. F.: «El principio de voluntariedad en el nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial». *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 6, 2001 (BIB 2001\865), p. 6. Comenta el autor, con buen criterio que, al tratarse de un derecho individual, no podría ser anulado por la circunstancia de que la empresa tratara de pactar una conversión colectiva de la jornada del contrato, ya que se trataría de un pacto entre la empresa y los representantes de los trabajadores sin relevancia jurídica, habida cuenta de la voluntariedad de cada trabajador individual para aceptar la conversión del contrato (ya sea definitiva o temporal) mediante el correspondiente pacto novatorio.

²⁶ ALFONSO MELLADO, C. L.: *La nueva regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial: Aspectos laborales*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999, p. 99.

²⁷ STS 14 mayo 2007 (recud 85/2006).

minar, cómo se cuantifica, el complemento de antigüedad, una vez se ha producido la conversión. A este respecto, conviene recordar, que, pese a tratarse de una novación de contrato de tipo extintivo, según el artículo 1207 del Código Civil, según la cual se produce la extinción o desaparición de todos los derechos y obligaciones del contrato a tiempo completo, iniciándose uno nuevo, en este caso un contrato a tiempo parcial, sin embargo, en determinados aspectos, con objeto de proteger los derechos accesorios adquiridos por el trabajador en el contrato a tiempo completo, se considera como si de una novación modificativa se tratara²⁸. En ese sentido, la doctrina judicial, en el caso concreto de un contrato de trabajo que inició el sentido contrario, es decir, que pasó de ser a jornada parcial a otro con jornada completa, esta vez referido a los trienios, considera que la antigüedad debe aplicarse de forma proporcional a la jornada de cada contrato, de manera que los trienios cumplidos durante el período de vigencia del contrato a tiempo parcial debe percibirlos en función de la jornada reducida, pese a encontrarse a jornada completa porque tales criterios debe calcularse en el momento en que se generó su derecho y se le reconoció en proporción a la retribución que percibía, sin que al convertirse en jornada a tiempo completo se revisen de nuevo para calcularlos sobre el salario percibido cuando la jornada era a tiempo completo²⁹. En ese sentido, pero a la inversa, compartimos las consideraciones de la doctrina científica³⁰ cuando señala, que cuando se produce la transformación de un contrato a tiempo completo, en un contrato a tiempo parcial, los trienios, o quinquenios devengados durante el contrato a tiempo completo se mantienen intactos, y sin reducción en el contrato a tiempo parcial porque su cuantía se calcula en función del salario que se recibe en el momento de su perfección y no en el momento de percibirlo, ya que el complemento se perfecciona con base en la prestación de servicios de una situación determinada.

²⁸ En este sentido, POQUET CATALÁ, R.: «Conversión de contrato a tiempo completo a parcial y complemento de antigüedad». *Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 172, 2015, p. 12.

²⁹ Señala la doctrina judicial, que con respecto, al «próximo tramo de antigüedad, el trienio que corresponde y partiendo del inicio de la relación laboral, se calculará sobre el salario total reconocido en ese momento y para sumar a los dos trienios consolidados durante la relación laboral parcial, y calculados como procedía en proporción a la retribución de ese momento, pero, en ningún caso, procede la pretendida reconversión, para revisar el importe en la nueva retribución a tiempo completo, pues, insistimos, que han sido generados en situación de contratado a tiempo parcial, y que sólo procede respetar, en su cuantía anterior, al pactarse la conversión del contrato, pasando del parcial a total y, todo ello, como hemos visto, sin perjuicio de que los vencimientos futuros, los nuevos trienios, se calculen sobre el convenio vigente, en aquel momento, y en la forma establecida en éste para el personal de jornada completa» (STSJ Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife 31 enero 2001 [rec. 823/2000]).

³⁰ En este sentido, POQUET CATALÁ, R.: «Conversión de contrato a tiempo completo a parcial y complemento de antigüedad», *cit.*, pp. 12-13.

En definitiva, se trata de aplicar en este caso, la proporcionalidad que se predica en el artículo 12.4.d) ET, de que los derechos de los trabajadores a tiempo parcial tendrán los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo, debiéndose reconocerse «de manera proporcional, en función del tiempo trabajado». Y no sería proporcional aplicar el complemento de antigüedad, devengado en la misma empresa, en un anterior contrato con jornada diferente, en función de la jornada del actual contrato de trabajo.

4. LA CONVERSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO EN LA JUBILACIÓN PARCIAL

Son diversas las perspectivas desde las que se puede analizar esta capacidad que tiene el contrato de trabajo de adaptarse, en función de la jornada de trabajo. La primera cuestión que se plantea, es el de su voluntariedad. En ese sentido un ejemplo palpable de esa novación de contrato de la que se deriva la conversión del mismo que solo es posible mediante el acuerdo de voluntades entre empresa y trabajador, lo constituye la institución de la jubilación parcial, que exige en todo caso la conversión del contrato a tiempo completo al contrato a tiempo parcial, para que el trabajador pueda acceder a la jubilación parcial, al tratarse de un requisito necesario para que el trabajador acuerde con su empresa una reducción de jornada y salario de entre un mínimo del 25% y un máximo del 50%, lo que lo convierte en un contrato a tiempo parcial, y no mera reducción de la jornada. De manera que cambia la naturaleza del contrato, pasando de ser un contrato a tiempo completo a un nuevo contrato a tiempo parcial, lo que supone una real conversión del contrato a tiempo completo a tiempo parcial.

5. LA VOLUNTARIEDAD COMO ELEMENTO ESENCIAL EN LA CONVERSIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO

El artículo 12.4.e) ET, regula la aplicación de la conversión del contrato de trabajo mediante una reducción de la jornada de trabajo o, al contrario, incrementándola hasta la jornada a tiempo completo, según lo dispuesto en la normativa o en el convenio colectivo que resulte de aplicación. Y esta es una de las cuestiones más frecuentes, pues en la realidad diaria se plantean múltiples problemas sobre si procede la conversión del contrato ya sea reduciendo la jornada o ampliándola a tiempo completo. Desde luego, en el caso de que

exista acuerdo en la conversión del contrato de trabajo entre la empresa y el trabajador, basado en la voluntariedad del trabajador no hay inconveniente en modificar la jornada las veces que sean necesarias para desarrollar la actividad laboral, constituyendo las sucesivas conversiones sendas novaciones contractuales. Porque «para calificar a una relación como contrato de trabajo a tiempo parcial no basta que la reducción del tiempo de trabajo sea inferior a la jornada ordinaria a tiempo completo, en distribución horizontal [reducción de horas al día], vertical [disminución de días al año] o mixta [horas/día y días/año], sino que es preciso que la reducción de jornada sea voluntariamente adoptada [«cuando se haya acordado», dice el artículo 12.1 ET] con sujeción a la concreta modalidad de contrato a tiempo parcial»³¹. La cuestión surge, cuando es el empresario quien de forma unilateral trata de imponer una reducción o ampliación de jornada. Algo que no permite el artículo 12.4.e) ET, en ambos sentidos, porque tampoco el trabajador puede imponer su voluntad al empresario porque «el tránsito de un contrato a otro requiere un pacto expreso»³², si bien, en este caso entendemos que, a través del convenio colectivo, podrían arbitrase no tanto los supuestos de conversión, porque eso corresponde a la intangible voluntad del trabajador, pero sí la forma de llevarse a cabo, en el caso de que se produzca el acuerdo.

De hecho, eso mismo es lo que se establece en el artículo 10, del Convenio 175 OIT, al señalar, que «en los casos apropiados, deberán adoptarse medidas para que el traslado de un trabajo a tiempo completo a un trabajo a tiempo parcial, o viceversa, sea voluntario, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales». En ese sentido, la Directiva 97/81/CE³³, presenta como uno de sus objetivos, el de «facilitar el desarrollo del trabajo a tiempo parcial sobre una base voluntaria y contribuir a la organización flexible del tiempo de trabajo de una manera que tenga en cuenta las necesidades de los empresarios y de los trabajadores».

Sin embargo, resulta que un elemento que parecía incuestionable como es la voluntad del trabajador para que se produzca la conversión en uno u otro sentido, se pone en tela de juicio, desde que la STJUE 15 de octubre 2014 (C-221/2013), sostiene que no se opone a la Directiva 97/81/CE³⁴, el hecho de

³¹ STS 14 mayo 2007 (recud 85/2006).

³² ALTÉS TÁRREGA, J. A.: «El contrato a tiempo parcial: reflexiones sobre su régimen jurídico, flexibilidad y precariedad». *Lex Social. Revista jurídica de los Derechos Sociales*. Vol. 9, núm. 2/2019, p. 565.

³³ Cláusula 1 de la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la Unice, el Ceeeps y la Ces.

³⁴ Sobre la Directiva 97/81, y su repercusión en la contratación a tiempo parcial, resulta de gran interés el estudio de PALOMINO SAURINA, P.: «El trabajo a tiempo parcial en la Unión Europea: una manifestación del diálogo social europeo». *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 16/2008, revista electrónica.

que la legislación de un Estado miembro permita la conversión unilateral de un contrato a tiempo parcial a uno a tiempo completo sin el acuerdo del trabajador³⁵. Obsérvese, que no se refiere a una circunstancial ampliación de la jornada, sino de una verdadera conversión de la jornada en el sentido que quizá a primera vista pudiera ser más favorable para el trabajador, por transformar su contrato a tiempo parcial, en otro a jornada completa. Pensemos en la situación de una trabajadora, que por sus circunstancias personales, como pueda ser la de poder atender a su familia, no le interesa el cambio de un contrato de trabajo a tiempo parcial en otro a tiempo completo; o la de una persona con discapacidad intelectual, que debido a su discapacidad, no es recomendable que realice una jornada completa porque precisamente esa parcialidad en la actividad, constituye el ajuste razonable que se le debe aplicar para hacer efectivo el principio de igualdad en la actividad laboral que desarrolla, con respecto a los demás trabajadores que no presentan discapacidad. O el caso de un estudiante, que necesita de un tiempo para asistir a las clases y para el estudio. En estos casos, se observa que la mencionada sentencia obvia el carácter voluntario de la conversión para el trabajador, solo en el caso de que se amplíe su jornada de trabajo. Criterio que no comprendería en sentido contrario, de reducción de la jornada. Es innegable, que se trata de una sentencia que contradice los actuales postulados sobre conciliación de la vida personal y familiar con el trabajo, así como de formación continua habida cuenta los constantes avances científicos y desarrollos tecnológicos³⁶.

En suma, si a primera vista puede parecer que es más beneficioso para el trabajador que su contrato a tiempo parcial pase a jornada completa, porque quizá se piensa en las circunstancias que atraviesa nuestro país, en que se busca una contratación más estable asociándola con el trabajo indefinido a tiempo

ca (BIB 2008\2784). De la misma autora, en relación con la normativa de otros países de la Unión Europea, «El trabajo a tiempo parcial en la Unión Europea: aspectos laborales y protección social de los trabajadores». *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 17/2008, revista electrónica (BIB 2008\2939).

³⁵ En estos supuestos, para el cálculo de días de vacaciones, la STJUE 11 noviembre 2015 (C-219/2014), establece que, «en caso de que se incremente la jornada laboral de un trabajador, los Estados miembros no tienen la obligación de prever que las vacaciones ya devengadas, y eventualmente disfrutadas, se vuelvan a calcular a posteriori, en función del nuevo ritmo de trabajo de ese trabajador. Sin embargo, debe hacerse un nuevo cálculo para el período durante el cual la jornada laboral se haya incrementado». Interpretación efectuada, según la cláusula 4, apartado 2, del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, celebrado el 6 de junio de 1997, que figura en el anexo de la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES, en su versión modificada por la Directiva 98/23/CE del Consejo, de 7 de abril de 1998, y el artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo

³⁶ TAPIA HERMIDA, A.: «¿Es posible proceder a la transformación de una relación laboral a tiempo parcial en una relación laboral a tiempo completo aún contra la voluntad del trabajador?», *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 381 (diciembre 2014), p. 181.

completo, sin embargo, la norma (tanto estatal como comunitaria) requiere el acuerdo del trabajador en ambos sentidos, por lo que la decisión del TJUE ha sido calificada de inconsistente, sintéticamente por las siguientes razones³⁷:

En primer lugar, porque deja sin contenido a la medida de protección descrita en la cláusula 5, apartado 2 del Acuerdo marco sobre el Trabajo a tiempo parcial, contenido en la Directiva 97/81/CE, de 15 de diciembre de 1997. A este respecto³⁸, si del apartado 2 de la cláusula 5 no se derivara intrínsecamente la posibilidad del trabajador de oponerse a la misma, la medida de protección que contiene quedaría totalmente desprovista de contenido, porque si el Acuerdo Marco sólo impide que el empresario pueda despedir al trabajador si se niega, al trabajador sólo le quedan dos opciones: aceptar resignadamente el cambio o desistir del contrato.

En segundo lugar, porque se olvida que se trata de una modalidad contractual feminizada e, intrínsecamente, unida a la conciliación de la vida familiar y laboral.

Y, en tercer lugar, porque no es cierto que sea una opción no tan negativa en términos de costes/perjuicios para el trabajador afectado, porque la reducción del tiempo de trabajo no tiene las mismas consecuencias que su incremento, en particular, en el plano de la remuneración del trabajador, que constituye la contrapartida del trabajo.

Por último, proyectando el sentido del fallo al entorno normativo español, en la medida que la STJUE 15 de octubre 2014 (C-221/2013) confirma la imposibilidad de convertir un contrato de tiempo completo a otro a tiempo parcial, pone –de nuevo– en duda la adecuación de los arts. 41 y 47.2 ET a la Directiva 97/81, especialmente porque según esa sentencia, se considera que la conversión de un contrato a tiempo parcial en otro a tiempo completo es acorde con la normativa europea, mientras que a la inversa no lo sería³⁹.

Desde la perspectiva de la normativa española, cuando no hay acuerdo, porque una de las partes se niegue a complacer a la otra, la propia norma despeja enseguida la imposibilidad de la conversión cuando lo decida imponer de forma unilateral⁴⁰ el empresario o sea consecuencia de una modificación sus-

³⁷ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: «Directiva 97/81 sobre trabajo a tiempo parcial: conversión de tiempo parcial a completo: sí; conversión de tiempo completo a parcial: no», *Revista de Información Laboral*, núm. 2/2015, revista electrónica (BIB 2015\581) p. 5.

³⁸ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: «Directiva 97/81 sobre trabajo a tiempo parcial: conversión de tiempo parcial a completo: sí; conversión de tiempo completo a parcial: no», p. 4.

³⁹ *Ibidem*, p. 7.

⁴⁰ Dependiendo el tribunal que resuelve, unos señalan que el trabajador al que se le imponga unilateralmente la conversión, debe reclamar en el plazo de 20 días hábiles (STSJ Extremadura 23 febrero 1998, rec. 78/1998; STSJ País Vasco 30 noviembre 1999, rec. 1678/1999. En cambio, otros entienden

tancial de condiciones de trabajo, en materia de jornada de trabajo (artículo 41 ET). Lo que significa que la «imposición unilateral de jornada reducida [con carácter individual o colectivo] e incluso la modificación colectiva acordada de consuno con los representantes de los trabajadores, no determinan la mutación del contrato tiempo completo/tiempo parcial, sino la mera reducción de la jornada en contrato a tiempo completo que persiste como tal categoría jurídica, pues la específica modalidad de que tratamos [contrato a tiempo parcial] únicamente puede ser fruto de una conversión contractual que se instrumente por medio de una novación extintiva, que en todo caso es requirente de la voluntad concorde del trabajador»⁴¹. Esto que parece bastante razonable, se ha interpretado⁴², en el sentido, de que materialmente el trabajador podrá pasar a realizar una jornada propia de un contrato a tiempo parcial, perfectamente *ad eternum*, si así lo decide el empresario, pero aplicándose sólo el régimen del artículo 12 ET y conexos si hay acuerdo para ello, lo cual es tanto como reconvertir una prohibición de la reducción efectiva del tiempo de trabajo por una determinada vía que conlleva la novación del vínculo contractual en una mera habilitación a ello de manera unilateral (y, en tal caso, a determinar cuál es el régimen jurídico aplicable a la nueva situación). Lo que podría suponer dejar el artículo 12.4.e) ET en conexión con el artículo 12.1 ET en manos de la empresa⁴³. De modo que, en lugar de ser el principio de voluntariedad un obstáculo al posible ejercicio sobredimensionado de los poderes de dirección empresariales, tal principio quedaría desnaturalizado, como un elemento a disposición de las partes, según la doctrina legal de la STS 7 octubre 2011 (Rec. 144/2011), lo que conduce a dejar al completo arbitrio del empresario el reconocimiento de un contrato como contrato a tiempo parcial y a dejar prácticamente vacío de contenido el artículo 12.4 e) ET sobre la voluntariedad en la transformación de un contrato a tiempo completo en contrato a tiempo parcial⁴⁴.

que el plazo de 20 días es solo para el supuesto de que, no habiendo optado por la rescisión, el trabajador se muestre disconforme (STSJ Castilla-La Mancha 23 enero 1998, rec. 809/1997).

⁴¹ STS 14 mayo 2007 (recud 85/2006).

⁴² GÓMEZ RUFÍAN, L.: «La conversión del contrato a tiempo completo en a tiempo parcial: confusión jurisprudencial y utilización según los microdatos de la encuesta de población activa». *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, 2020, versión electrónica (BIB 2020\37010), p. 5.

⁴³ LAHERA FORTEZA, J.: «Reducción unilateral de jornada por causas empresariales: un diálogo entre jurisprudencia y ley (Sentencia Tribunal Supremo 7 de octubre de 2011)», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 9, 2012, p. 62.

⁴⁴ RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: «La reducción unilateral de la jornada y los difusos límites del contrato a tiempo parcial: a propósito del Auto del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2014». *De-reito: Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, Vol. 23, núm. 1, 2014, p. 133. Señala la autora, que «esta imposición unilateral de la reducción de jornada contraviene la exigencia de voluntariedad en la novación del contrato a tiempo completo en contrato a tiempo parcial» (p. 127).

De manera que parecen en contradicción el artículo 12.4.e) ET con el artículo 41.1.a) ET, pues mientras el primero, prohíbe la conversión del contrato de trabajo, mediante la modificación sustancial de condiciones de trabajo del artículo 41.1.a) ET, esta misma disposición prevé que esa modificación sustancial de condiciones la pueda acordar la empresa, cuando existan probadas razones ETOP, en materia de jornada de trabajo. Luego solo cuando existan tales razones se podría acudir a la vía de la modificación sustancial, de la naturaleza de la jornada del contrato. Por lo que, por esta vía se podría obviar la voluntad del trabajador, ya que con la prohibición del artículo 12.4.e) ET, no se entiende qué sentido tendría entonces la previsión de esta posibilidad de modificación sustancial de la jornada de trabajo del artículo 41.1.a) ET. Es decir, la cuestión que cabría dilucidar sería, en qué supuestos se aplicaría la modificación sustancial de condiciones de trabajo en materia de jornada de trabajo, cuando el artículo 12.4.e) ET parece impedirlo, sin excepción. El problema es que con este proceder se habilita una vía de escape para el empresario que le habilita para eludir la aplicación del artículo 12.4.e) ET.

La doctrina científica, lo interpreta en el sentido de que⁴⁵, según la normativa vigente, al amparo del artículo 41 ET pueden llevarse a cabo reducciones de jornada que no supongan una conversión del contrato a tiempo completo en contrato a tiempo parcial, por ejemplo, cuando la reducción de jornada sea de una entidad menor y se mantenga dentro de los límites que marcan la diferencia entre contrato a tiempo completo y parcial o cuando se proceda a reducir la jornada en el ámbito de un contrato que ya tiene el carácter de parcial. Por el contrario, el artículo 41 ET, no entraría en aquellas reducciones de jornada que supusieran una conversión del contrato a tiempo completo en jornada parcial. De acuerdo con este criterio, solo podrían realizarse modificaciones de jornada que no supongan una alteración de su naturaleza, es decir, que constituyan una novación del contrato de trabajo en lo que a la jornada se refiere. En suma, como sentencia la doctrina, «el artículo 12.4 ET conforma una novación extintiva que, necesariamente, requiere la voluntad de las partes; el artículo 41 ET diseña una mera modificación novativa cuyos efectos dejan intactos el vínculo jurídico preexistente»⁴⁶.

⁴⁵ RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: «La reducción unilateral de la jornada y los difusos límites del contrato a tiempo parcial: a propósito del Auto del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2014», *cit.*, p. 129.

⁴⁶ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.: «Reducción de jornada impuesta unilateralmente por la empresa ¿novación del contrato a tiempo completo en otro a parcial o modificación sustancial ex artículo 41 ET?», *Revista de Información Laboral*, núm. 6/2014 BIB 2014\2867 (edición electrónica), p. 8.

La doctrina legal del Tribunal Supremo⁴⁷ elaboró una interpretación del requisito de la voluntariedad en el contrato a tiempo parcial con el fin de admitir la reducción unilateral de la jornada, incluso en los supuestos en los que implica transformación contractual, dándole la vuelta al razonamiento, entendiéndose que no existe novación del contrato, porque para que se produzca la conversión del contrato a tiempo completo en contrato a tiempo parcial, se exige el consentimiento del trabajador y del empresario por lo que se mantiene el mismo contrato sin conversión. Es decir, que no se produce la transformación de un contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial por la reducción de la jornada laboral decidida por la empresa, basada en una disminución de la actividad empresarial, sin la conformidad del trabajador⁴⁸. Sin embargo, con ello se amplía el campo de actuación del artículo 41 a reducciones de jornada que suponen de hecho una novación de contrato a tiempo completo en contrato a tiempo parcial⁴⁹.

El problema que se planteaba era el de distinguir entre una mera reducción de jornada, y las llevadas a cabo unilateralmente por la empresa. Esa diferencia la marca su carácter temporal; el trabajador que reduce su jornada lo hace por una causa concreta que determina su temporalidad conservando el derecho a volver a la situación de contrato a tiempo completo cuando desaparezcan las causas que justificaron la reducción, en cambio, el empresario aplica el artículo 41 para reducir unilateralmente la jornada con carácter definitivo, de manera que el trabajador no conserva el derecho a volver a su jornada anterior⁵⁰, sin que en este caso, a diferencia del anterior, pueda causar derecho a la prestación por desempleo, porque la LGSS, solo reconoce la prestación por desempleo en el caso de reducciones temporales de jornada y no en el caso de reducciones definitivas, que en realidad suponen un despido parcial⁵¹. La consecuencia de todo ello, es la de que nos encontramos ante una jurisprudencia cuyo efecto no es el de estimular la conversión de contratos de trabajo a tiempo completo en contratos a tiempo parcial, sino el de incentivar la utilización de los instrumentos de flexibilidad interna que pro-

⁴⁷ STS 14 mayo 2007 (recud 85/2006), 7 octubre 2011 (recud 144/2011), 20 octubre 2011 y Auto de 19 febrero 2014 (recud 2460/2013).

⁴⁸ STS 7 octubre 2011 (recud 144/2011).

⁴⁹ Por todos, RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: «La reducción unilateral de la jornada y los difusos límites del contrato a tiempo parcial: a propósito del Auto del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2014», *cit.*, p. 129.

⁵⁰ RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: «La reducción unilateral de la jornada y los difusos límites del contrato a tiempo parcial: a propósito del Auto del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2014», *cit.*, p. 133.

⁵¹ CRUZ VILLALÓN, J.: «Modificación del tiempo de trabajo», *Revista de Derecho Social*, núm. 38, 2007, p. 44.

veen los artículos 41 y 47 ET mediante la devaluación de las restricciones al mecanismo de conversión del tipo de jornada existentes en el artículo 12 ET⁵². Con ello, el principio de voluntariedad se ve ciertamente afectado por decisiones empresariales, ya sea porque la ambigüedad en el precepto en relación con la garantía de indemnidad ha dado lugar a situaciones ciertamente permisivas cuando la novación contractual se une a un despido por causas empresariales, pero también, porque, la legislación y la jurisprudencia permiten fórmulas que permiten reducir la jornada sin que suponga una novación⁵³, como cuando se considera la reducción de la jornada como establecida temporalmente, para volver al contrato original, una vez desaparecida la circunstancia que justifica la temporalidad de la reducción de jornada.

Una última y clarificadora sentencia del Tribunal Supremo de mayo de 2018⁵⁴, en unificación de doctrina, cambia de criterio, volviendo a la doctrina previa a las resoluciones de 2009 y 2011 y 2014. En esa sentencia, se plantea si ante la concurrencia de causas organizativas y productivas, el empleador que no precisa de la jornada de un trabajador a tiempo completo, cuando éste se niega a aceptar la modificación del contrato en otro a tiempo parcial, puede llevar a cabo el despido objetivo del artículo 52.c) ET o debe llevar a cabo antes una modificación sustancial de las condiciones de trabajo del artículo 41 ET. En este caso el tribunal señala que «no solo no existe esa obligación legal en las referidas normas, sino que, por el contrario, opera precisamente la prohibición legal expresa de que pueda convertirse un contrato de trabajo a tiempo completo en otro a tiempo parcial sin el expreso consentimiento del trabajador, de manera que si se produce esa negativa, cabe siempre que se lleve a cabo la extinción del contrato por esas causas objetivas», y lo justifica, al señalar que «la empresa en ningún caso podía aplicar el artículo 41 ET –como erróneamente afirma la sentencia de contraste y el propio recurrente– para modificar la naturaleza del contrato de trabajo a tiempo completo en otro a tiempo parcial». Con ello, a partir de esta Sentencia del Supremo, no se debería utilizar la modificación sustancial de condiciones de trabajo para convertir el contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial, revitalizando en su sentido originario el «principio de voluntariedad» del artículo 12.4.e) ET y su naturaleza de mecanismo de autoprotección al trabajador al que se le pretende convertir la jornada por la

⁵² GÓMEZ RUFÍAN, L.: «La conversión del contrato a tiempo completo en a tiempo parcial: confusión jurisprudencial y utilización según los microdatos de la encuesta de población activa», *cit.*, pp. 6-7.

⁵³ ALTÉS TÁRREGA, J. A.: «El contrato a tiempo parcial: reflexiones sobre su régimen jurídico, flexibilidad y precariedad», *cit.*, p. 567.

⁵⁴ STS 30 mayo 2018, Rec. 2329/2016.

empresa⁵⁵. En consecuencia, no es posible reducir su jornada a través de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo siendo, por el contrario, posible la extinción del contrato por causas objetivas. Criterio, por otro lado, preocupante, pues con ello, queda debilitado el pacto novatorio, por la presencia de circunstancias que pueden influir en el consentimiento del trabajador, al ponerle en la tesitura de tener que elegir entre desistir a su derecho irrenunciable de ejercitar su voluntad de aceptar la transformación contractual o la amenaza de ser despedido⁵⁶. Y ello, sin perjuicio –según doctrina de la STS 18 mayo 2018, de que la empresa ante la negativa del trabajador a reducir su jornada o a convertir su contrato en otro a tiempo parcial, impida la contratación de otro trabajador a tiempo parcial que se adapte a las necesidades, ni suponga fraude, pues la empresa no pudo aplicar el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo para modificar la naturaleza del contrato de trabajo a tiempo completo en otro a tiempo parcial.

Sobre esta cuestión, parece razonable entender que la imposición de la reducción de jornada de forma permanente solo debe interpretarse como una conversión del contrato y por ello, se trata de una conducta prohibida por el artículo 12.4.e) ET⁵⁷. Y tiene tal fuerza, que incluso el respeto a esa voluntad del trabajador, llega al punto de su despido por causas objetivas.

6. LA CONVERSIÓN DE LA JORNADA POR INICIATIVA DEL TRABAJADOR

Cuando se trata de los trabajadores, las posibilidades de modificar su jornada son mayores, si bien, en la práctica es la empresa la que tiene la decisión final, como se verá en el apartado siguiente, sin perjuicio de que se haya pactado el procedimiento a seguir en convenio colectivo. Porque a través de la negociación colectiva podrían establecerse supuestos concretos, basados en la propia actividad que obliguen a la empresa al incremento de la jornada de trabajo o, al contrario, reducción de la misma, por ejemplo cuando en la plantilla

⁵⁵ GÓMEZ RUFÍAN, L.: «La conversión del contrato a tiempo completo en a tiempo parcial: confusión jurisprudencial y utilización según los microdatos de la encuesta de población activa», *cit.*, p. 12.

⁵⁶ En este sentido, FERRADANS CARAMES, C.: *El contrato de trabajo a tiempo parcial. Difícil equilibrio entre flexibilidad y Seguridad*, *cit.*, p. 191; ALTÉS TÁRREGA, J. A.: «El contrato a tiempo parcial: reflexiones sobre su régimen jurídico, flexibilidad y precariedad», *cit.*, p. 568.

⁵⁷ ALTÉS TÁRREGA, J. A.: «El contrato a tiempo parcial: reflexiones sobre su régimen jurídico, flexibilidad y precariedad», *cit.*, p. 572.

se jubilan varios trabajadores y cesan en la empresa, el convenio podría establecer su sustitución mediante nuevas contrataciones o bien, el incremento de la jornada laboral de trabajadores de plantilla, mediante el procedimiento que establezca el propio convenio colectivo.

Una manifestación importante que ofrece soporte a esa voluntariedad que debe imperar en cualquier negativa del trabajador a ver transformada la jornada de su contrato de trabajo, es el mandato de que «el trabajador no podrá ser despedido ni sufrir ningún otro tipo de sanción o efecto perjudicial por el hecho de rechazar esta conversión, sin perjuicio de las medidas que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 51 y 52.c), puedan adoptarse por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción» [artículo 12.4.e) ET]⁵⁸. Lo que es coherente con el principio de voluntariedad del trabajador en consentir la transformación del contrato de trabajo y, sin que pueda el empresario de forma unilateral o por el conducto de la modificación sustancial de condiciones de trabajo transformar el contrato de trabajo. No obstante⁵⁹, si el empresario impusiera unilateralmente la conversión, sería posible por parte del trabajador, reclamar ante la jurisdicción social y solicitar la indemnización prevista en el artículo 50.1.c) ET, como un grave incumplimiento de las obligaciones del empresario. Y en caso de que perpetre alguna sanción o perjuicio contra el trabajador, en el fondo lo que hace la ley es considerar como nula una causa de discriminación del artículo 17.1 ET, al prohibir las actuaciones desfavorables para el trabajador que se niega a aceptar la oferta empresarial de conversión del contrato⁶⁰. Pero también se puede declarar la nulidad⁶¹, por tratarse de una represalia empresarial por incumplir la orden, cuando el trabajador impugne judicialmente el efecto perjudicial por ser contraria a una norma imperativa, como señala el artículo 6.3 del Código Civil.

⁵⁸ Se trata de una medida que está en consonancia con la cláusula 5 apartado 2 del Acuerdo Marco sobre el Trabajo a tiempo parcial, contenido en la Directiva 97/81/CE, de 15 de diciembre de 1997, que establece: «El rechazo de un trabajador a ser transferido de un trabajo a tiempo completo a un trabajo a tiempo parcial o viceversa, no debería por sí mismo constituir un motivo válido de despido, sin perjuicio de la posibilidad de realizar despidos, de conformidad con las legislaciones, convenios colectivos y prácticas nacionales, por otros motivos tales como los que pueden derivarse de las necesidades de funcionamiento del establecimiento considerado».

⁵⁹ LOUSADA AROCHENA, J. F.: «El principio de voluntariedad en el nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial», *cit.*, p. 8.

⁶⁰ SALA FRANCO, T.: «Sobre la posibilidad de conversión de un contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial». *Relaciones Laborales*, Vol. I, 1995, p. 23.

⁶¹ Como apunta, LOUSADA AROCHENA, J. F.: «El principio de voluntariedad en el nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial», *cit.*, p. 8.

7. EL DEBER DE INFORMACIÓN SOBRE LA EXISTENCIA DE PUESTOS VACANTES Y LA DENEGACIÓN EMPRESARIAL DE LA SOLICITUD DE CONVERSIÓN POR EL TRABAJADOR

Para que el trabajador pueda hacer efectiva la movilidad voluntaria en el trabajo a tiempo parcial y solicitar la conversión de un trabajo a tiempo completo, en un trabajo a tiempo parcial o viceversa o para el incremento del tiempo de trabajo de las contrataciones a jornada parcial, se exige al empresario [art. 12.4.e) segundo párrafo ET] que informe a los trabajadores de la empresa sobre la existencia de puestos de trabajo vacantes⁶². Obviamente, para que pueda producirse esa posibilidad de movilidad voluntaria, respecto a la conversión de jornada, y se cumpla la finalidad de la obligación de información, esta solo nacerá cuando en la empresa exista trabajo a tiempo parcial, ya se trate de un puesto de trabajo vacante, o de cualquier otro diferente⁶³.

Obsérvese, que la obligación empresarial de información debe dirigirse a todos los trabajadores que prestan servicios en la empresa, con independencia del tipo de contratación, ya sean a tiempo parcial, a jornada completa, indefinidos, de duración determinada, etc. De manera, que esa obligación empresarial, convertida en derecho de los trabajadores a ser informados sobre la existencia de puestos vacantes, no es exclusiva respecto de los trabajadores con contratos a tiempo parcial, sino que afecta a todos, incluidos los que tienen contratos a jornada completa, a fin de que «puedan formular solicitudes de conversión voluntaria de un trabajo a tiempo completo en un trabajo a tiempo parcial y viceversa, o para el incremento del tiempo de trabajo de los trabajadores a tiempo parcial». Además, también, entre los derechos del comité de empresa, se encuentra el de ser informado trimestralmente, «sobre las previsiones del empresario de celebración de nuevos contratos, con indicación del número de estos y de las modalidades y tipos que serán utilizados, *incluidos los contratos a tiempo parcial*, la realización de horas complementarias por los trabajadores contratados a tiempo parcial» [art. 64.2.c) ET]. Esa información no necesariamente debe ser individualizada, sino que el empresario puede hacer uso de los sistemas de información colectiva, como el tablón de anuncios,

⁶² Cabe entender, que se trata de puestos vacantes de la empresa, no del centro de trabajo, al no especificarse la acotación de esa unidad productiva por parte de la ley.

⁶³ LOUSADA AROCHENA, J. F.: «El principio de voluntariedad en el nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial», *cit.*, p. 14.

circulares internas⁶⁴ o a través de los medios digitales de información interna de la empresa, que será lo más frecuente.

El incumplimiento de la información a los trabajadores a tiempo parcial sobre las vacantes existentes en la empresa, constituye infracción leve, según el artículo 6.5 LISOS, sin embargo, no se incluyen a los trabajadores a tiempo completo, que también deben ser informados, como hemos visto, con lo que, para incluirlos respecto a este incumplimiento de información, habría que acudir al artículo 6.6. LISOS, que considera infracción leve «cualesquiera otros incumplimientos que afecten a obligaciones meramente formales o documentales», entre la que cabría incluir la obligación de información.

En caso de que se formulen solicitudes de conversión de los contratos por los trabajadores, la norma resulta débil con sus expectativas, al señalar tan solo, que «deberán ser tomadas en consideración, en la medida de lo posible, por el empresario», pero no hay una mínima exigencia que le obligue a valorar determinadas circunstancias, como podría ser la situación del trabajador con relación a sus circunstancias personales en materia de conciliación de la vida laboral, familiar y personal. De manera que la existencia de solicitudes no conlleva una correlativa obligación empresarial de atenderlas⁶⁵.

Recuerda mucho esta previsión, a la del artículo 8.2 de la *Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia*, según el cual, «las personas que realizan trabajo a distancia desde el inicio de la relación laboral durante la totalidad de su jornada, *tendrán prioridad* para ocupar puestos de trabajo que se realizan total o parcialmente de manera presencial. A estos efectos, la empresa informará a estas personas que trabajan a distancia y a la representación legal de las personas trabajadoras de los puestos de trabajo vacantes de carácter presencial que se produzcan». Parece como si se hubiera tomado como modelo la regulación del trabajo a tiempo parcial. Incluso en la posibilidad de la reversibilidad de una modalidad a otra, que, en el caso de la conversión de la jornada parcial a jornada completa, y «viceversa», viene a ser equivalente a la reversibilidad. Sin embargo, la prioridad que se predica de los trabajos a distancia para ocupar un trabajo presencial, no se aplica, en el caso de la conversión del contrato a tiempo parcial en un contrato a tiempo completo o viceversa, pues en este caso, las solicitudes de los trabajadores, tan solo «*deberán ser tomadas en consideración*, en la medida de lo posible, por el empresario», pero sin exigir al empresario ningún tipo de prioridad ni preferencia para la conversión del

⁶⁴ LOUSADA AROCHENA, J. F.: «El principio de voluntariedad en el nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial», *cit.*, p. 14.

⁶⁵ ALTÉS TÁRREGA, J. A.: «El contrato a tiempo parcial: reflexiones sobre su régimen jurídico, flexibilidad y precariedad» *cit.*, p. 566.

trabajo a tiempo parcial en un contrato a tiempo completo o viceversa, lo que le permite denegar la solicitud por su exclusivo interés, lo que como señala la doctrina⁶⁶, no justificaría una conducta arbitraria sino la que se base en un efectivo interés empresarial⁶⁷, que no vulnere derechos fundamentales, por eso surge –como luego se verá–, la necesidad de motivación escrita.

Por otro lado, a diferencia de la normativa establecida para el contrato a tiempo parcial, no se reconoce, ni siquiera a la consideración del empresario, la posibilidad del paso desde el inicio del trabajo presencial al trabajo a distancia del artículo 8.3 Ley 10/2021. Tan solo mediante acuerdos o convenios colectivos se prevé esta posibilidad de pasar del trabajo presencial al trabajo a distancia o viceversa, con una exigencia menor que en el caso de la conversión, en uno u otro sentido, de la contratación a tiempo parcial, en la que por ley se le exige al empresario esa consideración de las solicitudes.

Pero es que, además, en caso de que finalmente, la empresa deniegue la solicitud de conversión del contrato en uno u otro sentido, la norma le exige, que notifique esa denegación al trabajador «por escrito y de forma motivada»⁶⁸. Con ello, podría abrirse la puerta a la conversión mediante una reclamación ante la jurisdicción social, en el caso de que no lo notifique al trabajador ni lo justifique o motive suficientemente.

La consecuencia de ello, es que a diferencia del tratamiento jurídico establecido para la conversión del trabajo, en que se exige la voluntariedad en cualquiera de sus sentidos (ampliación o reducción de jornada), sin que opere prioridad en alguno de ellos, en cambio, en el caso del trabajo a distancia, solo se prevé la prioridad del trabajador en el caso de pasar del trabajo a distancia al trabajo presencial, ya sea a tiempo completo o a tiempo parcial, pero no en sentido contrario, que solo será posible mediante acuerdos o por convenio colectivo.

Puede ocurrir que varios trabajadores concurren y soliciten la ocupación de la plaza vacante. En el caso de que alguno o algunos tengan algún derecho sobre la plaza, se aplica la normativa, como, por ejemplo, con el derecho de consorte del artículo 40.3 ET, según el cual, «si por traslado uno de los cónyu-

⁶⁶ LOUSADA AROCHENA, J. F.: «El principio de voluntariedad en el nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial», *cit.*, pp. 14-15.

⁶⁷ Interés empresarial, que «debe existir y, en el ámbito de un litigio, debe ser probado, pero, hecho esto, el juez no podrá fiscalizar su entidad. Basta con su existencia para considerar la procedencia de la negativa empresarial» (LOUSADA AROCHENA, J. F.: «El principio de voluntariedad en el nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial», *cit.*, p. 15).

⁶⁸ La «denegación motivada tiene que ser real y efectiva, de posible censura o fiscalización, y si no se ajusta al filtro de racionalidad existe el derecho del trabajador a acceder a la jornada completa» STSJ País Vasco, 2 junio 2009 (rec. 899/2009).

ges cambia de residencia, el otro, si fuera trabajador de la misma empresa, tendrá derecho al traslado a la misma localidad, si hubiera puesto de trabajo». o bien, con el derecho preferente, como con el excedente voluntario del artículo 46.5 ET, en el que trabajador, «conserva solo un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa».

8. EL CONVENIO COLECTIVO COMO CATALIZADOR DE LA CONVERSIÓN DE LA JORNADA LABORAL

Junto a la voluntariedad del trabajador, como elemento esencial para que se llegue a producir la modificación de jornada y el deber de información empresarial sobre la existencia de puestos vacantes, otro factor importante es lo que establezca el convenio colectivo en esta cuestión de incrementos y reducciones de jornada, de conformidad con los procedimientos que establezca. Así, en el caso de cese en el trabajo, por jubilación de una trabajadora con un contrato a tiempo completo, en el que se produzca una vacante en el centro de trabajo, si hubiera varias trabajadoras con contrato de trabajo a jornada parcial⁶⁹, como es sabido, el empresario tiene la obligación de informar a los trabajadores sobre la existencia de tales puestos vacantes, con la finalidad de que puedan solicitar la conversión voluntaria de un contrato a tiempo completo. Si ambas trabajadoras solicitaran la conversión a tiempo completo de su contrato, y no hubiera convenio que tuviera en cuenta esta situación, a la empresa le bastaría con tomar en consideración las solicitudes. Y si el empresario denegara la solicitud, esta deberá ser notificada «por escrito y de manera motivada». En el caso de existir convenio colectivo aplicable podría obligar al empresario a incrementar la jornada a cualquiera de las trabajadoras. Sin embargo, el criterio para conceder la jornada completa a una y denegárselo a la otra trabajadora podría figurar en el contenido del convenio colectivo en vigor. En efecto, la denegación puede sustentarse por motivos formales, como puede ser el incumplimiento de los requisitos y/o procedimientos establecidos en el convenio colectivo⁷⁰. Así, en el caso de que el convenio otorgue preferencia a la trabajadora que se anticipe a la solicitud, obligará a la empresa a incremen-

⁶⁹ En el caso de que a ninguna de ellas le asista un derecho preferencial o de consorte de los anteriormente comentados.

⁷⁰ LOUSADA AROCHENA, J. F.: «El principio de voluntariedad en el nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial», *cit.*, p. 15.

tar la jornada a tiempo completo, frente a la que acredite mayor antigüedad⁷¹, con lo que se confirma, que el derecho a formular solicitudes y que estas sean atendidas en la medida de lo posible no parece que se difiera a la espera de su desarrollo en la negociación colectiva porque esta solo está llamada a regular los procedimientos, de manera que no parece razonable que un aspecto procedimental afecte al ejercicio de un derecho legalmente reconocido⁷².

9. REFLEXIONES FINALES

En este capítulo se ha pretendido mostrar la complejidad que existe actualmente en la legislación sobre reducción y ampliación de jornada. Y eso es así, porque existen varias figuras que regulan esa posibilidad dependiendo de las circunstancias del trabajador y de la empresa. Concretamente, en el caso de la reducción o ampliación de jornada mediante la conversión del contrato de trabajo, hay un elemento que resulta imprescindible, «el carácter voluntario para el trabajador», para que pueda hablarse de «conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo a tiempo parcial y viceversa». El hecho de que la norma no se refiera explícitamente a la conversión del contrato de trabajo, y solo se refiera a la conversión del trabajo, no le quita ningún ápice a la naturaleza de la novación del contrato de trabajo, que cambia de modalidad contractual, conservando los derechos del anterior, lo que lo convierte en una novación extintiva con toques modificativos.

Pero el mayor problema reside en la contradicción que se produce entre el artículo 12.4.e) ET y el artículo 41.1.a) ET, porque, la conversión de la jornada, pasa por el consentimiento del trabajador, mientras que la modificación sustancial de condiciones de trabajo, concretamente «la distribución del tiempo de trabajo» no exige la voluntad del trabajador, por causas ETOP. Lo sorprendente, es que el propio artículo 12.4.e) ET señala que la conversión de la jornada no se podrá imponer «como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo». En consecuencia, si no se puede imponer por la empresa, ni por la vía del artículo 41.1.a) ET, la pregunta sería ¿cuándo sería posible aplicar la modificación sustancial de condiciones de trabajo en materia de distribución del tiempo de trabajo?

⁷¹ En ese sentido, STSJ, Galicia 8 junio 2021 (rec. 3868/2020).

⁷² LOUSADA AROCHENA, J. F.: «El principio de voluntariedad en el nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial», *cit.*, p. 11.

A lo largo del presente estudio se han ofrecido diversas respuestas por la doctrina científica y por la jurisprudencia. Unos entienden, que cuando no es voluntaria la conversión de contrato, entonces hablamos de modificación sustancial de condiciones de trabajo. Sin embargo, cuesta creer que se produzca una modificación y, además, sustancial, que no suponga una conversión de contrato de trabajo. Otros se refieren a la temporalidad, como característica que los distingue. Pero ambos, tienen carácter permanente. Tan solo los supuestos de reducción de jornada por guarda legal, cuidado de familiares o víctimas de violencia de género o de terrorismo (art. 37 ET); por causas económicas, técnicas organizativas o de producción (art. 47 ET), son de naturaleza temporal.

En fin, es necesario que se ponga orden entre las diversas figuras que regulan la distribución del tiempo de trabajo, de manera que no se golpeen unas con otras hasta llegar a un callejón sin salida.

En cualquier caso, si hablamos de conversión del tiempo de trabajo, es necesario respetar el principio de voluntariedad, como elemento esencial, pero, sobre todo, como derecho irrenunciable del trabajador. A partir de ahí, se puede construir una regulación más coherente sobre distribución del tiempo de trabajo.

10. BIBLIOGRAFÍA

- ALFONSO MELLADO, C. L.: *La nueva regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial: Aspectos laborales*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999.
- ALTÉS TÁRREGA, J. A.: «El contrato a tiempo parcial: reflexiones sobre su régimen jurídico, flexibilidad y precariedad», *Lex Social. Revista jurídica de los Derechos Sociales*. Vol. 9, núm. 2/2019.
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: «Directiva 97/81 sobre trabajo a tiempo parcial: conversión de tiempo parcial a completo: sí; conversión de tiempo completo a parcial: no», *Revista de Información Laboral*, núm. 2/2015, revista electrónica (BIB 2015\581).
- CAVAS MARTÍNEZ, F. y GONZÁLEZ FORNOS, M.: «El contrato a tiempo parcial», Capítulo 8, *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias. Tomo XV. Los contratos de trabajo* (VVAA) Mariano Izquierdo Tolsada (Director). Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- CRUZ VILLALÓN, J.: «Modificación del tiempo de trabajo», *Revista de Derecho Social*, núm. 38, 2007.
- FERRADANS CARAMES, C.: *El contrato de trabajo a tiempo parcial. Difícil equilibrio entre flexibilidad y Seguridad*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.: en «Reducción de jornada impuesta unilateralmente por le empresa: ¿Novación del contrato a tiempo completo en otro a parcial o modificación sustancial *ex* artículo 41 ET?», *Revista de Información Laboral*, núm. 6/2014, revista electrónica (BIB 2014\2867).
- GARCÍA TORRES, A.: «Modificación de la jornada de trabajo en los contratos a tiempo parcial», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 44/2013 (BIB 2013\1922).
- GÓMEZ RUFÍAN, L.: «La conversión del contrato a tiempo completo en a tiempo parcial: confusión jurisprudencial y utilización según los microdatos de la encuesta de población activa», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, 2020, versión electrónica (BIB 2020\37010).
- LAHERA FORTEZA, J.: «Reducción unilateral de jornada por causas empresariales: un diálogo entre jurisprudencia y ley (Sentencia Tribunal Supremo 7 de octubre de 2011)», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 9, 2012.
- LOUSADA AROCHENA, J. F.: «El principio de voluntariedad en el nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 6, 2001, (BIB 2001\865).
- PALOMINO SAURINA, P.: «El trabajo a tiempo parcial en la Unión Europea: una manifestación del diálogo social europeo», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 16/2008, revista electrónica (BIB 2008\2784).
- POQUET CATALÁ, R.: «Conversión de contrato a tiempo completo a parcial y complemento de antigüedad», *Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 172, 2015.
- RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: «La reducción unilateral de la jornada y los difusos límites del contrato a tiempo parcial: a propósito del Auto del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2014», *Dereito: Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, Vol. 23, núm. 1, 2014.
- ROMERO RÓDENAS, M. J.: «La protección social de los trabajadores a tiempo parcial tras las últimas reformas», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 171/2014, revista electrónica (BIB 2014/4507).
- SALA FRANCO, T.: «Sobre la posibilidad de conversión de un contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial», *Relaciones Laborales*, Vol. I, 1995.
- TAPIA HERMIDA, A.: «¿Es posible proceder a la transformación de una relación laboral a tiempo parcial en una relación laboral a tiempo completo aún contra la voluntad del trabajador?», *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 381 (diciembre 2014).

CAPÍTULO XVII

LA ADAPTACIÓN DE LA JORNADA COMO MECANISMO PARA HACER EFECTIVO EL DERECHO A LA CONCILIACIÓN

ELENA MARTÍNEZ TORREGROSA
Abogada

1. EL DERECHO A LA ADAPTACIÓN DE LA JORNADA: EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y ANTECEDENTES NORMATIVOS

Pese a ser una temática que parece estar en auge durante los últimos años, acaparando portadas de periódicos y protagonizando iniciativas legislativas progresistas, el concepto «conciliación laboral y familiar» se entona por primera vez hace casi cincuenta años en el contexto jurídico europeo, y concretamente, en el Plan de Acción Social de la Comunidad Económica Europea de 1974, haciéndose eco de la necesidad de «*conciliar las responsabilidades familiares de todos los interesados con sus aspiraciones profesionales*».

Con posterioridad, a lo largo de las décadas, se han ido promulgando diversas Directivas en materia de igualdad de género y condiciones de trabajo, que abordan determinadas cuestiones relevantes a efectos de la conciliación de la vida familiar y la vida profesional, y cuya transposición al ordenamiento jurídico español nos ha permitido avanzar en esta materia y lograr una cierta homogeneización de estos derechos a nivel europeo.

En particular, la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, declaraba:

«(11) Los Estados miembros deben seguir luchando, junto con los interlocutores sociales, contra el hecho de que las mujeres sigan percibiendo una retribución inferior a la de los hombres y de que exista una clara línea divisoria entre los sexos en el mercado laboral, por medios tales como reglamentaciones flexibles sobre la jornada laboral que permitan, tanto a hombres como a mujeres, una mejor conciliación de la vida laboral y familiar (...).»

Más tarde, siguiendo en el plano europeo, siguieron proliferando nuevos textos legales que ahondaban en el estudio de la materia, y concretamente, los siguientes:

– Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma.

– Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.

– Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, derogada esta última tras la promulgación de la Directiva UE 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores. Esta última Directiva, tiene por objeto la adopción de medidas que rompan con –según se cita textualmente–: *«el desequilibrio en el diseño de las políticas sobre conciliación de la vida familiar y la vida profesional entre hombres y mujeres»*.

Por lo que hace al derecho patrio, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, resultó pionera en el desarrollo legislativo de los derechos de igualdad en España, introduciendo por primera vez, el apartado 8 del artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores, el derecho a la adaptación de la jornada como medida de conciliación:

«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.»

Posteriormente, mediante Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, se matizó el alcance del derecho a la adaptación de la jornada mediante la adición de un segundo párrafo al artículo 34.8 del Estatuto:

«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 personal, familiar y laboral de los trabajadores y la mejora de la productividad en las empresas.»

La introducción del párrafo anterior, que parecía contener una enumeración ejemplificativa de las medidas de conciliación a las que se podía optar para adaptar la jornada de trabajo sin acudir a una reducción de jornada, circunscribía el ejercicio del derecho a un previo pacto con el empresario o una previa negociación colectiva. Por tanto, el recurso a la adaptación de la jornada –desde un punto de vista práctico– era muy residual, puesto que se limitaba a aquellos (escasos) supuestos en los que los Convenios Colectivos preveían este derecho.

Así las cosas, no fue hasta el Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, cuando se introdujo en el Estatuto de los Trabajadores la posibilidad de solicitar una «adaptación de jornada» como derecho que implicase una negociación obligatoria con la empresa. Este «renovado» derecho se caracteriza por:

i. Regular el procedimiento para su ejercicio en defecto de norma convencional o negociación colectiva, que se prevé como un periodo de negociación individual en atención a las circunstancias particulares del trabajador, abarcando una duración de 30 días.

ii. Limitar la edad de los menores que dan acceso a este derecho, fijándose en doce años (al igual que ocurría en otras instituciones de conciliación anteriores tales como la reducción de jornada).

iii. Establecer la obligatoriedad de que el empresario base su decisión final en causas razonables y proporcionadas, excluyendo la posibilidad de denegación directa.

iv. Aludir al procedimiento previsto en el artículo 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, para resolver las controversias que pudieran surgir entre empleado y empleador durante el curso de la negociación preceptiva.

A través del referido Real Decreto, se realiza una modificación integral de la legislación española en sede de conciliación, afectando a un total de siete leyes¹ con la finalidad de modernizar las instituciones preexistentes.

La dicción literal del artículo citado tras la reforma, es la que sigue:

«Las personas trabajadoras tienen derecho a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral.

Dichas adaptaciones deberán ser razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa. En el caso de que tengan hijos o hijas, las personas trabajadoras tienen derecho a efectuar dicha solicitud hasta que los hijos o hijas cumplan doce años.

En la negociación colectiva se pactarán los términos de su ejercicio, que se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre personas trabajadoras de uno y otro sexo.

En su ausencia, la empresa, ante la solicitud de adaptación de jornada, abrirá un proceso de negociación con la persona trabajadora durante un periodo máximo de treinta días.

Finalizado el mismo, la empresa, por escrito, comunicará la aceptación de la petición, planteará una propuesta alternativa que posibilite las necesidades de conciliación de la persona trabajadora o bien manifestará la negativa a su ejercicio.

En este último caso, se indicarán las razones objetivas en las que se sustenta la decisión.

La persona trabajadora tendrá derecho a solicitar el regreso a su jornada o modalidad contractual anterior una vez concluido el periodo acordado o cuando el cambio de las circunstancias así lo justifique, aun cuando no hubiese transcurrido el periodo previsto.

Lo dispuesto en los párrafos anteriores se entiende, en todo caso, sin perjuicio de los permisos a los que tenga derecho la persona trabajadora de acuerdo con lo establecido en el artículo 37.

Las discrepancias surgidas entre la dirección de la empresa y la persona trabajadora serán resueltas por la jurisdicción social a través del procedimiento establecido en el artículo 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.»

¹ Se modifica el 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, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, La Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2009, el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social y la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo.

Sin embargo, no puede desconocerse que –con carácter previo a la regulación transcrita con anterioridad–, el derecho a la adaptación de la jornada ya se encontraba previsto, de forma paralela, en el artículo 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales, como una de las medidas preventivas a adoptar en caso de mujeres trabajadoras embarazadas, entre las cuales destacaba la «adaptación de la jornada de trabajo»².

No obstante, no se configura a través de esta última Ley como un derecho universal al que puedan tener acceso todas las personas trabajadoras, sino como un recurso del empresario para proteger la salud de sus trabajadoras como estadio previo a la suspensión del contrato de trabajo, en supuestos, por ejemplo, de gestación.

También el derecho a la adaptación de la jornada se ha postulado históricamente como una medida alternativa a la extinción o suspensión del contrato de trabajo en el caso de (mayoritariamente) mujeres que se ven imposibilitadas a continuar con su trabajo ordinario por aplicación de las medidas tendentes a la protección de víctimas de violencia de género³.

Volviendo al derecho a la adaptación de la jornada previsto en el artículo 34.8 del Estatuto, como medida de reorganización del tiempo de trabajo para hacer efectiva la conciliación, si en algo coinciden los pronunciamientos judiciales que se han esgrimido tras la reforma anterior, es en que este derecho no opera de forma absoluta ni se pueden establecer reglas generales en aras a su concesión.

No implica, por tanto, un derecho del trabajador solicitante a la modificación unilateral de su jornada de trabajo⁴, sino que reconoce por primera vez el derecho del mismo a proponer la adaptación de su jornada sin reducción de salario, en caso de que no exista regulación convencional al respecto aplicable en la empresa.

Su concesión o denegación dependerá, por tanto, de la situación familiar y personal de la persona trabajadora, de la dimensión de la empresa, de la plantilla, de los turnos y horarios existentes en la misma, así como en la naturaleza del puesto de trabajo, entre otras cuestiones; como se abordará a lo largo del presente capítulo.

Así las cosas, este derecho puede ser ejercido de diferentes formas: eximir de trabajo durante algunos días prolongando la jornada en otros periodos; adelantar o atrasar la hora de entrada y salida al trabajo, respectivamente; mo-

² VALLEJO DACOSTA, R.: *Salud laboral, igualdad y mujer. Aspectos jurídicos. Capítulo III: Perspectiva de género y prevención de riesgos laborales*. Editorial Bomarzo, 2019, pp. 53-105.

³ LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M.: *La extinción voluntaria del contrato de trabajo a instancias del trabajador. Capítulo VII: El abandono del puesto de trabajo por parte de la mujer víctima de violencia de género*. Dykinson, 2020, pp. 185-214.

⁴ SJS Valencia, 15 junio 2021 (rec. 447/2021).

dificar el horario de las pausas; trabajar de forma ininterrumpida para poder anticipar la salida; la prestación de los servicios a distancia o teletrabajo... reconociéndose así una amplia gama de opciones –tantas como situaciones personales existen– que han dado lugar a que este derecho se haya renombrado por algún sector doctrinal crítico como «jornada a la carta».

2. MODALIDADES MÁS COMUNES EN EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA ADAPTACIÓN DE LA JORNADA Y ALCANCE JURISPRUDENCIAL

Como se ha anticipado en el apartado anterior, la nueva redacción del artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores, prescinde de la enumeración ejemplificativa de las modalidades a través de las cuales puede ejercerse el derecho a la adaptación de la jornada, introducidas por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Sin embargo, la configuración jurisprudencial de este derecho ha llevado a habilitar tantas modalidades de ejercicio como situaciones particulares familiares existen. Veamos a continuación, alguna de las más frecuentes.

A) Exclusión de turnos de trabajo

Del análisis de las sentencias recaídas en la materia desde la última reforma del artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores se puede extraer que, la mayor parte de ellas, versan sobre la posibilidad de modificar la distribución de la jornada de trabajo, ya sea mediante la supresión de algún turno o mediante la implantación de una jornada intensiva para los trabajadores que cuentan con un sistema de «jornada partida».

Así, la mayor parte de las solicitudes buscan la coincidencia del horario laboral con el horario escolar, para poder acompasar ambas jornadas y atender a los menores en las horas extraescolares, solicitando mayoritariamente la adscripción al turno fijo de mañanas. A esta petición suele accederse, aunque implique el cambio de horarios del resto de compañeros si no se justifica suficientemente la afectación de los derechos de conciliación de éstos⁵.

Igualmente, existen pronunciamientos que permiten acogerse a la adaptación del 34.8 del Estatuto para realizar una concreción de jornada en turno

⁵ STSJ Aragón, 22 junio 2020 (rec. 228/2020).

de mañana en base a una reducción de jornada previamente concedida, ya que, en este último caso, la concreción ha de hacerse dentro de la jornada ordinaria de trabajo⁶; declarándose reiteradamente ambos derechos de conciliación como complementarios⁷.

Se ha considerado ajustada a derecho⁸, la petición de excluir el horario de tarde –sin supresión del complemento de turnicidad–, conservando la actora los turnos de mañana y noche, al ser coincidente el primero con el horario escolar, y el último con las horas de sueño, siendo las tardes el momento del día que mayores necesidades de conciliación plantea.

Igualmente, se ha concedido⁹ la exclusión del turno de noche al actor y su cambio a turno fijo de mañanas, teniendo en cuenta la existencia de dos hijos de corta edad y el horario de la otra progenitora, enfermera de profesión. A sensu contrario, se acoge¹⁰ la petición subsidiaria de adscripción al turno de noche de un trabajador, ya que la empresa prueba que no existen vacantes en el turno de mañana, y en todo caso, permite una mayor conciliación que el trabajo en horario de tardes.

Existen, sin embargo, sentencias contradictorias sobre si es necesario o no valorar el horario del otro progenitor para acceder a la adaptación solicitada. Así se ha declarado¹¹ que no cabe excluir el turno de fin de semana al poder quedar los menores con el otro progenitor; declarando por el contrario otros pronunciamientos¹², que la falta de acreditación de la jornada laboral del cónyuge, no es óbice para la concesión de la adaptación, dado el carácter personalísimo del derecho a la conciliación para cada uno de los integrantes de la unidad familiar, con independencia de los horarios y obligaciones profesionales del otro.

En análogos términos atienden otras sentencias al interés superior del menor¹³, el cual ha de valorarse con carácter preponderante sobre las particularidades de los progenitores y las necesidades de la empresa. En el caso concreto se toma en consideración que los hijos del matrimonio acuden a centros educativos distintos, por lo que se requiere la presencia de ambos cónyuges en horario de tarde para poder coordinar las necesidades y horarios de ambos menores.

⁶ STSJ Cataluña, 11 noviembre 2021, (rec. 5772/2021).

⁷ SJS Valladolid, 22 noviembre 2019 (rec. 667/2019) y SJS Salamanca, 9 agosto 2019 (rec. 546/2019).

⁸ SJS Salamanca, 9 agosto 2019 (rec. 546/2019).

⁹ SJS Ponferrada, 6 mayo 2021 (rec. 116/2021).

¹⁰ SJS Ponferrada, 6 mayo 2021 (rec. 144/2021).

¹¹ SJS Cáceres, 9 agosto 2019 (rec. 546/2019).

¹² STSJ Comunidad de Madrid, 9 diciembre 2020 (rec. 474/2020); STSJ Galicia, 23 febrero 2021, (rec. 4467/2020) y la STSJ La Rioja, 8 octubre 2020, (rec. 137/2020).

¹³ STSJ Comunidad de Madrid, 3 noviembre 2020 (rec. 541/2020).

Otras sentencias¹⁴ pasan por afirmar categóricamente, que el deber de cuidado recae por igual sobre ambos progenitores, por lo que ha de acreditarse el horario y circunstancias laborales de ambos.

Sin embargo, prescindiendo de ese carácter personalísimo del derecho a la conciliación existen sentencias denegatorias¹⁵ de peticiones de adscripción fija al turno de mañanas, cuando el otro progenitor cuenta con este horario, pese a que su contratación sea temporal (funcionario interino) y pese a que realice actividades formativas ocasionalmente en horario de tarde.

Igualmente, aduciendo¹⁶ a que la progenitora (docente de profesión), cuenta con las tardes libres, se deniega la petición al trabajador que solicita turno fijo de mañanas, sin que sea determinante, en aras a su concesión, que el matrimonio cuente con dos hijas mellizas de 4 meses de edad, con las exigencias familiares que ello supone.

Existe además, algún pronunciamiento aislado¹⁷ que entra a valorar la edad a partir de la cual un menor –en el caso concreto, de un año de edad–, puede quedar bajo el cuidado de terceras personas en una escuela infantil, negando por tanto, a la actora de su derecho personalísimo (según los pronunciamientos aludidos con anterioridad) a la conciliación, si bien es cierto que, en el caso concreto, la empresa consigue probar que su plantilla en el turno pretendido –de mañanas–, se encuentra sobredimensionado a causa de las concreciones de jornada preexistentes.

En otro orden de cosas, se ha denegado¹⁸ la petición de distribución de la jornada de lunes a viernes a una trabajadora contratada para prestar sus servicios durante los fines de semana, en la medida en que la concreción horaria que pretende modificar, le permite tener más días libres para la atención de los menores.

En análogos términos, existen otros pronunciamientos¹⁹ que basan la denegación en que la contratación del actor se efectuó para una necesidad muy concreta, esto es, para cubrir un servicio de 24 horas, y mediante turnos rotativos. En el caso de accederse a la petición, se modificarían los turnos de otros compañeros que se encuentran en similares circunstancias, por lo que la empresa justifica suficientemente estar imposibilitada para conceder la adaptación pretendida.

En el mismo sentido²⁰, se deniega la adaptación a trabajadores contratados para prestar servicios en horario de tarde que solicitan –por motivos de concilia-

¹⁴ SJS Valladolid, 9 septiembre 2021 (rec. 510/2021).

¹⁵ SJS Burgos, 2 agosto 2021 (rec. 490/2021).

¹⁶ SJS Córdoba, 26 marzo 2021 (rec. 848/2020).

¹⁷ SJS Ponferrada, 9 abril 2021 (rec. 104/2021).

¹⁸ STSJ La Rioja, 26 noviembre de 2020 (rec. 141/2020).

¹⁹ SJS Valladolid, 9 septiembre 2021 (rec. 510/2021).

²⁰ SJS Ponferrada, 30 junio 2021 (rec. 271/2021) y SJS Ponferrada, 17 septiembre 2021 (rec. 343/2021).

ción—, su adscripción fija al turno de mañanas, cuando la empresa prueba en el acto de la vista que cuenta con dificultades organizativas muy serias dado el gran número de adaptaciones al turno de mañana con el que cuenta, o queda probado que el otro progenitor puede atender perfectamente las necesidades del menor tras su jornada laboral.

También, se ha considerado como causa válida de denegación²¹ el hecho de que el actor compagine una actividad por cuenta propia con la actividad laboral, ya que la adscripción fija al turno de mañana debe responder a una necesidad real de conciliar que no concurre cuando se realizan otras actividades laborales en tiempo libre. Igual ocurre en aquellos supuestos²² en los que se invoca la aplicación del artículo 34.8 del Estatuto para excluir un determinado turno de trabajo por mera preferencia personal, sin que el fin último esté relacionado con el interés de la familia.

Pese a que abundan los pronunciamientos tendentes a la concesión de turnos fijos o intensivos para procurar la adaptación de la jornada, existen pronunciamientos denegatorios²³ a la vista de la especial situación de la empresa, como por ejemplo la existencia de una plantilla reducida como consecuencia de un ERTE o datos de absentismo muy elevados.

Igualmente, la ausencia en la empresa de un perfil de empleado que esté capacitado para suplir las funciones que se asignan al solicitante, ha sido considerada como causa válida de denegación²⁴, si bien en el caso examinado se trata de funciones muy cualificadas y que han de realizarse en un horario muy concreto, tras finalizar la producción en la empresa (a partir de las 18:00 horas). Se recurre igualmente²⁵ a la organización y utilidad del servicio y a su necesidad de prestarlo en un momento específico (en este caso, labores de limpieza en horario no lectivo) para denegar la pretensión.

Otros pronunciamientos desestimatorios²⁶, aluden al número elevado de peticiones y su dificultad de armonizarlas sin suprimir líneas de producción, o a la necesidad de atender a la clientela en las mayores franjas de afluencia comercial²⁷; teniendo en cuenta en este último punto²⁸, que eximir a la actora de prestar servicios en los días de mayor carga de trabajo, puede llevar a situaciones desiguales para los restantes compañeros que se vean adscritos con mayor frecuencia a este turno para suplir su ausencia.

²¹ STSJ Comunidad de Madrid, 1 febrero 2021 (rec. 472/2020).

²² SJS Gijón, 3 junio 2021 (rec. 197/2021).

²³ SJS Palencia, 28 septiembre 2020 (rec. 81/2020).

²⁴ SJS Burgos, 21 mayo 2021 (rec. 368/2021).

²⁵ SJS Logroño, 15 abril 2021 (rec. 53/2021).

²⁶ STSJ Comunidad de Madrid, 28 septiembre 2020 (rec. 436/2020).

²⁷ STSJ Comunidad de Madrid, 16 junio 2020 (rec. 461/2020).

²⁸ SJS Logroño, 5 mayo 2021 (rec. 84/2021).

B) Cambio de puesto o centro de trabajo

Como otra modalidad de reordenación de la jornada de trabajo con fines de conciliación, encontramos la posibilidad de las personas trabajadoras de solicitar un cambio en el lugar de prestación de servicios, derecho que ha de ser interpretado extensivamente, y que se ha considerado por la jurisprudencia como preferente incluso al derecho de otro trabajador del centro de destino a convertir su contrato en indefinido²⁹.

Así, un reciente pronunciamiento jurisprudencial³⁰ declara el derecho del actor al traslado de centro de trabajo como parte del derecho fundamental a la adaptación de la jornada que ampara el artículo 34.8. No obstante, el reconocimiento de esta dimensión constitucional, no es compartida por parte de la doctrina³¹, tomando como fundamento pronunciamientos constitucionales³², que consideran las medidas de conciliación como medios para conseguir fines constitucionalmente protegidos, pero sin afirmar que sean derechos constitucionales en sí mismos –aunque sí con una indudable transcendencia constitucional–.

Igualmente, también resulta discutible si el cambio del centro de trabajo, al no afectar a la jornada de trabajo *strictu sensu*, podría en términos generales incluirse dentro del derecho a la adaptación de la jornada al que se refiere el artículo 34.8 del Estatuto. No obstante, compartimos en este punto el criterio de la sentencia de referencia, en la medida en que, en el caso concreto, la cercanía del centro de trabajo solicitado, redundaba en una mejor conciliación por lo que indudablemente afecta a la ordenación del tiempo de trabajo.

También existen pronunciamientos³³ en los que se analiza conjuntamente la posibilidad de cambiar de centro de trabajo interesando al mismo tiempo una nueva concreción horaria (en este caso, dentro de la jornada ordinaria de trabajo), siendo estimatorios –pese a la deficiente actividad probatoria de ambas partes–, al tener especialmente en cuenta la juzgadora la dimensión constitucional del derecho en juego.

²⁹ GODINO, M.: «El cambio de centro de trabajo como derecho fundamental, un doble salto mortal. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social) 2449/2021, de 25 de mayo», *Revista de Derecho Laboral vLex*, Julio 2021, pp. 167-172.

³⁰ STSJ Galicia, 25 mayo 2021 (rec. 335/2021).

³¹ GODINO, M.: «El cambio de centro de trabajo como derecho fundamental, un doble salto mortal. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social) 2449/2021, de 25 de mayo», *Revista de Derecho Laboral vLex*, Julio 2021, pp. 167-172.

³² STC 15 enero 2007 (rec. 6715/2003).

³³ SJS Guadalajara, 16 febrero 2021 (rec. 13/2021).

Igualmente, en sentido negativo se resuelve³⁴ la petición de una trabajadora que solicita una vacante existente en otro centro de trabajo en horario de mañanas para atender al cuidado de su madre, al existir en el convenio colectivo la obligación de realizar un concurso de traslados en el que pueden participar todos los trabajadores en igualdad de condiciones.

Planteada la cuestión *a sensu contrario*, ¿sería posible que la empresa acudiera a un cambio de puesto de trabajo para poder mantener el derecho a la adaptación de jornada de un trabajador?

Pues bien, la cuestión ha sido resuelta recientemente en sede de reducción de jornada³⁵, analizando si es ajustado a derecho el cambio de puesto que realiza el empresario –en este caso un Hospital–, a una profesional diplomada universitaria de enfermería («DUE»), aduciendo que el puesto desempeñado hasta la fecha, en la UCI pediátrica, requería una continuidad asistencial alta, y que por tanto, no resultaba compatible con su reducción de jornada.

En el caso enjuiciado, todas las instancias anteriores³⁶, coinciden con el Tribunal Constitucional en su pronunciamiento; declarando que no existe discriminación, y que el cambio de puesto de trabajo se encuentra plenamente justificado en base a las circunstancias objetivas expuestas. Y ello pese a que, actualmente existe una tendencia a etiquetar de discriminatorio cualquier trato del empresario que implique limitar el ejercicio del derecho de conciliación³⁷, siendo el caso citado un buen referente, en la medida en que la empresa no puso impedimento alguno para conceder la reducción de jornada o la concreción horaria solicitadas, sino únicamente para mantener un puesto de trabajo de mayor exigencia.

C) Crisis sanitaria y conciliación: Teletrabajo y Plan ME CUIDA

Al abordar el derecho a la adaptación de la jornada como medida para hacer efectiva la conciliación familiar, no podemos obviar referirnos al teletrabajo como uno de mecanismos más controvertidos y que mayor problemática ha suscitado en los últimos años –sobre todo a raíz de la pandemia ocasionada por el COVID-19–.

³⁴ SJS Segovia, 19 octubre 2021 (rec. 509/2021).

³⁵ STC 13 septiembre 2021 (rec. 1797/2020).

³⁶ SJS Madrid 6 junio 2018 (rec. 263/2018) y STSJ Madrid 4 febrero 2019 (rec. 856/2018).

³⁷ ABRIL LARRÁINZAR, M.^a del P.: «Posibilidad empresarial de efectuar un cambio de puesto de trabajo con el fin de garantizar el derecho a la reducción de jornada», *Revista de Derecho Laboral vLex*, Diciembre 2021, pp. 188-192.

La trascendencia de este medio para procurar la conciliación, precipitó en gran medida, la promulgación de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, y ello pese a que sus disposiciones no resultan de aplicación al carácter preferente del trabajo a distancia introducido por el artículo 5 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19; ya que esta última modalidad se justificó en la evitación de medidas empresariales más gravosas, tales como expedientes de regulación de empleo o despidos, teniendo en cuenta el contexto económico y social motivado por la crisis sanitaria.

Los albores de esta regulación los encontramos -como anticipábamos- en la reforma del Estatuto de los Trabajadores operada por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación; que modificó el artículo 34.8, en el cual se regula el derecho a la conciliación a través del uso de formas flexibles de trabajo, entre las que se encuentra reconocido expresamente, el trabajo a distancia.

Posteriormente, se emitió la Directiva UE 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo.

El impacto positivo del teletrabajo pasa por otorgar un mayor control en la gestión del tiempo de trabajo, siendo este impacto favorable mayor sobre las trabajadoras, ya que estadísticamente asumen en mayor medida las tareas domésticas y los cuidados de familiares³⁸.

El artículo 4 de la nueva norma en su apartado 5, reconoce -a su vez y de forma expresa- el derecho a la adaptación de la jornada de los trabajadores a distancia, teniendo estos los mismos derechos en materia de conciliación que los trabajadores presenciales.

Volviendo a la situación de crisis económica y sanitaria provocada por el COVID-19, para minorar los efectos negativos en la esfera laboral, durante la crisis sanitaria se adoptaron políticas dirigidas a la protección de la salud pública -como el confinamiento y el cierre sistemático de guarderías y centros educativos-, que propiciaron la adopción de otras medidas tendentes a facilitar la conciliación laboral y familiar, como, por ejemplo, a través del «Plan ME CUIDA»³⁹.

³⁸ POYATOS MATAS, G.: *Covid y perspectiva de género, infancia y adolescencia. Conciliación de la vida laboral y familiar. Teletrabajo. Violencia de Género*, en *Derecho laboral y de Seguridad Social COVID-19*, Editorial Bomarzo, 2020, pp. 141 a 202.

³⁹ Artículo 6 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.

Ésta última medida acoge la adaptación (o reducción) de la jornada de las personas trabajadoras cuando concurren circunstancias excepcionales por las que deban de atender a su cónyuge o pareja de hecho o un familiar hasta el segundo grado, con ocasión de las actuaciones relacionadas con el COVID-19, haciendo referencia expresa a la posibilidad de prestar servicios a distancia.

No obstante, como adelantábamos, el teletrabajo no es la única medida de conciliación a la que se refiere el «Plan ME CUIDA», sino que también se prevé la posibilidad de reducir hasta un 100% la jornada de trabajo, con una disminución proporcional del salario.

Como novedad, esta reducción de jornada no se preavisa, únicamente debe de comunicarse a la empresa con 24 horas de antelación a su efectividad, siempre que (i) se constatare la necesidad de cuidado personal y directo al cónyuge o familiares hasta el segundo grado como consecuencia del COVID-19, (ii) existan decisiones gubernativas que impulsen el cierre de colegios u otros centros que atendiesen a la persona necesitada en circunstancias normales, (iii) que la persona que se dedique al cuidado de éstos, no pudiera seguir haciéndolo por causa relacionada con el COVID-19.

En estos últimos años, han recaído resoluciones judiciales que han validado la adopción de estas medidas de conciliación en el contexto de crisis sanitaria. Así, se ha declarado⁴⁰ el derecho de la actora a teletrabajar –y a una indemnización de 2.000 euros por vulneración de derechos fundamentales–, frente a la negativa empresarial y su posterior inclusión en un ERTE, existiendo trabajadoras del mismo departamento teletrabajando y sin estar sujetas al ERTE.

Igualmente, otra sentencia⁴¹ estima el derecho de una trabajadora de un *call center* con jornada reducida, a prestar sus servicios mediante la modalidad de teletrabajo para poder compaginar la entrega y recogida de los menores del centro escolar, cuando dicha modalidad ya venía siendo ejercida a raíz de la pandemia, y se solicita su continuidad en el contexto de reincorporación paulatina presencial tras la «desescalada».

En un supuesto análogo⁴² (trabajadora de *call center* con jornada previamente reducida), se solicita el derecho a la adaptación de jornada en la modalidad de trabajo a distancia con carácter permanente, denegándose la concesión con este marco temporal dado el carácter contingente de la medida,

⁴⁰ STSJ Aragón, 17 noviembre 2020 (rec. 553/2020).

⁴¹ SJS Palma de Mallorca, 29 septiembre 2021 (rec. 648/2021).

⁴² SJS Valladolid, 28 mayo 2021 (rec. 116/2021).

mientras dure la crisis sanitaria, no obstante, se concede mientras se mantenga la vigencia del Real Decreto Ley 8/2020.

Sin embargo, también se ha denegado la solicitud de teletrabajo⁴³, al contar la actora ya con una reducción de jornada con concreción horaria en turno de mañanas, y no concurrir las causas específicas previstas en los artículos 5 y 6 del Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo, que justifican un cambio en las medidas de conciliación; razonando que el derecho a la adaptación de jornada no constituye un derecho absoluto.

Otros pronunciamientos denegatorios⁴⁴ aluden a la imposibilidad de que el puesto de trabajo que ocupa el solicitante pueda ser desempeñado a distancia, al tratarse un puesto de atención directa y personalizada a las personas desempleadas; sin que pueda prosperar la petición por el hecho de que estos servicios fueran prestados de forma telemática durante el cierre total y puntual motivado por la crisis sanitaria, teniéndose igualmente en consideración que no concurren los requisitos previstos en el artículo 5 del Real Decreto anteriormente aludido.

Igualmente, se ha acogido la posibilidad de excluir un turno de trabajo –en este caso, durante los fines de semana y festivos– en base al «Plan MECUIDA» por no ser este turno coincidente con el horario escolar, imponiéndose en este caso una indemnización de 12.000 euros por vulneración de derechos fundamentales teniendo especialmente en cuenta las consecuencias familiares y laborales devastadoras de la crisis del coronavirus⁴⁵.

En definitiva, el «Plan MECUIDA», que a la fecha de redacción del presente capítulo se encuentra vigente⁴⁶, se ha revelado como indispensable en los últimos años dado que una de las primeras medidas que se adoptaron a la luz del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, fue la suspensión de la actividad educativa presencial en todos los centros y etapas, manteniéndose *on line*, en aquellos casos en los que resultaba posible; con las dificultades de conciliación que estas situaciones conllevan.

⁴³ SJS Valladolid, 11 diciembre 2020 (rec. 614/2020).

⁴⁴ SJS Palencia, 31 mayo 2021 (rec. 59/2021).

⁴⁵ STSJ Comunidad de Madrid, 21 julio 2021 (rec. 529/2021).

⁴⁶ A la fecha de redacción del presente capítulo, la vigencia del Plan MECUIDA se encuentra prorrogada hasta el 30 de junio de 2022, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional tercera del Real Decreto-ley 2/2022, de 22 de febrero, por el que se adoptan medidas urgentes para la protección de los trabajadores autónomos, para la transición hacia los mecanismos estructurales de defensa del empleo, y para la recuperación económica y social de la isla de La Palma, y se prorrogan determinadas medidas para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica.

3. PROBLEMAS PRÁCTICOS EN EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA ADAPTACIÓN DE JORNADA

A) **La adaptación de la jornada en familias monoparentales y uniones de hecho**

No sólo en materia de adaptación de la jornada, sino en las relaciones laborales en general, el ordenamiento jurídico español se caracteriza por mostrar escaso nivel de adaptación a otras modalidades familiares más allá de la familia tradicional compuesta por ambos progenitores. Es el caso de las familias monoparentales y las uniones estables de pareja o uniones de hecho.

En los últimos años, se ha dejado a la negociación colectiva, y en última instancia, a resultados de los pronunciamientos judiciales, su equiparación –en cuanto al reconocimiento de derechos– a una familia tradicional. Sin embargo, esta situación tiene una evidente trascendencia práctica, máxime si se tiene en cuenta que –al menos en el caso de las familias monoparentales–, las responsabilidades y cargas familiares se intensifican, al recaer sobre un solo miembro.

Atendiendo a las medidas de conciliación previstas en el Estatuto de los Trabajadores, estas resultan muy frecuentemente insuficientes para cubrir las nuevas realidades familiares (piénsese, por ejemplo, en el permiso por enfermedad de familiar del artículo 37.3 b cuando no media relación conyugal pero sí de hecho). En estos casos, acudir como sustitutivo al derecho a la adaptación de la jornada del artículo 34.8 del Estatuto, puede llevar a situaciones injustas, ya que el mismo se vincula a un proceso de solicitud y a que su ejercicio tenga anclaje dentro de las necesidades organizativas y productivas de la empresa. Mientras tanto, otros de los derechos de conciliación que contiene el Estatuto –como el permiso para cuidado del lactante, la licencia por matrimonio, o el permiso por enfermedad u hospitalización de familiar– solo requieren preaviso y justificación, sin que el empresario pueda oponerse a su ejercicio⁴⁷.

No obstante, lo anterior, en caso de familias monoparentales, se ha considerado por la jurisprudencia⁴⁸ que el interés superior del menor ha de primar sobre los perjuicios organizativos que se causen a nivel empresarial. Este criterio también se ha seguido en caso de distancia geográfica de uno de los progenitores, estando la guarda y custodia encomendada a uno solo de ellos⁴⁹.

⁴⁷ BLASCO JOVER, C.: «La necesidad de adaptar ciertos derechos personales y familiares a parejas de hecho y núcleos monoparentales», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, número 451, 2020, pp. 109-148.

⁴⁸ STSJ Comunidad de Madrid, 10 marzo 2020 (rec. 6/2020).

⁴⁹ SJS Toledo, 7 enero 2022 (rec. 923/2021) y STSJ Canarias, 3 febrero 2022 (rec. 1792/2021).

B) Peculiaridades en la titularidad del derecho a la adaptación de la jornada

La dicción literal del artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores declara en cuanto a los titulares (activos y pasivos) del derecho a la adaptación: «*En el caso de que tengan hijos o hijas, las personas trabajadoras tienen derecho a efectuar dicha solicitud hasta que los hijos o hijas cumplan doce años*». Por tanto, *a priori*, la norma parece circunscribir el ejercicio de este derecho a los progenitores de menores de doce años de edad.

No obstante lo anterior, existe algún pronunciamiento aislado⁵⁰ en el que se analiza la posibilidad de ejercicio de este derecho por parte de los abuelos, declarándose que esta solicitud carece de fundamento cuando no media causa de guarda legal a favor de los abuelos y los menores continúan bajo la patria potestad de los padres.

Igualmente, se analiza el límite de los doce años de edad previsto en la norma, existiendo alguna sentencia muy puntual que entiende el derecho a la conciliación en un sentido amplio, con independencia de la edad de los menores⁵¹. Otras consideran sin embargo que, superado el umbral de edad previsto en la norma, deben acreditarse otras situaciones como la discapacidad u otra circunstancia especial que motive la necesidad de conciliación⁵².

C) El derecho a la adaptación de la jornada y la desconexión digital

Pese a los mecanismos de reorganización de la jornada laboral arbitrados durante los últimos años a nivel gubernamental y legislativo, la digitalización en el ámbito laboral plantea la necesidad de desarrollar el derecho a la desconexión digital de los trabajadores que se acogen a medidas de conciliación; como el derecho a preservar espacios privados y tiempos de descanso para el desarrollo de su personalidad y su intimidad familiar⁵³.

Este derecho fue incorporado a nuestro Ordenamiento Jurídico a través de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, en su artículo 88⁵⁴.

⁵⁰ SJS Ciudad Real, 26 abril 2021 (rec. 872/2020).

⁵¹ SJS Valladolid, 22 noviembre 2019, (rec. 667/2019).

⁵² STSJ Galicia, 5 octubre 2020 (rec. 2173/2020).

⁵³ CARDONA RUBERT, M. B.: «Los perfiles del derecho a la desconexión digital», *Revista de Derecho Social*, número 90, Abril 2020, pp. 109-126.

⁵⁴ *Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar.*

No plantea muchas trabas el derecho a la desconexión digital en el ejercicio de los derechos de ausencia (esto es, excedencia o reducción de jornada); sin embargo, en los tiempos de presencia (tal como la adaptación de jornada ex artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores) la cuestión se plantea más problemática en la medida en que esta adaptación, muy frecuentemente, lleva aparejada la necesidad de una mayor disponibilidad fuera de la estricta jornada de trabajo⁵⁵.

No obstante, en el diseño de este derecho, el legislador apela una vez más a la negociación colectiva o a los acuerdos con el empresario para definir su desarrollo y alcance en el seno de cada empresa, lo que, indudablemente lleva a situaciones desiguales e injustas desde un punto de vista práctico, que requiere de un control exhaustivo por parte de la Inspección de Trabajo.

D) El papel de la negociación en la adaptación de la jornada

Tal y como se ha indicado en apartados anteriores, la reforma operada por el Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, introduce en nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad de solicitar una adaptación de la jornada como derecho que implica -a falta de disposición al respecto en el convenio colectivo- una negociación obligatoria con la empresa, concretamente el artículo 34.8 del Estatuto dispone al respecto:

«En la negociación colectiva se pactarán los términos de su ejercicio, que se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre personas trabajadoras de uno y otro sexo. En su ausencia, la empresa, ante la solicitud de adaptación de jornada, abrirá un proceso de negociación con la persona trabajadora durante un periodo máximo de treinta días (...).»

Así las cosas, pese a que la posibilidad de solicitar esta reordenación del tiempo de trabajo ya se encontraba previamente prevista, a través de la reforma indicada, se establece el mecanismo para su implantación en la empresa -la negociación colectiva-, y en defecto de esta, un periodo obligatorio de negociación individual que, en caso de discrepancia, sirve de pórtico introductorio a la vía judicial.

Del análisis de los pronunciamientos judiciales relativos a la esencialidad de este procedimiento negociador se desprende que su omisión lleva consigo *per se* la

⁵⁵ CARDONA RUBERT, M. B.: «Los perfiles del derecho a la desconexión digital», *Revista de Derecho Social*, número 90, Abril 2020, pp. 109-126.

estimación de la adaptación horaria solicitada –siempre que la solicitud no incurra lógicamente, en abuso de derecho–⁵⁶; existiendo pronunciamientos que aparejan por esta omisión una obligación empresarial de indemnizar daños y perjuicios⁵⁷.

En este punto, ha llegado incluso a afirmarse⁵⁸ que las causas objetivas aducidas en juicio –en caso de omitirse la contestación escrita en el procedimiento de negociación– *«han de ser interpretadas como un rechazo injustificado, abusivo, arbitrario e irrazonable por parte de la empresa que vulnera el artículo 38.4 del ET, que determina la estimación de la demanda»*.

No obstante, no puede desconocerse la existencia de pronunciamientos que no aparejan a la falta de negociación la estimación automática de la demanda, sobre la base de que no existe una norma expresa que apareje este efecto jurídico⁵⁹, careciendo, por tanto, de carácter imperativo⁶⁰.

Se ha definido⁶¹ igualmente, el contenido que ha de contener la respuesta empresarial partiendo de la afirmación que el artículo 34.8 del Estatuto no solo impone la obligación de negociar, sino que la respuesta empresarial ha de ser expresa y formal, y tener alguno de los siguientes contenidos:

- i. Aceptar la petición.
- ii. En caso de que no sea posible, proponer una alternativa.
- iii. Denegar la petición en base a circunstancias objetivas, teniendo estas causas carácter vinculante, en la medida en que no deben aducirse nuevas circunstancias ni modificar las alegadas en caso de un eventual juicio para justificar la denegación.

E) El ejercicio de la labor inspectora en la reordenación del tiempo de trabajo

Como ocurre en otros ámbitos del derecho laboral, la actuación de la Inspección de Trabajo se revela como un mecanismo clave para fiscalizar las medidas de conciliación que se adoptan en el seno de las empresas.

⁵⁶ SJS Soria, 27 febrero 2020 (rec. 61/2020); SJS Salamanca, 9 agosto 2019 (rec. 546/2019) y STSJ Cataluña, 11 noviembre 2021 (rec. 5772/2021).

⁵⁷ SJS Mataró, 12 septiembre 2019 (rec. 642/2019).

⁵⁸ SJS Avilés, 2 junio 2021 (rec. 259/2021).

⁵⁹ STSJ La Rioja, 26 noviembre de 2020, (rec. 141/2020).

⁶⁰ STSJ Galicia, 5 octubre 2020 (rec. 2173/2020).

⁶¹ SJS Avilés, 2 junio 2021 (rec. 259/2021).

El Plan Director por un trabajo digno⁶² diseña una actuación de la Inspección de Trabajo con perspectiva de género desde el cobijo de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Resulta así la Inspección competente para analizar si las empresas cumplen con las medidas de igualdad relativas a la ordenación del tiempo de trabajo, siendo la negociación colectiva, los Convenios Colectivos y los Planes de Igualdad, los medios adecuados para diseñar las medidas de conciliación laboral y familiar, y entre ellas la adaptación del tiempo de trabajo como medida efectiva de conciliación⁶³.

Los incumplimientos protagonizados por las empresas en esta materia se considerarían como una discriminación por razón de sexo, tipificada como infracción laboral muy grave en el artículo 8.12 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, pudiendo imponerse multas que oscilan desde los 7.501 euros en su grado mínimo a 225.018 euros en su grado máximo.

4. REFLEXIÓN FINAL

Pese a las ambiciosas motivaciones perseguidas con la promulgación del Real Decreto-Ley 6/20109, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la igualdad de mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, la posibilidad de reordenar el tiempo de trabajo con la finalidad de favorecer la conciliación –o lo que es lo mismo, el derecho a la adaptación de jornada–, no constituye un derecho absoluto. Su ejercicio queda condicionado –según la propia dicción literal del precepto–, a una solicitud, a su equivalente concesión y su supeditación a que el ejercicio del derecho sea razonable desde un punto de vista empresarial.

Así las cosas, como ha ocurrido en otros ámbitos -y muy recientemente, por ejemplo, con el trabajo a distancia-, se apela a la negociación colectiva y a las normas convencionales para dotar de contenido al ejercicio de este derecho. Solo en defecto de convenio colectivo, entra en juego el procedimiento de negociación con el empresario, por lo que, en caso de que se encuentre definido a nivel convencional, no podría existir petición adicional alguna por parte

⁶² Desarrollado por el Organismo Estatal de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para los años 2018-2020.

⁶³ VEGA FELGUEROSO, T.: «La actuación de la inspección de trabajo en materia de ordenación del tiempo de trabajo», *Revista de Derecho Laboral vLex*, pp. 215-243.

de los trabajadores en el ejercicio de este derecho, dejando a salvo siempre la remisión a la posible vía judicial en caso de desacuerdo⁶⁴.

Ello no obstante, si en algo coincide la fundamentación de las sentencias consultadas⁶⁵ es en integrar la perspectiva de la infancia y de la protección del menor en las decisiones judiciales que se adopten de cara al futuro en la materia, atendiendo en primer lugar al «interés superior del menor», como bien jurídico objeto de una protección blindada.

No obstante lo anterior, pese la casuística de los supuestos que se plantean, los pronunciamientos judiciales analizados permiten trazar una idea del contenido y alcance del derecho a la reordenación de la jornada para hacer efectivo el derecho a la conciliación.

Sin embargo, el excesivo recurso a la negociación colectiva, deja una evidente laguna jurídica en un campo –como es el de la conciliación– que además requiere un importante cambio en la actitud cultural de trabajadores y empresarios y que solo es posible por el transcurso de los años y la superación de roles familiares obsoletos.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ABRIL LARRAINZAR, M.^a del P.: «Posibilidad empresarial de efectuar un cambio de puesto de trabajo con el fin de garantizar el derecho a la reducción de jornada», *Revista de Derecho Laboral vLex*, Diciembre 2021, pp. 188-192.
- ALZAGA RUIZ, I., SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., HIERRO HIERRO, F. J.: *El trabajo a distancia: una perspectiva global*. Aranzadi, 2021.
- BLASCO JOVER, C.: «La nueva configuración del permiso por lactancia y del derecho a la adaptación de jornada tras el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo de medidas urgentes para la igualdad de mujeres y hombres en el empleo y la ocupación», *Revista Internacional y comparada de relaciones laborales y empleo*, volumen 7, número 2, 2019, p. 54 y siguientes.
- «La necesidad de adaptar ciertos derechos personales y familiares a parejas de hecho y núcleos monoparentales», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, número 451, 2020, pp. 109-148.
- CARDONA RUBERT, M.^a B.: «Los perfiles del derecho a la desconexión digital», *Revista de Derecho Social*, número 90, Abril 2020, pp. 109-126.

⁶⁴ BLASCO JOVER, C.: «La nueva configuración del permiso por lactancia y del derecho a la adaptación de jornada tras el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo de medidas urgentes para la igualdad de mujeres y hombres en el empleo y la ocupación», *Revista Internacional y comparada de relaciones laborales y empleo*, volumen 7, número 2, 2019, p. 54 y ss.

⁶⁵ Entre otras: STSJ Canarias, 1 septiembre 2020 (rec. 197/2020).

- GODINO, M.: «El cambio de centro de trabajo como derecho fundamental, un doble salto mortal. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social) 2449/2021, de 25 de mayo», *Revista de Derecho Laboral vLex*, Julio 2021, pp. 167-172.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M.: *La extinción voluntaria del contrato de trabajo a instancias del trabajador. Capítulo VII: El abandono del puesto de trabajo por parte de la mujer víctima de violencia de género*. Dykinson, 2020, pp. 185-214.
- POYATOS MATAS, G.: *Covid y perspectiva de género, infancia y adolescencia. Conciliación de la vida laboral y familiar. Teletrabajo. Violencia de Género*, en *Derecho laboral y de Seguridad Social COVID-19*, Editorial Bomarzo, 2020, pp. 141 a 202.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «Régimen jurídico del teletrabajo: aspectos sustantivos y procesales», *Revista Jurídica de Castilla y León*, número 54, Mayo 2021.
- VALLEJO DACOSTA, R.: *Salud laboral, igualdad y mujer. Aspectos jurídicos. Capítulo III: Perspectiva de género y prevención de riesgos laborales*. Editorial Bomarzo, 2019, pp. 53-105.
- VEGA FELGUEROSO, T.: «La actuación de la inspección de trabajo en materia de ordenación del tiempo de trabajo», *Revista de Derecho Laboral vLex*, pp. 215-243.

CAPÍTULO XVIII

LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN TEMPORAL DE EMPLEO Y EL NUEVO MECANISMO RED EN LA REFORMA LABORAL DE 2021

FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
de la Universidad de Murcia

Magistrado (supl.) del TSJ de la Región de Murcia

1. CONTEXTO

El Acuerdo alcanzado el pasado 23 de diciembre de 2021 entre el Gobierno y los interlocutores sociales, volcado normativamente en el Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo¹, tiene como principal objetivo promover la estabilidad en el empleo y combatir el recurso abusivo, injustificado y desproporcionado a la contratación temporal, atendiendo a los requerimientos hechos a nuestro país desde la UE (Comisión, TJUE); pero también se ha propuesto reequilibrar el poder contractual de las partes que intervienen en los procesos de negociación colectiva (equilibrio perdido con la reforma de 2012) y poner coto a determinadas prác-

¹ Convalidado por el Pleno del Congreso de los Diputados, tras una accidentada votación, en sesión del 3 de febrero de 2022. En la misma sesión se acordó no tramitar el RDL 32/2021 como proyecto de ley.

ticas que se traducen en deterioro de derechos y garantías para las personas trabajadoras implicadas en estrategias de descentralización productiva. Junto a ello, el RDL 32/2021 viene a potenciar el recurso a mecanismos de flexibilidad interna por las empresas, concretamente los expedientes de regulación temporal de empleo (ERTEs), para preservar la continuidad del empleo en coyunturas económicas adversas y de transformación productiva, como alternativa a las extinciones contractuales, evitando así la generación de altos niveles de desempleo. A tal efecto, la reforma refuerza los ERTes tradicionales o clásicos, por causas ETOP y fuerza mayor, al tiempo que crea una figura novedosa, el Mecanismo RED (no es acrónimo) para la flexibilidad y estabilización del empleo, cuyo rasgo más significativo es su configuración como una herramienta gubernamental, que permite a las empresas solicitar a su amparo suspensiones de contratos o reducciones temporales de jornada a partir de la constatación oficial de una previa situación de crisis, sea esta global o sectorial.

El muy didáctico Preámbulo del RDL 32/2021 afirma que, para reducir la temporalidad, «es necesario simplificar los tipos de contratos, generalizar la contratación indefinida y devolver al contrato temporal la causalidad que se corresponde con la duración limitada», y acto seguido añade: «En paralelo, con el fin de impulsar la creación de empleo, es preciso proporcionar a las empresas mecanismos internos para ajustarse ante situaciones de crisis, cambios cíclicos de la demanda o transformaciones de modelo productivo a nivel sectorial, alternativos a la alta temporalidad y a las fuertes fluctuaciones del empleo. La experiencia del uso de los expedientes de regulación temporal de empleo, en el último año, proporciona un punto de partida para la creación de un mecanismo permanente, centrado en la formación y recualificación de las personas trabajadoras».

En un pasaje posterior, la misma Exposición de Motivos anuncia que la reforma incorpora «medidas para facilitar el uso de los expedientes temporales de empleo, como *fórmula alternativa y prioritaria a la extinciones* –artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores–, y un nuevo mecanismo de flexibilidad y estabilización del empleo –artículo 47 bis, que se incorpora a dicho texto legal–, para atender las necesidades excepcionales de naturaleza macroeconómica o sectorial que justifiquen la adopción de medidas de ajuste y protección temporal, así como inversiones de carácter público, previa declaración de tal circunstancias mediante acuerdo del Consejo de Ministros»². Asimismo, sigue afirmando el autor de la norma, «se desarrolla la reducción temporal de jornada o la suspensión de contratos, por causa de fuerza mayor temporal debida a impedimentos o limitaciones en la actividad normalizada, a consecuencia de decisiones adoptadas por la autoridad

² La cursiva es nuestra.

competente, incorporando como mecanismo disponible, con un carácter permanente, el régimen de los expedientes de regulación temporal de empleo a causa de la COVID-19, que seguirán rigiéndose por lo previsto en el Real Decreto-ley 18/2021, de 28 de septiembre, de medidas urgentes para la protección del empleo, la recuperación económica y la mejora del mercado de trabajo».

En el diseño de estos cambios estructurales ha sido determinante la experiencia adquirida con la gestión de los ERTes desde marzo de 2020, a raíz de la crisis sanitaria y económica derivada de la COVID-19, que, como señala la Exposición de Motivos del RDL 32/2021, «ha mostrado la importancia y la eficacia del recurso a los expedientes de regulación temporal de empleo, como mecanismo de flexibilidad interna de las empresas para ajuste temporal de su actividad de cara a la evitar la destrucción de empleo característica de crisis anteriores». La normativa de emergencia pandémica ha procedido a flexibilizar la tramitación de los ERTes, a incentivar a las empresas para que introduzcan las referidas medidas de flexibilidad interna, mediante la exención –total o parcial– de las cotizaciones a la Seguridad Social, y a facilitar el acceso a la protección por desempleo por parte de las personas afectadas por los aludidos expedientes³. En los primeros meses de aplicación de la legislación social anti-pandemia, 3,6 millones de personas trabajadoras se cobijaron bajo el paraguas de los ERTes, los cuales –complementados con una seudoprohibición legal de despedir por causas relacionadas con la COVID en consideración a su carácter coyuntural– han actuado como un eficaz dique de contención, que ha permitido evitar una destrucción masiva de puestos de trabajo vía despidos de trabajadores fijos y no renovación de contratos temporales⁴. En el pasado mes de diciembre de 2021, tras abandonar el túnel del colapso económico provocado por la pandemia, la tasa de desempleo en España descendió hasta el 13,3 %. Como contraste, durante la crisis económica mundial que comenzó en 2008, en nuestro país se destruyeron 3,5 millones de empleos y la tasa de desempleo llegó a situarse por encima del 26%.

³ FERRANDO GARCÍA, F. M.^a: «Los expedientes de suspensión de contratos y reducción de jornada derivados del COVID-19. Estudio de las medidas de ajuste temporal orientadas al objetivo prioritario de mantenimiento del empleo», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, «Estado de alarma, crisis económica y mantenimiento del empleo en la legislación laboral», 149, Núm. Extraordinario, 2021, p. 72.

⁴ Como dato revelador de la eficacia demostrada por los ERTes pandémicos como instrumento de contención a la destrucción de empleo, baste señalar que en febrero de 2020, mes previo a la declaración de la pandemia, en España había 19.479.814 afiliados, mientras que en febrero de 2022 la cifra se situaba en 19.934.481 afiliados; es decir, el balance después de dos años de crisis pandémica, en términos de creación de empleo, ha sido positivo (casi 500.000 afiliados más).

En línea con lo anterior, resulta coherente la decisión de no computar a las personas trabajadoras afectadas por un ERTE como desempleadas, toda vez que todas ellas mantienen su vinculación con la empresa, reciben formación durante el ERTE, en muchos casos no interrumpen su dedicación laboral (solo reducen jornada) y tienen garantizada la vuelta al trabajo⁵.

La nueva regulación de los ERTes y del Mecanismo RED entró en vigor el pasado 31 de diciembre de 2021, a excepción de las previsiones contenidas en la disposición adicional 41.^a LGSS sobre medidas de protección de las personas trabajadoras afectadas por la aplicación del Mecanismo RED, para las que se ha establecido una *vacatio legis* de tres meses en la disposición final octava. 2.d) del RDL 32/2021. Es esperable que en los próximos meses aparezca el imprescindible desarrollo reglamentario de estas medidas, en aplicación de la habilitación normativa genérica que la disposición final séptima del RDL 32/2021 contiene en favor del Gobierno «para dictar cuantas disposiciones sean necesaria para el desarrollo y ejecución de este real decreto-ley».

En las páginas que siguen son objeto de análisis y valoración crítica las novedades que en materia de medidas temporales de regulación de empleo ha incorporado la última reforma laboral⁶. Unas medidas diseñadas con el loable objetivo de apostar por el establecimiento de mecanismos eficaces para proteger a las personas trabajadoras y dotar a las empresas de herramientas que persiguen favorecer el mantenimiento del empleo y formar a las personas trabajadoras para enfrentarse a los cambios que se produzcan en el tejido productivo, incorporando, ya de forma permanente, algunas de las medidas aprobadas durante la pandemia y que han

⁵ La disposición adicional sexta del RDL 32/2021 establece que «Las personas trabajadoras que vean reducida temporalmente su jornada ordinaria diaria de trabajo o suspendido temporalmente su contrato conforme a lo establecido en los artículos 47 y 47 bis del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores serán computadas como ocupadas a efectos estadísticos».

⁶ Una inicial valoración por mi parte a este bloque temático de la reforma laboral en CAVAS MARTÍNEZ, F.: «El refuerzo de los ERTes como garantía de estabilidad del empleo en la nueva Reforma Laboral de 2021», Grupo NET21, 11 de enero de 2022, <https://www.net21.org/el-refuerzo-de-los-erte-como-garantia-de-estabilidad-del-empleo-en-la-nueva-reforma-laboral-2021/>. Asimismo, en «El Mecanismo RED se pone en marcha», briefs de la aedtss, <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/03/Mecanismo-RED-F-Cavas.pdf>, y más recientemente «El refuerzo de los expedientes de regulación temporal de empleo en la reforma de 2021», Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social, núm. 152, 2022, pp. 103-131. También RAMOS QUINTANA, M. I.: «La flexibilidad interna en la reforma laboral: medidas temporales y permanentes para apoyar a las empresas y sostener el empleo ¿una opción prioritaria frente al despido?», *Trabajo y Derecho*, 87/2022 (Marzo), pp. 1-7; DE LA PUEBLA PINILLA, A.: «El nuevo régimen de reducción de jornada y de suspensión de contratos por causas ETOP y por fuerza mayor. Una apuesta por la estabilidad y la formación en el empleo», *Labos*, Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social, Enero 2022, Vol. 3, Número extraordinario, La reforma laboral de 2021, pp. 83-96; GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P.: «La respuesta anticipada del legislador al riesgo de crisis de empleo: el nuevo mecanismo red de flexibilidad y estabilización del empleo», *Labos*, Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social, Enero 2022, Vol. 3, Número extraordinario, La reforma laboral de 2021, pp. 97-110.

demostrado su eficacia para evitar la destrucción masiva de puestos de trabajo⁷. Sin alterar los parámetros sobre los que se asienta la flexibilidad externa, la reforma apuesta de manera decidida por la interna, arropándola con un conjunto de incentivos que sean capaces de revertir su insuficiente utilización en el pasado, convirtiendo el despido en la *ultima ratio* de cualquier proceso de ajuste⁸.

2. AGILIZACIÓN Y FLEXIBILIZACIÓN DE LOS ERTES POR CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS Y DE PRODUCCIÓN

Prescindiendo de reproducir los aspectos que se mantienen de la anterior regulación, en cuanto a los ERTES por causas ETOP, los cambios se incorporan en los apartados 1 a 4 del artículo 47 ET. No sufre alteraciones la definición de causas ETOP que justifican el recurso a las medidas temporales de ajuste de empleo⁹.

Además del empleo del lenguaje inclusivo, la regulación en paralelo de las reducciones temporales de jornada y las suspensiones de contratos (suprimiendo las referencias específicas a los ERTES por reducción de jornada en el artículo 47.2 ET) y la precisión de que las causas habilitantes deben revestir carácter temporal, las modificaciones operadas en el artículo 47 ET pretenden introducir mayor celeridad en su tramitación, por un lado, y otorgar mayor flexibilidad a las empresas en la gestión de este instrumento, por otro.

⁷ ROJO TORRECILLA, E.: «Estudio de la reforma laboral de 2021 (VI). La apuesta reforzada por la flexibilidad interna y la incorporación de medidas adoptadas durante la pandemia. Expediente de regulación temporal de empleo (ERTE) y nuevo Mecanismo RED», lunes, 10 de enero de 2022, blog del autor *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, www.eduardorojotorrecilla.es/2022/01/estudio-de-la-reforma-laboral-de-2021_10.html.

⁸ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: «Capítulo IX. Procedimientos de regulación temporal de empleo (artículo 47 ET)», en VV. AA., *La reforma laboral de 2021: estudio técnico de su régimen jurídico*, MONEREO PÉREZ, J. L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y RODRÍGUEZ INIESTA, G., Laborum, Murcia, 2022, pp. 374 y 376. No le falta razón a este autor cuando señala que la apuesta firme del legislador por potenciar la flexibilidad interna debería traducirse en un cambio en la línea jurisprudencial que, mediando causa, deja en manos del empresario la decisión sobre si procede acudir a medidas extintivas (EREs) o meramente suspensivas (ERTES). En este sentido, SSTs de 10 y 11 julio 2018 (rec. 1332 y 467/2017), recordando el tenor de la STS de 17 julio 2014 (rec. 32/2014).

⁹ En el apartado 2 del artículo 47 ET sigue entendiéndose, como en la redacción anterior, que concurren causas económicas cuando «de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas», añadiendo 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». Se entiende que concurren causas técnicas «cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción»; causas organizativas «cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción»; y causas productivas «cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado».

Así, en primer lugar, la duración máxima del periodo de consultas se reduce de quince a siete días en empresas con menos de 50 trabajadores en plantilla, previa constitución de la comisión representativa¹⁰, cuyo plazo máximo de constitución también se reduce de siete a cinco días, cuando exista representación legal de las personas trabajadoras, y de quince a diez días, de no existir dicha representación; en segundo lugar, se suprime el trámite de traslado de la comunicación empresarial al SEPE por parte de la autoridad laboral, que tampoco habrá de comunicarle la decisión empresarial¹¹; en tercer lugar, y en previsión de que las dificultades coyunturales de la empresa puedan alcanzar una duración mayor que la contemplada en su inicio, se contempla la posibilidad de prorrogar el ERTE antes de que expire su vigencia, previo desarrollo de un periodo de consultas comprimido (no más de cinco días) con la misma representación de las personas trabajadoras con la que se hubiera desarrollado el inicial periodo de consultas, y comunicando la decisión empresarial a la autoridad laboral en un plazo máximo de siete días, prórroga que surtirá efectos desde el día siguiente a la finalización del periodo inicial de reducción de jornada o suspensión de la relación laboral (art. 47.4 ET). La idea que preside estas modificaciones es que las empresas puedan reaccionar con celeridad ante la aparición de circunstancias que dificultan el normal desenvolvimiento de la actividad productiva, efectuando ajustes temporales de empleo.

En cuanto a las consecuencias del ERTE injustificado (pár. 15.º del art. 47.3 ET), además del reintegro que proceda realizar por el empresario del importe de las prestaciones por desempleo a la entidad gestora del pago de las mismas, se incluye el «ingreso de las diferencias de cotización a la Seguridad Social».

¹⁰ La comisión representativa que ha de negociar el ERTE por causas ETOP se constituirá con arreglo a lo dispuesto en el artículo 41.4 ET. Se ha perdido la oportunidad de recuperar la prioridad de la comisión sindicalizada que previó la reforma laboral de 2010, lo que habría garantizado una más eficaz defensa de los intereses de las personas trabajadoras afectadas por ERTes en empresas sin representación legal de los trabajadores.

¹¹ En todo caso, la automatización de los procedimientos prevista en la DA 26.ª ET, añadida por el artículo primero. Catorce RDL 32/2021, garantiza el acceso a los datos de los ERTes por la TGSS, el SPEE y la ITSS, como certeramente ha señalado BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: «Nueva reforma laboral 2021 (RD Ley 32/2021): valoraciones críticas sobre el nuevo régimen jurídico de los ERTE (art. 47 ET) y ERTE Mecanismo RED (art. 47.bis ET)», 3 enero 2022, recuperado de: <https://ignasibeltran.com/2022/01/03/nueva-reforma-laboral-2021-rdley-32-2021-valoraciones-criticas-sobre-el-nuevo-regimen-juridico-de-los-erte-ex-art-47-et-y-erte-mecanismo-red-art-47-bis-et/>

3. NOVEDADES EN LOS ERTES POR FUERZA MAYOR TEMPORAL

En la nueva versión del artículo 47 ET, apartados 5 y 6, se regula el ERTE por fuerza mayor temporal, con efectos suspensivos del contrato y/o de reducción de jornada.

La principal aportación de la reforma es la distinción que lleva a cabo entre, por un lado, la fuerza mayor clásica o prototípica, y por otro, la que podemos calificar como fuerza mayor «gubernativa» o «*factum principis*».

A) ERTES por fuerza mayor «clásica»

El apartado 5 del artículo 47 ET prevé que las empresas podrán aplicar la reducción de jornada de trabajo o la suspensión de los contratos de trabajo por causa derivada de fuerza mayor temporal, previo procedimiento tramitado conforme a lo dispuesto en este apartado, en el artículo 51. 7 ET y en sus disposiciones reglamentarias de aplicación¹². La norma laboral sigue sin definir el concepto de fuerza mayor, que por remisión a lo dispuesto en el artículo 1.105 Código Civil, y a tenor de la jurisprudencia que ha interpretado este precepto, ha de tratarse de un hecho extraordinario, imprevisible o inevitable, ajeno al círculo de riesgo del empresario, que imposibilite o dificulte el cumplimiento de las obligaciones laborales, definitiva o temporalmente, debiendo existir un nexo de causalidad eficiente entre dicho resultado y el evento que lo produce¹³.

A diferencia del ERTE por causas ETOP, la fuerza mayor suspensiva/reductiva de jornada debe ser constatada por la autoridad laboral en el marco de un procedimiento administrativo especial, que se desarrolla del siguiente modo:

– El procedimiento se inicia mediante solicitud de la empresa dirigida a la autoridad laboral competente, acompañada de los medios de prueba que estime necesarios y simultánea comunicación a la representación legal de las personas trabajadoras.

– Cualquiera que sea el número de personas trabajadoras afectadas, la existencia de fuerza mayor temporal, como motivadora de la suspensión o reducción de jornada de los contratos de trabajo, deberá ser constada por la au-

¹² Hasta tanto se proceda al desarrollo reglamentario del remodelado artículo 47 ET, debe entenderse subsistente, y aplicable en lo que no se oponga a la nueva regulación legal, el RD 1483/2012, de 29 de octubre, que aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, y en particular los artículos 31 a 33.

¹³ Sobre la incidencia de la fuerza mayor en las relaciones laborales, imprescindible, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: *La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo*, Civitas, Madrid, 1993.

toridad laboral competente, a cuyo efecto solicitará informe preceptivo de la ITSS antes de dictar resolución. Este informe deberá pronunciarse sobre la existencia de fuerza mayor.

– La resolución de la autoridad laboral debe dictarse, previas las actuaciones e informes indispensables, en el plazo de cinco días desde la solicitud (siendo los días hábiles, pues se trata de un plazo administrativo y no se ha especificado que sean naturales). En cuanto al contenido de la resolución, la misma deberá limitarse a constatar, en su caso, la existencia de la fuerza mayor alegada por la empresa, correspondiendo a esta la decisión sobre la reducción de las jornadas o suspensión de los contratos de trabajo.

– La resolución de la autoridad laboral surtirá efectos desde la fecha del hecho causante de la fuerza mayor, y hasta la fecha determinada en la misma resolución.

– Para el supuesto de que no se emita resolución expresa en el plazo indicado, se entenderá autorizado el ERTE por silencio positivo.

– En el supuesto de que se mantenga la fuerza mayor a la finalización del periodo determinado en la resolución del expediente, no bastará con que la empresa (de acuerdo o no con la representación legal de las personas trabajadoras) solicite su prórroga, sino que deberá solicitar una nueva autorización, de lo que se concluye que habrán de reiterarse todos los trámites del procedimiento.

– En aplicación de lo establecido en el artículo 33.5 del RD 1483/2012, se podrá interponer recurso de alzada contra la resolución de la autoridad laboral y, caso de ser desestimado, demanda ante los Juzgados de lo Social, la cual deberá tramitarse a través de la modalidad procesal de impugnación de actos administrativos en materia laboral prevista en la Sección 2.^a del Capítulo VII del Título II de la LRJS.

B) ERTes por fuerza mayor «gubernativa»

Junto a su manifestación prototípica (fenómenos atmosféricos, interrupción de suministro energético, guerras, motines, etc.), el concepto de fuerza mayor se expande mediante la inclusión en el apartado 6 del artículo 47 ET de la fuerza mayor temporal debida a «impedimentos o limitaciones en la actividad normalizada, a consecuencia de decisiones adoptadas por la autoridad pública competente, incluidas aquellas orientadas a la protección de la salud pública». Se trata del conocido como «*factum principis*», comprensivo de actos de la autoridad (el «príncipe») que, siendo imprevisibles e inevitables, imposi-

bilitan por completo o dificultan el cumplimiento de la obligación o la ejecución del contrato.

De este modo se incorpora a la legislación laboral, como mecanismo a disposición de las empresas con carácter permanente, y con las debidas adaptaciones, el régimen de los ERTes a causa de la COVID-19, que han demostrado una gran eficacia para preservar el empleo y el tejido empresarial ante contingencias y escenarios de crisis. Se enerva con esta regulación la incómoda sensación de aleatoriedad e inseguridad jurídica que durante la crisis pandémica acompañó a la reactivación periódica del diálogo social para negociar los términos y las condiciones en que habrían de prorrogarse los ERTes vía decreto-ley. Al normalizarse los fenómenos vinculados a la salud pública, se asume, con buen criterio, que la sociedad está permanentemente expuesta a la acción de nuevos y diversos riesgos, entre ellos los biológicos, por lo que se prepara el ordenamiento jurídico para reaccionar ante esta eventualidad, evitando episodios de «hemorragia legislativa» como los registrados en los últimos tiempos¹⁴.

La tramitación de esta variante de ERTE se sujetará al procedimiento previsto en el artículo 47.5 ET, con las siguientes particularidades:

- La solicitud de informe por parte de la autoridad laboral a la ITSS no será preceptiva, probablemente para agilizar el procedimiento, amén de que la apreciación de existencia de fuerza mayor «gubernativa», por la naturaleza de ésta (decisión de la autoridad competente que impide o dificulta el normal desarrollo de la actividad), es más evidente y reviste menor dificultad que la concurrencia de causas ETOP o de fuerza mayor clásica, respecto de las cuales el cualificado parecer de la ITSS es más necesario.

- La empresa deberá justificar, en la documentación remitida junto con la solicitud, la existencia de las concretas limitaciones o del impedimento a su actividad como consecuencia de la decisión de la autoridad competente.

- La autoridad laboral autorizará el expediente si se entienden justificadas las limitaciones o impedimentos referidos.

4. NORMAS COMUNES A LOS ERTES POR CAUSAS ETOP Y FUERZA MAYOR

El apartado 7 del artículo 47 ET recoge un conjunto de normas comunes a los ERTes por causas ETOP y por fuerza mayor temporal, que en gran medida son una reproducción de las existentes en el derecho de la emergencia y

¹⁴ En este sentido, BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: *cit.*

que, como veremos más adelante, son también de aplicación a los ERTes derivados de la activación del Mecanismo RED regulado en el artículo 47 bis ET. Son las siguientes:

Primera. La reducción de la jornada podrá ser entre un diez y un setenta por ciento y computarse sobre la base de la jornada diaria, semanal, mensual o anual. Esta forma de computar la reducción de jornada no coincide exactamente con la situación legal de desempleo «parcial» prevista en los arts. 262.3 y 267.1, b), 1.º de la LGSS, que se refiere a la reducción temporal de la jornada ordinaria «diaria» de trabajo. En consecuencia, cuando la reducción temporal de la jornada ordinaria de trabajo se produzca utilizando otro parámetro de cómputo (semanal, mensual o anual), las horas no trabajadas se transformarán en días y estaremos antes días de suspensión del contrato protegibles mediante la prestación por desempleo total¹⁵. Las reducciones de jornada diaria inferiores al 10% (que la empresa puede adoptar en ejercicio de su «*ius variandi*») no generan derecho a prestación por desempleo¹⁶; tampoco las reducciones temporales superiores al 70%.

Segunda. Siempre que sea posible, se priorizará la adopción de medidas de reducción temporal de jornada frente a las de suspensión de contratos, persiguiendo un más equilibrado reparto de la ocupación efectiva entre las personas sometidas a medidas de regulación de empleo, que de este modo experimentarán una menor merma retributiva al repartirse el sacrificio entre todas ellas.

Tercera. Junto con la notificación, comunicación o solicitud, según proceda, a la autoridad laboral sobre su decisión de reducir la jornada o suspender los contratos de trabajo, la empresa deberá comunicar, a través de los procedimientos automatizados que se establezcan:

1.º El período dentro del cual se va a llevar a cabo la aplicación de la suspensión del contrato o la reducción de jornada.

2.º La identificación de las personas trabajadoras incluidas en el expediente de regulación temporal de empleo.

¹⁵ Según el artículo 262.2 LGSS, el desempleo será total cuando se produzca el cese del trabajador en la actividad por días completos, continuados o alternos, durante, al menos, una jornada ordinaria de trabajo, en virtud de una suspensión contractual o reducción temporal de jornada.

¹⁶ Probablemente con el propósito de evitar que los trabajadores cobren prestación por desempleo pero sigan realizando la totalidad de la jornada, situaciones de fraude de ley que resultan difíciles de controlar. En este sentido, ROQUETA BUJ, R.: *Los expedientes de regulación temporal de empleo*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 92.

3.º El tipo de medida a aplicar respecto de cada una de las personas trabajadoras y el porcentaje máximo de reducción de jornada o el número máximo de días de suspensión de contrato a aplicar.

A este respecto, en la nueva disposición adicional 26.ª ET se establece que la TGSS, el SPEE y la ITSS tendrán acceso, a través de los procedimientos automatizados que se establezcan, a todos los datos necesarios para la identificación y tipo del expediente de regulación temporal de empleo, de la empresa y de las personas trabajadoras incluidas en el expediente, el tipo de medida a aplicar, el periodo en el que se puede producir la reducción de jornada de trabajo o suspensión de los contratos de trabajo y el porcentaje máximo de reducción de jornada o periodo máximo de suspensión de contrato previsto respecto de cada persona trabajadora. Resulta indudable que esta automatización facilitará el control de las medidas adoptadas por la empresa, así como el ejercicio, en su caso, de la potestad sancionadora¹⁷.

Cuarta. Otro elemento de flexibilidad heredado de la legislación social anti-covid es la posibilidad que se reconoce a las empresas, durante el periodo de aplicación del ERTE, de desafectar y afectar a las personas trabajadoras en función de las alteraciones de las circunstancias señaladas como causa justificativa de las medidas, informando previamente de ello a la representación legal de las personas trabajadoras y previa comunicación a la entidad gestora de las prestaciones sociales, y conforme a los plazos establecidos reglamentariamente, a la TGSS, a través de los procedimientos automatizados que establezcan dichas entidades.

Con el propósito de reducir las cargas administrativas de las empresas, en la nueva disposición adicional 42.ª LGSS¹⁸ se establece que reglamentariamente se establecerá por el SPEE y la TGSS un procedimiento único a través del cual las empresas puedan comunicar, a ambas entidades, el inicio y finalización de los periodos de suspensión temporal de los contratos de trabajo y reducción temporal de jornada de trabajo de los trabajadores afectados por un ERTE. A través de dicho procedimiento, las empresas deberán poder comunicar esta información de tal forma que la misma surta efecto para el desarrollo de la totalidad de las competencias de ambas entidades.

Quinta. Durante la vigencia del ERTE, no podrán realizarse horas extraordinarias, establecerse nuevas externalizaciones de actividad ni concertarse nuevas contrataciones laborales, otorgando así preferencia a las desa-

¹⁷ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: *cit.*

¹⁸ Introducida en el TR de la LGSS por el apartado Seis del artículo tercero del RDL 32/2021.

fectaciones a medida que la actividad se va normalizando, si bien esta prohibición se rodea de la imprescindible flexibilidad, contemplándose excepciones a la misma en el supuesto de que las personas en suspensión contractual o reducción de jornada que presten servicios en el centro de trabajo afectado por nuevas contrataciones o externalizaciones no puedan, por formación, capacitación u otras razones objetivas y justificadas, desarrollar las funciones encomendadas a aquellas, previa información al respecto por parte de la empresa a la representación legal de las personas trabajadoras. La prohibición se refuerza con un régimen sancionador que computa una infracción (grave) por cada persona trabajadora contratada¹⁹, y tipifica como infracción muy grave establecer nuevas externalizaciones de actividad en estas situaciones²⁰. Además, el nuevo artículo 11.4 ET establece que las empresas con ERTes del artículo 47 o 47 bis podrán realizar contratos formativos, siempre que las personas contratadas no sustituyan funciones o tareas realizadas habitualmente por las personas afectadas por las medidas de suspensión de contratos o de reducción de jornada.

Sexta. Las empresas que desarrollen las acciones formativas a favor de las personas afectadas por el ERTE tienen derecho a un incremento de crédito para la financiación de acciones en el ámbito de la formación programada, en los términos previstos en el nuevo artículo 9.7 de la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral. Pero sobre el reforzamiento de la dimensión formativa en lo nuevos ERTes se volverá más adelante.

Séptima. Los beneficios en materia de cotización vinculados a los ERTes tendrán carácter voluntario para la empresa y, precisamente por ello, estarán condicionados al mantenimiento en el empleo de las personas trabajadoras afectadas con el contenido y requisitos previstos en el apartado 10 de la disposición adicional 44.^a de la LGSS. Pero sobre este tema se volverá también más adelante.

Octava. La prestación a percibir por las personas trabajadoras incluidas en el ERTE «se regirá por lo establecido en el artículo 267 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social y sus normas de desarrollo». En el referido precepto, cuyo apartado 1 ha sido modificado por el RDL 32/2021, se considera situación legal de desempleo la suspensión del contrato y la reducción temporal de la jornada ordinaria de trabajo, por decisión del empresario, al amparo de lo establecido en el artículo 47 ET. Esta prestación se sujetará

¹⁹ Nuevo apartado 14 del artículo 7 LISOS, añadido por el artículo quinto. Tres del RDL 32/2021.

²⁰ Nuevo apartado 20 del artículo 8 LISOS, introducido por el artículo quinto. Cinco del RDL 32/2021.

íntegramente a las reglas contenidas en la LGSS y normativa de desarrollo, ya sin las peculiaridades previstas en la legislación de urgencia.

No obstante, el RDL 2/2022, de 22 de febrero, por medio de su disposición final primera, ha añadido una nueva disposición adicional 46.^a en la LGSS, mejorando la protección contributiva por desempleo de las personas trabajadoras en los ERTes por fuerza mayor, en cualquiera de sus modalidades (clásica o gubernativa). En concreto: la cuantía de la prestación se determinará aplicando el 70% a la base reguladora durante toda la vigencia de la medida; el disfrute de la prestación no consumirá cotizaciones previas a ningún efecto; y las personas afectadas tendrán derecho al reconocimiento de la prestación contributiva por desempleo, aunque carezcan del período de ocupación cotizada mínimo necesario para ello.

5. EL MECANISMO RED DE FLEXIBILIDAD Y ESTABILIZACIÓN DEL EMPLEO

A) Concepto y modalidades

El nuevo artículo 47 bis ET define el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo como «un instrumento de flexibilidad y estabilización del empleo que, una vez activado por el Consejo de Ministros, permitirá a las empresas la solicitud de medidas de reducción de jornada y suspensión de contratos de trabajo».

La hoja de ruta del Gobierno durante el proceso de diálogo social, en lo que a esta innovación se refiere, se encuentra en el Componente 23 del Pacto de Recuperación, Transformación y Resiliencia (aprobado en Consejo de Ministros el 27 de abril de 2021), donde se compromete una Reforma, la número 6, sobre «Establecimiento de un mecanismo permanente de flexibilidad interna, estabilidad en el empleo y recualificación de trabajadores en transición».

Allí se afirma (y reproduce la E. de M. del RDL 32/2021) que:

– La exitosa experiencia con la gestión de los ERTes durante la pandemia, un instrumento hasta entonces muy poco utilizado en España, «proporciona una base para avanzar hacia un mecanismo permanente, que garantice un marco de flexibilidad ante fluctuaciones de la demanda, alternativo a la alta temporalidad y a la elevada oscilación del empleo y que contribuya a la estabilidad laboral y económica, con un fuerte apoyo a la formación y recualifica-

ción de las personas trabajadoras, invirtiendo, así, en el capital humano del país, sobre la base de beneficios en la cotización a la Seguridad Social».

– «Adicionalmente, el intenso proceso de digitalización y cambio tecnológico exige disponer de instrumentos que acompañen la transición y recualificación de los trabajadores en los sectores más afectados, con el fin de que puedan disponer de las capacidades necesarias en los puestos de trabajo de calidad que se crearán en el futuro, en sus empresas actuales o en otras empresas o ámbitos de actividad».

– «Sobre la base de esta experiencia, se integrarán en el conjunto del sistema de relaciones laborales un nuevo mecanismo de estabilización económica y de flexibilidad interna de las empresas alternativo a la destrucción de empleo y la alta temporalidad, que permita lograr un doble objetivo: (i) proteger el empleo ante las crisis económicas y las dificultades del mercado y (ii) acompañar los procesos de cambio estructural para evitar un impacto macroeconómico negativo que resulte en pérdida de capital humano, crecimiento potencial y bienestar del conjunto de la sociedad. El objetivo es proteger el empleo, primar el ajuste en horas, impulsar la estabilidad de las relaciones laborales, la inversión y el capital humano».

La versión inicial de este Mecanismo que el Ministerio de Trabajo llevó a la mesa de negociación sobre la reforma laboral fue rechazada por los interlocutores sociales, por considerarla excesivamente compleja e intervencionista. La medida consensuada el 23 de diciembre de 2021 prevé, sin embargo, la participación de los interlocutores sociales en la activación del Mecanismo, y ha omitido las referencias que el primer borrador incluía a que las empresas tendrían que ingresar en el FOGASA una parte de las indemnizaciones acumuladas por los trabajadores que fueran recolocados en otras empresas, una medida que, sobre todo a las organizaciones sindicales, hacía recordar ciertos elementos de la estigmatizada «mochila austríaca».

El Mecanismo RED finalmente regulado en el artículo 47 bis ET tendrá dos modalidades (apartado 1):

«a) Cíclica, cuando se aprecie una coyuntura macroeconómica general que aconseje la adopción de instrumentos adicionales de estabilización, con una duración máxima de un año.»

A diferencia de los ERTES por causas económicas, donde se atiende a la situación económica y financiera de una empresa concreta, aquí se parte de la existencia de un contexto macroeconómico general, de carácter cíclico, que permitirá a las empresas acogerse a este Mecanismo una vez que el mismo sea activado oficialmente. No obstante, para que una empresa pueda regular temporalmente empleo al amparo de este Mecanismo, deberá acreditar, en el co-

respondiente procedimiento, la medida en que la crisis cíclica general, referida en el Acuerdo de activación del Mecanismo RED, incide negativamente en su viabilidad y funcionamiento. Bajo esta primera modalidad, se pretende así hacer frente a los momentos depresivos del ciclo económico que, en términos de crisis económica general, provoquen dificultades empresariales que, a su vez, supongan escenarios de excedentes de personal en las diferentes empresas afectadas por ese panorama macroeconómico negativo²¹.

«b) Sectorial, cuando en un determinado sector o sectores de actividad se aprecien cambios permanentes que generen necesidades de recualificación y de procesos de transición profesional de las personas trabajadoras, con una duración máxima inicial de un año y la posibilidad de dos prórrogas de seis meses cada una.»

La revolución tecnológica, la digitalización de la economía, la industria 4.0, la robotización de los puestos de trabajo..., son procesos de cambio en progresión creciente que exigen procesos de reciclaje profesional de las personas trabajadoras en una pluralidad de sectores y actividades, sea para conservar su empleo en la misma empresa o, como apunta la exposición de motivos de la norma, para hallar colocación en otras empresas o ámbitos de actividad. El tiempo de permanencia en el ERTE, con el contrato suspendido o la jornada reducida, puede ser aprovechado por las personas trabajadoras reguladas de empleo para adquirir competencias y habilidades que aumenten su empleabilidad. En este sentido, se echa en falta la previsión de reglas que acompañen a las personas afectadas durante el proceso de recolocación.

Conviene llamar la atención sobre el hecho de que, a diferencia de lo que expresamente se exige –como novedoso– en la nueva regulación de los ERTes ordinarios en el artículo 47 ET, en el sentido de que la causa concurrente sea de carácter «temporal», con esta segunda modalidad de Mecanismo RED se atienden situaciones en las que se registran cambios «permanentes» incidentes en un concreto sector productivo o varios de ellos (al modo de las viejas reconversiones industriales), pese a lo cual se habilitan medidas de ajuste/regulación de empleo que revisten carácter temporal, por cuanto se estima que las mismas pueden ser suficientes para superar la situación de dificultad de empleo que se constata²². Se invierte aquí la lógica tradicional de los mecanismos de flexibilidad interna vinculados a situaciones temporales, en el entendimiento de que

²¹ CRUZ VILLALÓN, J.: «El sistema RED de regulación temporal de empleo», *cit.*, p. 2.

²² CRUZ VILLALÓN, J.: «El sistema RED de regulación temporal de empleo», *cit.*, p. 2.

una medida de ajuste temporal puede bastar para lograr la transición profesional que se persigue.

La disposición adicional primera del RDL 32/2021 establece que, transcurrido un año desde la primera activación del Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo al que se refiere el artículo 47 bis ET, en su modalidad sectorial, «el Gobierno y las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, estudiadas las circunstancias en que se encuentren el empleo y el tejido productivo de los sectores afectados por el Mecanismo RED, analizarán la necesidad de adoptar medidas en el ámbito laboral o de la Seguridad Social tendentes a favorecer la transición profesional de las personas trabajadoras que se vean afectadas por el Mecanismo RED en el futuro». Quizás sea ese el momento de articular los mecanismos de acompañamiento a los que antes me refería.

B) Tramitación

La procedimentalización del Mecanismo RED se regula en los apartados 2 a 4 del artículo 47 bis ET.

Se establecen dos filtros «oficiales»: la activación del Mecanismo RED por el Gobierno y la posterior autorización del ERTE por la autoridad laboral competente.

Para que las empresas puedan solicitar medidas de reducción de jornada y suspensión de contratos de trabajo, es preciso que el Mecanismo RED haya sido previamente activado por el Consejo de Ministros a propuesta conjunta de los Ministerios de Trabajo y Economía Social, Asuntos Económicos y Transformación Digital, y de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, previo informe de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos²³. Se trata, por tanto, de un instrumento «político», cuya activación no está normativamente garantizada, pues dependerá del criterio del Gobierno de turno, sin que, en apariencia, exista margen para la compulsión judicial. Este elemento puede lastrar la efectividad del mecanismo RED.

En el ámbito de la modalidad sectorial, las organizaciones sindicales y empresariales más representativas a nivel estatal podrán solicitar a los Ministerios referidos la convocatoria de la Comisión tripartita del Mecanismo RED

²³ En la propuesta inicial de Mecanismo RED llevada a la mesa de diálogo social se establecía que el Ministerio de Economía sería el encargado de establecer «los parámetros objetivos a partir del análisis de un conjunto amplio de indicadores que determinen una presunción de las causas de activación [de los expedientes]».

(sobre cuya composición, competencias y funcionamiento nada se indica en el RDL 32/2021). Esta Comisión deberá reunirse en el plazo de quince días desde dicha solicitud y analizará la existencia de los cambios estructurales referidos en el apartado 1.b) del artículo 47 bis ET, así como la necesidad, en su caso, de elevar una solicitud de activación del mecanismo RED sectorial al Consejo de Ministros, obviamente, sin carácter vinculante.

En todo caso, con carácter previo a su elevación al Consejo de Ministros, resultará imprescindible «informar» a las organizaciones empresariales y sindicales más representativas a nivel estatal. Se ha optado por un nivel de participación institucional débil, que no alcanza la categoría de consulta ni de negociación.

En esta materia se ha impuesto el monopolio de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas de ámbito estatal, en tanto que sujetos negociadores de la reforma. Ni siquiera en situaciones de crisis de ámbito territorial restringido se ha contemplado la intervención de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas de ámbito autonómico, pese a que la LOLS les reconoce el derecho de participación institucional.

Es el Consejo de Ministros el que se encarga de activar el Mecanismo, pero no de dirimir si las empresas, de manera individual, se pueden acoger al mismo; decisión que corresponde a la autoridad laboral, que autorizará la medida si se ha celebrado un período de consultas y este concluye con acuerdo, o tras verificar la concurrencia de la causa de no mediar acuerdo. A este respecto, se establece que la decisión y las consideraciones que se incorporen al Acuerdo del Consejo de Ministros, no serán por sí mismas causas para la adopción en el ámbito empresarial de las medidas previstas en el artículo 47 bis ET en relación con el empleo o las condiciones de trabajo.

Frente a la tendencia progresiva a la supresión de la intervención de la autoridad laboral en clave de exigencia de autorización administrativa, la reforma amplía la exigencia de autorización para estas situaciones de dificultad por causas empresariales, más allá de la estricta fuerza mayor²⁴. El establecimiento de este control administrativo es comprensible, dada la ingente inversión de recursos públicos en el sector privado que comporta la puesta en marcha del Mecanismo RED.

En efecto, una vez activado el Mecanismo RED, y mientras esté en vigor, las empresas pueden solicitar de forma voluntaria ERTES de reducción de jornada o suspensión de contratos, en cualquiera de sus centros de trabajo.

El procedimiento se iniciará mediante solicitud por parte de la empresa dirigida a la autoridad laboral competente, con comunicación simultánea a la representación legal de las personas trabajadoras, y se tramitará de acuerdo

²⁴ CRUZ VILLALÓN, J. «El sistema RED de regulación temporal de empleo», *cit.*, p. 4.

con lo previsto en el artículo 47.5 ET, previo desarrollo de un período de consultas en los términos regulados en el artículo 47.3 ET, con las particularidades que a continuación se indican. Por tanto, se produce una hibridación entre el ERTE por fuerza mayor temporal y el ERTE por causas ETOP, donde el primero aporta lo sustancial del procedimiento (incluida la intervención administrativa o gubernativa), pero insertándole un trámite previo, el período de consultas con la representación legal de las personas trabajadoras, que es característico del ERTE-ETOP.

En la modalidad sectorial, a parte de la solicitud, es necesario aportar un plan de recualificación de las personas afectadas.

Una vez enviada la solicitud, la autoridad laboral la remitirá a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para que esta emita un informe preceptivo sobre la concurrencia de los requisitos correspondientes, en el improrrogable plazo de siete días desde la notificación de inicio por parte de la empresa a la autoridad laboral.

La autoridad laboral procederá a dictar resolución en el plazo de siete días naturales a partir de la comunicación de la conclusión del periodo de consultas. Si transcurrido este plazo no hubiera recaído pronunciamiento expreso, se entenderá autorizada la medida (silencio positivo), siempre dentro los límites legal y reglamentariamente establecidos.

Cuando el periodo de consultas concluya con acuerdo, la autoridad laboral autorizará la aplicación del mecanismo, pudiendo la empresa proceder a las reducciones de jornada o suspensiones de contrato en las condiciones acordadas. Se establece aquí una suerte de presunción de concurrencia de los requisitos en caso de acuerdo.

Cuando el periodo de consultas concluya sin acuerdo, la autoridad laboral dictará resolución estimando o desestimando la solicitud empresarial. La autoridad laboral estimará la solicitud en caso de entender que de la documentación aportada se deduce que la situación cíclica o sectorial temporal concurre en la empresa en los términos previstos en el artículo 47 bis ET.

La resolución de la autoridad laboral será recurrible en vía administrativa y, agotada esta, ante la jurisdicción social.

En tanto se produce el desarrollo reglamentario del artículo 47 bis ET, en la Disposición transitoria segunda del RDL 4/2022, de 15 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes de apoyo al sector agrario por causa de la sequía, se ha diseñado el procedimiento aplicable a los ERTEs con causa en el Mecanismo RED, con degradación de rango para que el Gobierno pueda modificarlo cuando lleve a cabo el desarrollo reglamentario del artículo 47 bis ET.

En virtud de esta DT 2.^a, se establece la remisión a lo previsto en los Capítulos II y III del RD 1483/2012, con ciertas especialidades y siempre que no sean

incompatibles con lo previsto en el artículo 47.bis ET. De forma explícita, se declara la no aplicación de los arts. 17 (Iniciación), 18 (Documentación), 19 (Comunicación del inicio del procedimiento a la autoridad laboral) y 22 (Informe de la ITSS), ni los porcentajes de reducción de jornada previstos en el artículo 16.2 del citado RD 1483/2012. Como medida destacable, en esta regulación interina se establece que durante la aplicación del Mecanismo RED cada persona trabajadora solo podrá verse afectada en exclusiva por una reducción de su jornada o por una suspensión de su contrato, sin que quepa una combinación de ambas, y sin perjuicio de la afectación o desafectación o de la variación en el porcentaje de reducción de jornada, que se produzcan ante la alteración de las circunstancias alegadas como causa justificativa de las medidas.

Próxima a expirar la vigencia de los ERTes COVID –extendida hasta el 31 de marzo por el RDL 2/2022, de 22 de febrero–, y conforme a lo anunciado a finales de febrero, el Consejo de Ministros celebrado el día 29 de marzo de 2022 aprobó la activación del Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo previsto en el art. 47 bis del ET para el sector de las agencias viajes, que presentaba una situación especialmente compleja, con el 30% de las personas trabajadoras en ERTE, dato que no podía imputarse exclusivamente a restricciones dimanantes de la pandemia sino a cambios estructurales que se están produciendo en el sector turístico, y que posiblemente empezaran con anterioridad al estallido de la COVID-19.

Los términos del Acuerdo de activación se recogen en la Orden PCM/250/2022, de 31 de marzo. Las empresas cuya actividad se clasifique en los códigos de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas –CNAE-2009– 7911, 7912 y 7990 a fecha 31 de marzo de 2022, podrán solicitar la aplicación de las medidas de reducción temporal de jornada y suspensión de contratos de trabajo propias del Mecanismo RED sectorial, entre el 1 de abril y el 31 de diciembre de 2022. El mecanismo permanecerá activado por el mismo periodo, perdiendo su vigencia y efectos el 31 de diciembre de 2022, con independencia de la fecha de la solicitud de la empresa. Las empresas que se adhieran tendrán que presentar un plan de recualificación con acciones de formación para posibilitar la recolocación de las personas trabajadoras en otro puesto dentro de la misma empresa, o bien en otras empresas, contribuyendo a la recuperación del sector, y se podrán aplicar una exoneración del 40% de las cotizaciones a la Seguridad Social. El procedimiento se sustanciará con arreglo a lo establecido en el art. 47 bis ET y en la DT 2ª del RDL 2/2022. Por su parte, las personas trabajadoras a las que se aplique el Mecanismo devengarán la prestación específica regulada en la DA 41ª LGSS.

C) Normas comunes a las dos modalidades del Mecanismo RED

En el apartado 5 del artículo 47 bis ET se establecen una serie de normas comunes aplicables a las dos modalidades del Mecanismo RED. Son las siguientes:

– Resultarán de aplicación las previsiones recogidas en el artículo 47.4 y 7 ET (*Vid. supra*).

– Las personas trabajadoras cubiertas por un Mecanismo RED se beneficiarán de las medidas de protección social previstas en la disposición adicional 41.ª de la LGSS (no se encuentran en situación legal de desempleo ex. artículo 267 LGSS), y tendrán la consideración de colectivo prioritario para el acceso a las iniciativas de formación del sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral.

– La ITSS y el SEPE colaborarán para el desarrollo de actuaciones efectivas de control de la aplicación del Mecanismo, mediante la programación de actuaciones periódicas y de ejecución continuada.

Asimismo, la ITSS tendrá acceso a los datos incorporados mediante procedimientos automatizados y aplicaciones que le permitan conocer los extremos relativos a la aplicación de los Mecanismos, las condiciones especiales en materia de cotización a la Seguridad Social para las empresas y prestaciones correspondientes, con el objetivo de desarrollar las debidas actuaciones de control.

Por último, la disposición final tercera del RDL 32/2021 establece una regla sobre «*Adaptación de referencias normativas*», conforme a la cual las referencias normativas al artículo 47 ET, contenidas en dicho texto legal, deberán extenderse, a los mismos efectos, al artículo 47 bis de la referida disposición.

D) Financiación

Uno de los elementos más novedosos de este singular sistema RED de regulación temporal de empleo es que su financiación se producirá con cargo a un fondo especial, cuya creación prevé el artículo 47 bis.6 ET.

Dicho fondo, denominado «Fondo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo», carece de personalidad jurídica y estará adscrito al Ministerio de Trabajo y Economía Social, teniendo como finalidad atender a las necesidades futuras de financiación derivadas de la modalidad cíclica y sectorial del Mecanismo RED en materia de prestaciones y exenciones a las empresas del pago de las cotizaciones a la Seguridad Social, así como los costes asociados a la formación, en la forma y condiciones previstas en su normativa de desarrollo.

Los recursos de este Fondo se nutrirán con los excedentes de ingresos que financian las prestaciones por desempleo en su nivel contributivo y asistencial (se está pensando en tiempos de bonanza económica), las aportaciones que se consignen en los Presupuestos Generales del Estado, las aportaciones procedentes de los instrumentos de financiación de la Unión Europea orientados al cumplimiento del objeto y fines del Fondo, así como los rendimientos de cualquier naturaleza que genere el Fondo (rentas, intereses...).

Además de la procedimentalización interina ya comentada del Mecanismo RED, el citado RDL 4/2022 ha acordado la constitución formal del Fondo RED en su disposición adicional quinta, y mientras no esté dotado en cuantía suficiente, ha establecido –en su disposición transitoria cuarta– que las necesidades de financiación del Mecanismo RED se atenderán con cargo a los presupuestos de la Seguridad Social, de las mutuas colaboradoras, del SPEE y del FOGASA.

E) La nueva prestación por sostenibilidad del empleo vinculada al Mecanismo RED

A diferencia de las personas trabajadoras incursoas en un ERTE del artículo 47 ET, cuya cobertura social durante los períodos de inactividad laboral por suspensión contractual o reducción temporal de jornada se vehicula a través de la prestación contributiva por desempleo, la reforma laboral de 2021 ha diseñado, para las personas trabajadoras afectadas la aplicación del Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización en el empleo, una prestación social específica, diferenciada de la prestación por desempleo, cuyo régimen jurídico se aloja en la flamante Disposición Adicional 41.^a LGSS²⁵. Con todo, se trata de una prestación diseñada en muchos aspectos a imagen y semejanza de la prestación por desempleo prevista en la legislación de emergencia pandémica para dar cobertura económica a las personas trabajadoras afectadas por un ERTE-COVID durante los períodos de privación temporal de ocupación retribuida, cuya gestión se encomienda al SEPE.

Esta DA 41.^a LGSS –que entró en vigor a los tres meses de la publicación en el BOE del RDL 32/2021 [ap. 2.d) de la DF 8.^a RDL 32/2021]– prevé que, en el marco del Mecanismo RED, en cualquiera de sus dos modalidades (cícli-

²⁵ Añadida al TR de la LGSS por el apartado Cinco del artículo tercero del RDL 32/2021.

ca y sectorial), las personas trabajadoras²⁶ podrán acceder a una prestación económica –por cierto, no recogida en el artículo 42 LGSS donde se delimita la acción protectora de la Seguridad Social, cuya redacción el RDL 32/2021 no ha actualizado, pese a su indudable carácter de prestación de Seguridad Social–, cuando se suspenda temporalmente el contrato de trabajo o se reduzca temporalmente la jornada ordinaria de trabajo²⁷, siempre que su salario sea objeto de análoga reducción, sin que sea necesario acreditar un período mínimo de cotización previo a la Seguridad Social.

Aunque no se la califique expresamente como tal, por el régimen jurídico al que se somete en cuanto a requisitos, cálculo de la base reguladora y de la cuantía, así como de su tramitación y gestión, puede considerarse sin lugar a duda dentro de las categorías de prestaciones contributivas del sistema público de la Seguridad Social²⁸.

Los caracteres y requisitos de esta nueva prestación son los siguientes:

Solicitud. No corresponde presentar la misma a la persona trabajadora, sino que se instaura un modelo de gestión colectiva con el que se persigue agilizar su tramitación y concesión, desplazando la carga burocrática hacia la empresa. De ahí que sea esta la que debe formular la solicitud, en representación de la persona trabajadora, en el modelo establecido al efecto en la página web o sede electrónica del SEPE, haciendo constar, entre otros datos, la naturaleza de la medida aprobada por la autoridad laboral y, en caso de reducción de jornada, el porcentaje máximo de reducción autorizado.

Plazo. El plazo para la presentación de la solicitud es de un mes, a computar desde la fecha de la notificación de la resolución de la autoridad laboral en la que se autorice la aplicación del Mecanismo RED o desde la del certificado del silencio administrativo. En caso de presentación fuera de plazo, el

²⁶ La prestación se aplica también a las personas que tengan la condición de socias trabajadoras de cooperativas de trabajo asociado y de sociedades laborales incluidas en el Régimen General de la Seguridad Social o en los regímenes especiales que den cobertura a contingencias de desempleo, afectadas por la aplicación del Mecanismo RED.

²⁷ La reducción temporal de la jornada de trabajo en el marco del Mecanismo RED podrá ser entre un diez y un setenta por ciento y computarse sobre la base de la jornada diaria, semanal, mensual o anual. Así se desprende de la remisión que hace el artículo 47 bis ET, en su apartado 5.a), a las normas comunes aplicables a los ERTes por causas ETOP y FMT contenidas en el artículo 47.7 ET. Sin embargo, el RDL 4/2022, al regular (DT 2.ª) el procedimiento transitorio aplicable al Mecanismo RED, hasta tanto no se produce el desarrollo reglamentario del artículo 47 bis ET, ha declarado inaplicables los porcentajes de reducción de jornada previstos en el artículo 16.2 del RD 1483/2012, esto es, la horquilla entre el 10 y el 70 por 100, que coincide en todo con la establecida en el artículo 47.7.a) ET, si bien ha de interpretarse que esta exclusión, válida por rango y fecha de la norma estableciente, solo operaría en ERTes RED sustanciados con arreglo a ese marco jurídico transitorio.

²⁸ CRUZ VILLALÓN, J.: «El sistema RED de regulación temporal de empleo», *cit.*, p. 5.

derecho nacerá el día de la solicitud. En este supuesto, la empresa deberá abonar a la persona trabajadora el importe que hubiese percibido en concepto de prestación de mecanismo RED desde el primer día en que se hubiese aplicado la medida de reducción de jornada o suspensión del contrato.

Requisitos.- Como se ha indicado, no es preciso acreditar un período mínimo de cotización, pero el acceso a la prestación requerirá la inscripción de la persona trabajadora ante el servicio público de empleo competente. Además, será preciso que el inicio de la relación laboral o societaria en la empresa que aplica el Mecanismo RED sea anterior a la fecha del Acuerdo del Consejo de Ministros que declare la activación del mismo.

Cuantía. A efectos de la determinación del importe de la prestación, la base reguladora será el promedio de las bases de cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en la empresa en la que se aplique el mecanismo, excluidas las retribuciones por horas extraordinarias, correspondientes a los 180 días inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de aplicación de la medida a la persona trabajadora. En caso de no acreditar 180 días de ocupación cotizada en dicha empresa, la base reguladora se calculará en función de las bases correspondientes al período inferior acreditado en la misma²⁹. La cuantía de la prestación se determina aplicando a la base reguladora el porcentaje del 70 por ciento durante toda la vigencia de la medida³⁰. En todo caso, la cuantía máxima mensual a percibir es equivalente al 225% del IPREM vigente en el momento del nacimiento del derecho, incrementado en una sexta parte³¹.

Cotización. Durante la aplicación de las medidas de suspensión o reducción de jornada, la empresa ingresará la aportación de la cotización que le corresponda (después de aplicadas, en su caso, las correspondientes exenciones), correspondiendo a la entidad gestora únicamente ingresar la aportación de la persona trabajadora, previo descuento de su importe de la cuantía de la prestación.

Duración. La duración de la prestación no tiene un límite específico, extendiéndose hasta, como máximo, la finalización del período de aplicación del Mecanismo RED en la empresa.

²⁹ De este modo, se vincula la prestación a la cotización por contingencias profesionales realizada exclusivamente en la misma empresa en la que se aplica el Mecanismo, sin considerar los períodos cotizados en empresas anteriores, tampoco en caso de subrogación.

³⁰ En la prestación por desempleo general, el porcentaje aplicable a la base reguladora es el 70% durante los primeros 180 días, y el 50% a partir del día 181. En cambio, tratándose de personas trabajadoras incluidas en un ERTE-COVID, el porcentaje será el 70% durante toda la aplicación de la prestación. Así se viene aplicando desde el RDL 8/2020.

³¹ En caso de que relación laboral sea a tiempo parcial, la cuantía máxima se determina teniendo en cuenta el IPREM calculado en función del promedio de las horas trabajadas.

Dinámica. La prestación se suspende cuando la relación laboral se interrumpa por una causa distinta de la aplicación del Mecanismo, y procede su extinción si la persona que la viniese percibiendo causa baja en la empresa por cualquier motivo, así como a causa de sanción, en los términos establecidos en el texto refundido de la LISOS.

Efectos. El acceso a esta prestación no implicará el consumo de las cotizaciones previamente efectuadas a ningún efecto. Además, el tiempo de percepción de la prestación no se considerará como consumido a efectos de la posible percepción de la prestación ordinaria por desempleo (caso de resultar insuficiente el Mecanismo), y, a su vez, no tendrá la consideración de periodo de ocupación cotizado a efectos de lo previsto en el artículo 269.1 LGSS, si bien se aplicará la técnica del paréntesis, de modo que el periodo de seis años, a efectos de determinación del periodo cotizado para acceder a la prestación por desempleo o de su duración, que se establece en dicho precepto, se ha de retrotraer por el tiempo equivalente al que el trabajador hubiera percibido la citada prestación.

Compatibilidad. La prestación será incompatible con la realización de trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena a tiempo completo, pero es compatible con la realización de otro trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial, con la particularidad de que la cuantía de la prestación no se verá reducida en la parte proporcional al tiempo trabajado. Con ello se pretende que el disfrute de la prestación no se convierta en un desincentivo a la búsqueda y aceptación de un nuevo empleo. En el caso de reducción de jornada, se entenderá como tiempo de percepción de prestación el que resulte de convertir en días a jornada completa el número de horas no trabajadas en el periodo temporal de referencia.

La prestación será incompatible con la percepción de prestaciones o subsidios de desempleo, con la prestación de cese de actividad y con la renta activa de inserción, así como con la obtención de otras prestaciones económicas de la Seguridad Social, salvo que estas hubieran sido compatibles con el trabajo en el que se aplica el Mecanismo RED. En todo caso, no se podrá percibir, de forma simultánea, prestaciones derivadas de dos o más Mecanismos RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo.

Gestión. Corresponde al SEPE –al ISM en el caso de trabajadores encuadrados en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar– gestionar las funciones y servicios derivados de la prestación y declarar el reconocimiento, suspensión, extinción y reanudación de estas prestaciones, así como declarar y exigir la devolución de las prestaciones indebidamente percibidas por las personas trabajadoras y el reintegro de las prestaciones de cuyo pago sea directamente responsable el empresario.

A los efectos de la tramitación y del pago de la prestación, y hasta que se proceda al desarrollo reglamentario del procedimiento de comunicación previsto en la disposición adicional 42.^a de la LGSS³², la empresa vendrá obligada a comunicar al SPEE los períodos de inactividad de las personas trabajadoras por la aplicación de las medidas de suspensión o reducción adoptadas al amparo del artículo 47 bis ET. El procedimiento para esta comunicación -sigue diciendo la disposición transitoria octava RDL 32/2021- se regulará por resolución de la persona titular de la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal.

Reintegro. Trascurrido el plazo fijado para el reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas o de responsabilidad empresarial sin haberse efectuado el mismo, corresponderá a la TGSS proceder a su recaudación en vía ejecutiva de conformidad con las normas reguladoras de la gestión recaudatoria de la Seguridad Social, con el correspondiente devengo del recargo e interés de demora en los términos y condiciones establecidos en la LGSS.

No se especifica en la norma el destino de ese reintegro, pero cabe presumir que será el Fondo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo con cargo a cuyos recursos se ha financiado la prestación indebidamente percibida.

Impugnación. Las resoluciones de la entidad gestora relativas a esta prestación pueden impugnarse ante los órganos del orden jurisdicción social, previa interposición de reclamación previa, en el plazo de los treinta días hábiles siguientes a la notificación de la resolución, en los términos previstos en el artículo 71 LRJS.

Reglas transitorias. En tanto tiene lugar el desarrollo reglamentario previsto en el apartado 2 de la DA 41.^a de la LGSS, el RDL 4/2022 ha establecido un régimen transitorio sobre la protección social aplicable a las personas trabajadoras afectadas por el Mecanismo RED, declarando aplicables las previsiones de la citada DA 41.^a con algunas particularidades.

Recientemente, el RDL 13/2022, de 26 de julio, por el que se establece un nuevo sistema de cotización para los trabajadores por cuenta propia o autónomos y se mejora la protección por cese de actividad, ha creado dos nuevas prestaciones para la sostenibilidad de la actividad de las personas trabajadoras autónomas de un sector de actividad afectadas por el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo, tanto en su modalidad cíclica como sectorial, para cuyo reconocimiento se exige, entre otros requisitos, que la

³² «Al objeto de reducir las cargas administrativas de las empresas, reglamentariamente se establecerá por el Servicio Público de Empleo Estatal y la Tesorería General de la Seguridad Social, un procedimiento único a través del cual las empresas puedan comunicar, a ambas entidades, el inicio y finalización de los períodos de suspensión temporal de contratos de trabajo y reducción temporal de jornada de trabajo de los trabajadores afectados por un expediente de regulación temporal de empleo.

A través de dicho procedimiento las empresas deberán poder comunicar esta información de tal forma que la misma surta efecto para el desarrollo de la totalidad de las competencias de ambas entidades».

adopción de las medidas del mecanismo RED afecte al 75% de la plantilla de la empresa y que se produzca una caída de ingresos durante dos trimestres consecutivos del 75% de la actividad de la empresa con relación al mismo periodo del año anterior. El régimen jurídico de estas prestaciones se contiene en las nuevas disposiciones adicionales cuadragésima octava y cuadragésima novena del texto refundido de la LGSS

6. ESPECIALIDADES EN MATERIA DE COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL APLICABLES A LOS ERTEs Y AL MECANISMO RED

En los supuestos de reducción de jornada o suspensión de contrato, ya sea por decisión del empresario al amparo de lo establecido en los artículos 47 y 47 bis ET, o en virtud de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal, el nuevo artículo 153 bis LGSS³³ dispone que la empresa seguirá obligada al ingreso de las cuotas correspondientes a la aportación empresarial, correspondiendo a la entidad gestora, en caso de causarse derecho a la prestación por desempleo o a la regulada en la DA 41.^a LGSS, el ingreso de la aportación del trabajador, previo descuento de la misma en la cuantía de la prestación.

Para el cálculo de la aportación empresarial por contingencias comunes y por contingencias profesionales en estos supuestos, las bases de cotización a la Seguridad Social estarán constituidas por el promedio de las bases de cotización en la empresa afectada correspondientes a dichas contingencias de los seis meses naturales inmediatamente anteriores al inicio de cada situación de reducción de jornada o suspensión del contrato. Precisa la norma que, para el cálculo de dicho promedio, se tendrá en cuenta el número de días en situación de alta, en la empresa de que se trate, durante el periodo de los seis meses indicados; y que, en los supuestos de reducción temporal de jornada, las bases de cotización se reducirán en función de la jornada trabajo no realizada. Por último, durante los períodos de suspensión temporal de contrato de trabajo y de reducción temporal de jornada, no resultarán de aplicación, respecto de la jornada de trabajo no realizada, las normas de cotización correspondientes a las situaciones de incapacidad temporal, descanso por nacimiento y cuidado de menor, y riesgo durante el embarazo y lactancia natural.

No obstante, y confiriendo carácter estructural a una medida adoptada para la coyuntura de ERTEs-covid, se ha previsto que durante la aplicación, ya sea de un ERTE *ex* artículo 47 ET o asociado al Mecanismo RED del ar-

³³ Añadido al texto refundido de la LGSS por el artículo tercero. Dos del RDL 32/2022.

título 47 bis ET, las empresas podrán acogerse, de forma voluntaria, a determinadas exenciones en la cotización a la Seguridad Social sobre la aportación empresarial por contingencias comunes y por conceptos de recaudación conjunta (FOGASA, Desempleo, Formación Profesional), siempre y cuando concurren las condiciones y requisitos incluidos en la disposición adicional 44.ª de la LGSS³⁴. Con esta reducción de costes se pretende que para las empresas resulte más atractivo acudir a un ERTE que destruir empleo, al tiempo que se las compensa económicamente en períodos de baja o nula productividad. Conviene señalar que la aportación empresarial por contingencias profesionales no está bonificada, como tampoco la aportación correspondiente a las personas trabajadoras afectadas por el ERTE o el Mecanismo RED.

La cuantía y el régimen jurídico de dichas exenciones son los siguientes:

a) Las empresas tendrán derecho a una exoneración del 20 por ciento cuando acudan a ERTEs por causas ETOP, bajo condición de que desarrollen las acciones formativas a las que se refiere la disposición adicional vigésimo quinta del ET³⁵. La norma no establece, a diferencia de lo previsto para los ERTEs-Covid en el artículo 3 RDL 18/2021, un número mínimo de horas de formación que deba realizar cada persona trabajadora para que la empresa pueda aplicarse las exoneraciones.

La exoneración será notablemente mayor, el 90%, en los ERTEs por fuerza mayor temporal a que se refiere el artículo 47.5 ET y en los ERTEs por fuerza mayor temporal determinada por impedimentos o limitaciones en la actividad normalizada en la empresa a los que se refiere el artículo 47.6 del mismo texto legal.

La exoneración es decreciente a medida que transcurre el tiempo en los ERTEs a los que se resulte de aplicación el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo, en su modalidad cíclica, siendo del 60 ciento en los cuatro primeros meses contados desde la activación por el Consejo de Ministros, el 30 por ciento durante el segundo cuatrimestre y el 20 por ciento durante el tercer y último cuatrimestre.

Obsérvese que una misma situación de dificultad económica empresarial puede dar derecho a diferentes exenciones si la empresa sustancia un ERTE del artículo 47 ET o si, en un contexto de crisis económica generalizada, deci-

³⁴ Añadida al Texto Refundido de la LGSS por el artículo tercero. Ocho del RDL 32/2021, según la corrección de errores publicada en el BOE de 19 de enero de 2022.

³⁵ La DA 25.ª ET, introducida por el artículo primero. Trece del RDL 32/2021, regula las acciones formativas que las empresas pueden desarrollar en los ERTEs regulados en los arts. 47 y 47 bis ET, para cada una de las personas trabajadoras afectadas, las cuales tendrán como objetivo la mejora de las competencias profesionales y la empleabilidad de las personas trabajadoras.

de acogerse al Mecanismo RED en su modalidad cíclica, previa activación del mismo por el Gobierno.

En el Mecanismo RED de carácter sectorial, por el contrario, la exoneración es fija y del 40 por ciento durante todo el período de aplicación del mismo. Al igual que ocurre con los ERTes por causas ETOP, en esta modalidad de Mecanismo RED el acceso a la exención está supeditado a que las empresas desarrollen acciones formativas en favor de las personas trabajadoras afectadas.

Atendiendo a las circunstancias que concurren en la coyuntura macroeconómica general o en la situación en la que se encuentre determinado sector o sectores de la actividad, el Consejo de Ministros podrá impulsar las modificaciones legislativas necesarias para actualizar dichos porcentajes, así como establecer la aplicación de exenciones a la cotización debida por los trabajadores reactivados, tras los periodos de suspensión del contrato o de reducción de la jornada, en el caso de los ERTes vinculados a la modalidad cíclica del Mecanismo RED.

b) Las exenciones se aplicarán respecto de las personas trabajadoras afectadas por las suspensiones de contratos o reducciones de jornadas, en alta en los códigos de cuenta de cotización de los centros de trabajo afectados.

c) Las exenciones en la cotización no tendrán efectos para las personas trabajadoras, manteniéndose la consideración del período en que se apliquen como efectivamente cotizado a todos los efectos.

d) Para la aplicación de las exenciones, no será preciso que la empresa esté al corriente de pago de las cuotas en la fecha de concesión; ni la falta de ingreso en el plazo reglamentario de las cuotas de la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta, devengadas con posterioridad a la obtención de los beneficios en la cotización, dará lugar a su pérdida automática respecto a las cuotas correspondientes a períodos no ingresados en dicho plazo³⁶.

e) La financiación de las exenciones se hará con aportaciones del Estado, estando a cargo de los presupuestos de la Seguridad Social, de las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, del Servicio Público de Empleo Estatal y del Fondo de Garantía Salarial, respecto a las exenciones que correspondan a cada uno de ellos.

f) En la aplicación de las exenciones no rige el principio de oficialidad, sino que, debido a los compromisos que la empresa adquiere a cambio de los beneficios en la cotización (formación, mantenimiento de empleo), las mismas se aplicarán por la TGSS a instancia de la empresa, previa comunicación de la

³⁶ La DA 44.ª LGSS, en su apartado 3, declara inaplicables, para la aplicación de las exenciones previstas en dicha disposición, lo establecido en los apartados 1 y 3 del artículo 20 LGSS.

identificación de las personas trabajadoras y periodo de suspensión o reducción de jornada, y previa presentación de declaración responsable, respecto de cada código de cuenta de cotización, en el que figuren de alta las personas trabajadoras adscritas a los centros de trabajo afectados, y mes de devengo³⁷. En el caso de ERTes por causas ETOP y los vinculados a la modalidad sectorial del Mecanismo RED, se acompañará además una declaración responsable sobre el compromiso formativo que adquiere la empresa. Para que la exención resulte de aplicación, estas declaraciones responsables se deberán presentar antes de solicitarse el cálculo de la liquidación de cuotas correspondiente al periodo de devengo de cuotas sobre el que tengan efectos dichas declaraciones; de efectuarse en un momento posterior, las exenciones únicamente se aplicarán a las liquidaciones que se presenten con posterioridad, pero no a los períodos ya liquidados.

g) Las comunicaciones y declaraciones responsables se deben realizar mediante la transmisión de los datos que establezca la TGSS, a través del Sistema de remisión electrónica de datos en el ámbito de la Seguridad Social (Sistema RED), regulado en la Orden ESS/484/2013, de 26 de marzo.

h) A efectos de verificar que la empresa que se ha aplicado exoneraciones de cuotas en los ERTes por causas ETOP y en aquellos en los que es de aplicación el Mecanismo RED, modalidad sectorial, ha cumplido con el deber formativo que actúa como condición impuesta legalmente para el disfrute de dichas exenciones, la TGSS comunicará al SPEE la relación de personas trabajadoras por las que las empresas se han aplicado las exenciones. El SPEE verificará la realización de las acciones formativas, en los términos y con los requisitos a los que se refiere la disposición adicional vigésima quinta del ET. Caso de no haberse realizado dichas acciones formativas, la TGSS informará de tal circunstancia a la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, para que esta inicie los expedientes sancionadores y liquidatorios de cuotas que correspondan, respecto de cada una de las personas trabajadoras por las que no se hayan realizado dichas acciones³⁸. La empresa no vendrá obligada al rein-

³⁷ La declaración responsable hará referencia tanto a la existencia como al mantenimiento de las vigencias de los ERTes y al cumplimiento de los requisitos establecidos para la aplicación de las exenciones. La declaración hará referencia a haber obtenido, en su caso, la correspondiente resolución de la autoridad laboral, emitida de forma expresa o por silencio administrativo.

³⁸ Las empresas que se hayan beneficiado de las exenciones conforme a lo establecido en las letras a) y e) del apartado 1 de la DA 44.ª LGSS, que incumplan las obligaciones de formación a las que se refieren estas letras, deberán ingresar el importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas respecto de cada trabajador en el que se haya incumplido este requisito, con el recargo y los intereses de demora correspondientes, según lo establecido en las normas recaudatorias de la Seguridad Social, previa determinación por la ITSS del incumplimiento de estas obligaciones y de los importes a reintegrar.

tegro de las exoneraciones que se hubiera aplicado cuando acredite haber puesto a disposición de las personas trabajadoras las acciones formativas y, pese a ello, la persona trabajadora no las hubiera realizado.

i) Otro rasgo heredado de la regulación de los ERTEs por Covid es el establecimiento de un compromiso de conservación del empleo para las empresas que se apliquen exoneraciones en las cotizaciones durante la vigencia de las medidas de suspensión de contrato o reducción temporal de jornada, en aplicación de los arts. 47 y 47 bis ET. Estas empresas -no así las que hubieran renunciado a aplicarse beneficios en la cotización- vienen obligadas a mantener en el empleo a las personas trabajadoras afectadas «durante los seis meses siguientes a la finalización del periodo de vigencia del expediente de regulación temporal de empleo».

Importa señalar que el compromiso de mantenimiento del empleo durante seis meses (consecutivos) se activa, para todas las personas trabajadoras afectadas, el día siguiente a aquel en hubiera finalizado íntegramente la vigencia del ERTE (incluidas las posibles prórrogas), no con la reincorporación al trabajo de las concretas personas afectadas por el expediente.

Por otro lado, el RDL 32/2021 ha venido a determinar las consecuencias del incumplimiento de esta cláusula de salvaguarda del empleo, en términos que difieren sustancialmente de lo establecido en la legislación social anti-pandemia³⁹. Desmarcándose de lo previsto en la disposición adicional sexta del RDL 8/2020 –mantenida en los decretos leyes posteriores que han establecido exoneraciones de cuotas para los ERTEs por covid–, donde se dispone que las empresas que incumplan el compromiso «deberán reintegrar la totalidad del importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas, con el recargo y los intereses de demora correspondientes», la disposición adicional 44.^a de la LGSS establece ahora que las empresas que incumplan el compromiso deberán reintegrar el importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas, pero solo «en relación a la persona trabajadora respecto de la cual se haya incumplido este requisito, con el recargo y los intereses de demora correspondientes, previa comprobación del incumplimiento de este compromiso y la determinación de los importes a reintegrar por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social».

³⁹ Sobre el alcance y efectos del compromiso de mantenimiento de empleo previsto en la legislación social extraordinaria aprobada durante la pandemia, cfr. CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Las limitaciones a la extinción de contratos de trabajo y la cláusula de salvaguarda de empleo en la legislación social anti-covid», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 240, marzo 2021, pp. 29-65. Asimismo, CABEZA PE-REIRO, J.: «ERTE y garantía de ocupación: incertidumbres y certezas», *Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 456, 2021, pp. 11-34.

Al limitarse expresamente en la DA 44.^a LGSS la responsabilidad empresarial a la obligación de regularizar las cotizaciones de la concreta persona trabajadora cesada, el efecto disuasorio de una interpretación /aplicación expansiva como la que sugieren los decretos leyes de la emergencia sanitaria se reduce significativamente.

No se considerará incumplido el compromiso cuando el contrato de trabajo se extinga por despido disciplinario declarado procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de la persona trabajadora. Tampoco se considera incumplido el compromiso por falta de llamamiento de las personas con contrato fijo-discontinuo, cuando este no suponga un despido sino la interrupción del mismo. En particular, en el caso de contratos temporales, no se entenderá incumplido este requisito cuando el contrato se haya formalizado de acuerdo con lo previsto en el artículo 15 ET y se extinga por finalización de la causa, o cuando no pueda realizarse de forma inmediata la actividad objeto de contratación.

Aplicando el aforismo «*inclusio unius, exclusio alterius*», la relación específica de supuestos no determinantes de infracción de la cláusula de salvaguarda del empleo se presenta como una lista cerrada o *numerus clausus*, de modo que se entenderá incumplido el compromiso cuando el contrato de las personas trabajadoras afectadas por el ERTE se extinga por motivos diferentes, previstos en el artículo 49 y preceptos concordantes del ET: mutuo acuerdo; cumplimiento de la causa pactada en el contrato de trabajo (condición resolutoria); jubilación, muerte o incapacidad del empresario o disolución de la persona jurídica, sin mediar subrogación; extinciones por causas objetivas –de todo tipo– y despidos colectivos; rescisión del contrato por voluntad de la trabajadora víctima de violencia de género; rescisión del contrato de trabajo por voluntad de la persona trabajadora en los supuestos de los arts. 40, 41 y 50 ET; desistimiento empresarial (en período de prueba, de alto cargo); despido (disciplinario) declarado o reconocido como improcedente.

En relación con estas causas de extinción del contrato, conviene emitir las siguientes precisiones:

– Al no incluirse ninguna especificación, es irrelevante a efectos de determinar el incumplimiento del compromiso de mantenimiento de empleo la calificación de los despidos objetivos y colectivos como ajustados o no a derecho, si bien en los supuestos de improcedencia o nulidad, la obligación de mantener el empleo no padece si la empresa opta por la reconstitución del vínculo laboral, con pago de salarios de trámite y cotizaciones a la Seguridad Social.

– Pese a no figurar expresamente en la lista de exclusiones, parece razonable concluir que la empresa no tendrá que afrontar las consecuencias del incumplimiento cuando los contratos se extingan por fuerza mayor. Esta interpretación contaría con el aval del artículo 1105 CC, donde se establece que «Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables».

– Además de la fuerza mayor, otras causas de extinción no incluidas en la lista de excepciones tampoco dependen de la decisión de la empresa, individual o compartida con la persona trabajadora, directa o refleja, por lo que se antoja poco razonable que su activación determine incumplimiento (que se presume ha de ser voluntario) del compromiso de mantenimiento de empleo (caso, p. ej., de la extinción instada por trabajadora víctima de violencia de género).

– En caso de subrogación empresarial, el nuevo titular que ocupe la posición de empresario asumirá las obligaciones inherentes al compromiso de mantenimiento del empleo, por el tiempo que reste del mismo, como efecto derivado del artículo 44 del ET, con independencia de que la empresa subrogante se hubiera beneficiado o no de las exoneraciones de cuotas. En todo caso, el potencial incumplimiento del señalado compromiso de empleo habrá de conjugarse con las reglas generales previstas en el artículo 44 ET, en relación con la transmisión de responsabilidades entre empresa cedente y cesionaria.

En consideración al importante sacrificio financiero que representa para el erario público la puesta en práctica de este sistema de incentivos, la implicación de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social en la tarea de comprobación y supervisión de su correcta aplicación resulta fundamental para la detección de comportamientos fraudulentos. De ahí que se hayan reforzado sus funciones y competencias en una nueva disposición de la LGSS, la cuadragésima quinta⁴⁰, donde se atribuye a este órgano, en el ejercicio de sus competencias, la vigilancia del cumplimiento de los requisitos y de las obligaciones establecidas en relación a las exenciones en el pago de las cuotas de la Seguridad Social, pudiendo iniciarse en caso de incumplimiento de la normativa los correspondientes expedientes sancionadores y liquidatorios de cuo-

⁴⁰ Añadida al TR de la LGSS por el artículo tercero. Nueve del RDL 32/2021, según la corrección de errores publicada en el BOE de 19 de enero de 2022.

tas⁴¹. Una actividad inspectora, a la postre, tendente a evitar y combatir el fraude empresarial en estas materias⁴².

7. POTENCIACIÓN DE LA DIMENSIÓN FORMATIVA EN LOS ERTEs

Una de las claves de bóveda en la nueva ordenación de los ERTEs y del Mecanismo RED es la importancia que la norma dedica a la formación continua de las personas trabajadoras afectadas, al objeto de que su paso por un ERTE no provoque su descualificación e, incluso, represente una oportunidad de reciclaje profesional que mejore su empleabilidad actual y futura.

A este respecto, el artículo primero. Trece del RDL 32/2021 introduce en el ET una nueva disposición adicional 25.^a, que establece lo siguiente:

– Durante las reducciones de jornada de trabajo o suspensiones de contratos de trabajo a las que se refieren los arts. 47 y 47 bis ET, las empresas podrán desarrollar acciones formativas para cada una de las personas afectadas, que tendrán como objetivo la mejora de las competencias profesionales y la empleabilidad de las personas trabajadoras.

– A través de estas acciones se priorizará el desarrollo de acciones formativas dirigidas a atender las necesidades formativas reales de las empresas y los trabajadores incluyendo las vinculadas a la adquisición de competencias digitales, así como aquellas que permitan recualificar a las personas trabajadoras, aunque no tengan relación directa con la actividad desarrollada en la empresa.

– Las acciones formativas se desarrollarán a través de cualquiera de los tipos de formación previstos en la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional y en la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral, de acuerdo con los requisitos y procedimientos establecidos en dichas normas, o a través de cualquier otro sistema de formación acreditada.

⁴¹ Insiste la disposición en la necesidad de «vigilar la veracidad, inexactitud u omisión de datos o declaraciones responsables proporcionadas por las empresas o por cualquier otra información que haya sido utilizada para el cálculo de las correspondientes liquidaciones de cuotas, y sobre la indebida existencia de actividad laboral durante los periodos comunicados por la empresa de suspensión de la relación laboral o reducción de jornada de trabajo, en los que se hayan aplicado exenciones en la cotización».

⁴² GARCÍA BLASCO, J.: «Reforma laboral, infracciones en el orden social y reforzamiento del papel de la Inspección de Trabajo», *briefs de la aedtss*, publicado el 31 de enero de 2022, p. 4, <https://www.aedtss.com/reforma-laboral-infracciones-en-el-orden-social-y-reforzamiento-del-papel-de-la-inspeccion-de-trabajo/>

– Las acciones formativas deberán desarrollarse durante la aplicación de la reducción de la jornada o suspensión del contrato, en el ámbito de un expediente de regulación temporal de empleo, o en tiempo de trabajo. En cualquier caso, deberán respetarse los descansos legalmente establecidos y el derecho a la conciliación de la vida laboral, personal y familiar.

Además de supeditar la aplicación de las exenciones en la cotización al desarrollo por las empresas de acciones formativas en determinados supuestos (ERTEs-ETOP, modalidad sectorial del Mecanismo RED), la reforma ha previsto estímulos económicos directos para las empresas que formen a personas afectadas por ERTes del artículo 47 ET o por una de las modalidades del Mecanismo RED a las que hace referencia el artículo 47 bis ET.

A tal efecto, el artículo cuarto del RDL 32/2021 ha incorporado un nuevo apartado 7 en el artículo 9 de la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, donde se reconoce a dichas empresas el derecho a un incremento de crédito para la financiación de acciones en el ámbito de la formación programada, con un importe que depende del tamaño laboral de la empresa:

- a) De 1 a 9 personas trabajadoras: 425 euros por persona.
- b) De 10 a 49 personas trabajadoras: 400 euros por persona.
- c) De 50 o más personas trabajadoras: 320 euros por persona.

Este incremento de crédito será financiado a través de una aportación extraordinaria al presupuesto del SEPE.

Las cuantías señaladas anteriormente podrán, en su caso, ser actualizadas reglamentariamente.

Asimismo, para el seguimiento de esta formación, el Servicio Público de Empleo Estatal será reformado en sus unidades provinciales de gestión.

8. RÉGIMEN SANCIONADOR

En el artículo 5 del RDL 32/2021 se introducen modificaciones muy relevantes en el texto refundido de la LISOS, para reforzar la eficacia de las novedades sustantivas operadas en materia de contratación laboral, ETTs, ERTes y nuevo Mecanismo RED.

En relación con los ERTes y el Mecanismo RED, cabe destacar la importancia de la adición de un nuevo apartado 14 al artículo 7, la modificación del artículo 8.3 y la adición de un nuevo apartado 20 al artículo 8.

Con la adición de un nuevo apartado 14 en el artículo 7 LISOS, se viene a tipificar como infracción «grave» la formalización de nuevas contrataciones

laborales incumpliendo la prohibición establecida en el artículo 47.7.d) ET, en la redacción dada al mismo por el RDL 32/2021, considerándose cometida una infracción por cada persona trabajadora contratada.

El nuevo artículo 8.3 LISOS califica como infracción «muy grave» en materia de relaciones laborales «proceder [...] a la aplicación de medidas de suspensión de contratos o reducción de jornada por causas económicas, técnicas organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor o del Mecanismo RED en cualquiera de sus modalidades, sin acudir a los procedimientos establecidos en los artículos [...] 47 y 47 bis del Estatuto de los Trabajadores»; mientras que el nuevo apartado 20 del artículo 8 LISOS considera infracción muy grave «establecer nuevas externalizaciones de actividad» incumpliendo la prohibición establecida en el artículo 47.7.d) ET.

Además, se produce un incremento en la cuantía de las sanciones administrativas correspondientes a las nuevas infracciones graves que introduce el RDL 32/2021, las cuales se sancionarán, en su grado mínimo, de 1.000 a 2.000 euros; en su grado medio, de 2.001 a 5.000 euros, y en su grado máximo, de 5.001 a 10.000 euros⁴³.

9. TRANSICIÓN DE LOS ERTES-COVID A LOS ERTES DE LOS ARTÍCULOS 47 Y 47 BIS ET

La entrada en vigor de la reforma en materia de ERTES tuvo lugar el pasado 31 de diciembre de 2021, solapándose en el tiempo con la vigencia del RDL 18/2021, de 28 de septiembre, de medidas urgentes para la protección del empleo, la recuperación económica y la mejora del mercado de trabajo, que dispuso la prórroga automática de los ERTES relacionados con el COVID hasta el día 28 de febrero de 2022. La duda acerca de si los referidos ERTES debían adaptarse con carácter inmediato a la regulación contenida en los nuevos arts. 47 y 47 bis ET viene resuelta en el propio RDL 32/2021, que en su disposición transitoria 3.^a señala el mantenimiento de la normativa COVID hasta el 28 de febrero de 2022.

Próximo a vencer ese plazo, el RDL 2/2022, de 22 de febrero, acordó prorrogar hasta el 31 de marzo de 2022 la aplicación de los ERTES por causas COVID que estuvieran vigentes a fecha 24 de febrero de 2022. La prórroga era automática, sin previsión en la norma de ningún trámite adicional (nueva solicitud) a los habituales que se deben realizar ante el SEPE y la TGSS. Si la empresa necesitara continuar aplicando medidas de suspensión o reducción de

⁴³ Nuevo artículo 40.1.c.bis de la LISOS, añadido por el RDL 3/2021.

jornada a partir del 1 de abril de 2022, las opciones para tramitar el ERTE eran ya las contempladas en los arts. arts. 47 y 47 bis ET. En definitiva, se habilitó un plazo de un mes para facilitar la transición de los ERTEs-COVID a los ERTE post-pandémicos. Durante el mes de marzo de 2022, los referidos ERTEs-COVID conservaron su régimen jurídico (contenido en el RDL 18/2021), pero con significativas rebajas en los porcentajes de exoneración aplicables a la cotización: 90% de exoneración en los ERTEs por impedimento de actividad, 60% en los casos de empresas acogidas a un ERTE COVID que desarrollaran acciones formativas, y para las demás empresas, el 30% de exoneración si la empresa contaba con menos de 10 personas trabajadoras y el 20% para las empresas con 10 o más personas trabajadoras en plantilla.

10. VALORACIÓN FINAL

En nuestro país, muchas empresas recurren a la temporalidad como mecanismo de ajuste cuando su actividad se resiente, pues resulta menos costoso no renovar un contrato de duración determinada que extinguir un contrato indefinido. En un marco institucional de relaciones laborales como el propiciado por la reforma de 2021, que se ha fijado como principal objetivo estabilizar las plantillas, resulta coherente la adopción de medidas dirigidas a diseñar e intensificar instrumentos que permitan a las empresas adaptar sus recursos humanos a las vicisitudes e incidencias que registre la normalidad del proceso productivo. La estabilidad del empleo no es incompatible con la flexibilidad en la gestión de la mano de obra, tradicionalmente demandada por las empresas, siempre que esa flexibilidad se revista de las necesarias garantías y contrapesos para no perjudicar a las personas trabajadoras afectadas.

Es lo que ha pretendido la reforma laboral de 2021 con el reforzamiento de los ERTEs ordinarios y, sobre todo, con la creación del Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización de Empleo, complementario del ERTE clásico: convertir al ERTE en el instrumento de reestructuración empresarial por autonomía para afrontar los escenarios individualizados o generalizados de crisis empresariales futuras, como alternativa a los despidos objetivos y a los EREs, dotando de la conveniente protección social a las personas trabajadoras afectadas. De este modo, al tiempo que estas conservan el empleo y sus expectativas, las empresas pueden sortear las crisis con auxilios económicos, sin perder a sus trabajadores cualificados, y el Estado reduce el gasto en desempleo estructural y de larga duración. Así se explica que la reforma haya contado con el respaldo de todas las partes intervinientes en la mesa de diálogo social. Y ello

sin desconocer, por un lado, que el despido, fácil y barato tras la reforma de 2012, continuará siendo un atractivo señuelo para las empresas, que la nueva regulación en materia de ERTes aspira a desactivar; y, por otro lado, que en aras del consenso, la reforma no ha entrado a revisar otros mecanismos de flexibilidad interna que salieron muy fortalecidos con la reforma de 2012 y a los que igualmente pueden acogerse las empresas (traslados, distribución irregular de jornada, movilidad funcional, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, descuelgues convencionales)⁴⁴.

Interesa destacar lo que aparenta ser una contradicción en la reforma, pues por un lado el RDL 32/2021 deroga la disposición adicional decimosexta del ET que contenía especificidades sobre la aplicación del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el sector público, medida esta que parece orientada a impedir que las Administraciones y entidades públicas prescindan de trabajadores permanentes acudiendo a EREs y despidos objetivos (aunque en este terreno las interpretaciones no son unívocas); pero, al mismo tiempo, mantiene la vigencia de la disposición adicional 17.^a del ET, que impide a las Administraciones Públicas y a las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de una o varias de ellas y de otros organismos públicos (salvo a aquellas que se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado) acogerse a medidas de suspensión de contratos y reducción de jornadas (y parece lógico que tampoco al Mecanismo RED).

Como rasgos definitorios de los renovados ERTes cabe destacar, entre otros, los siguientes:

(i) Se priorizan las reducciones temporales de jornadas frente a las suspensiones de contratos, siempre que ello sea viable.

(ii) Se otorga carta de naturaleza legal al «*factum principis*» como supuesto de fuerza mayor habilitante de medidas de regulación temporal de empleo, con especial atención a las situaciones de impedimento o limitación de la actividad empresarial por razones de salud pública.

(iii) Se simplifica y agiliza la tramitación de los ERTes ordinarios, al tiempo que el nuevo Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo se «politiza» y es sometido a una estrecha supervisión oficial, aunque sin descartar la participación de los agentes sociales en su fase de activación, y

⁴⁴ ÁLVAREZ CORTÉS, J.C.: «Los expedientes de regulación temporal de empleo tras la reforma del RDL 32/2021 (I): Las modificaciones del artículo 47 ET», 11 enero 2022, <https://grupo.us.es/iwpr/2022/01/11/los-expedientes-de-regulacion-temporal-de-empleo-tras-la-reforma-del-rd-ley-32-2021-i-las-modificaciones-del-art-47-et/>

de la representación legal de las personas trabajadoras en la negociación del ERTE subsiguiente.

(iv) Se presta especial atención al desarrollo de acciones formativas en favor de las personas trabajadoras afectadas, de especial trascendencia cuando se pone en marcha el mecanismo RED por circunstancias específicas en un sector que generen necesidades de recualificación y de transición profesional. De este modo, el ERTE se configura como una oportunidad para mejorar la cualificación profesional de la plantilla, no solo como mecanismo de ajuste temporal del empleo. Y es que la seguridad en el empleo no pasa solo por estar acogido a una modalidad contractual, preferentemente estable, sino también, y cada vez más, por una permanente puesta al día de la capacidad formativa de la persona trabajadora, como mejor garantía de empleabilidad y permanencia en el mercado de trabajo.

(v) Se establece un régimen especialmente incentivador para las empresas en materia de cotizaciones, con reglas comunes tanto para los ERTEs ordinarios como los del Mecanismo RED, que implican importantes exenciones en la cotización a cargo de la empresa, las cuales tienen como contrapartida, en algunos casos (ERTEs-ETOP y Mecanismo RED sectorial), el desarrollo de acciones formativas y, en todos ellos, un deber de mantenimiento del empleo de las personas trabajadoras afectadas por los ERTEs durante un período de seis meses contados desde la finalización del período de vigencia del ERTE.

(vi) La protección social de las personas trabajadoras afectadas por medidas de regulación temporal de empleo se garantiza por mecanismos diversos en función del tipo de ERTE: las afectadas por el ERTE ordinario siguen sometidas al régimen de la prestación contributiva por desempleo (con régimen más favorable en los supuestos de fuerza mayor), mientras que para las acogidas al Mecanismo RED se diseña una prestación específica de Seguridad Social.

(vii) El procedimiento de regulación temporal de empleo no excluye que, incluso tras las posibles prórrogas previstas legalmente, la situación de crisis empresarial se enquistase y no haya más remedio que acudir a medidas extintivas. La transición de un ERTE ordinario, o vinculado al Mecanismo RED, al ERE, conforma un escenario no descartable. A este respecto, conserva plena vigencia la jurisprudencia que considera que es posible acudir a un despido colectivo u objetivo, en base a la concurrencia de una causa distinta y sobrevenida de la invocada para el ERTE, o bien, tratándose de la misma causa, ante un cambio sustancial y relevante con referencia a las circunstancias que motivaron dicho ERTE⁴⁵.

⁴⁵ SSTS/Soc. de 18 marzo 2014, rec. 125/2013; 16 abril 2014, rec. 57/2013; 17 julio 2014, rec. 32/2014; 16 diciembre 2021, rec. 210/2021.

* * *

La reforma laboral de 2021 ha optado por incentivar las reducciones temporales de jornada y las suspensiones de contratos, reforzando los tradicionales ERTes y poniendo al alcance de las empresas nuevas soluciones, menos traumáticas en términos de empleo que los despidos, a las que pueden acogerse para ajustar sus plantillas en situaciones macroeconómicas adversas y de reestructuración sectorial, al tiempo que se asiste a las personas trabajadoras afectadas con prestaciones sociales y se cubren sus necesidades de recualificación y transición profesional en un entorno productivo en permanente cambio.

En definitiva, con la nueva regulación de los ERTes y del Mecanismo RED se persigue:

- Proteger el empleo, evitando los despidos como primera ratio en la toma de decisiones de las empresas en situaciones de crisis económicas, sectoriales y empresariales.

- Ayudar a las empresas, mediante potentes incentivos económicos y ahorro de costes laborales.

- Vincular el nuevo marco jurídico de los ERTes al impulso de la formación y recualificación de quienes trabajan y se ven expuestos a este tipo de situaciones, facilitando, si fuera necesario, su transición profesional hacia otros sectores de actividad.

- Reforzar la protección, vía prestaciones de Seguridad Social, de los trabajadores y trabajadoras afectados por medidas de suspensión de contratos y reducción temporal de jornada.

En todo caso, habrá que prestar atención en los próximos meses al imprescindible desarrollo reglamentario de estas medidas, al grado de implantación de los ERTes (verificando si realmente actúan como sustitutivos o solo como antesala de los EREs y de los despidos objetivos) y a la interpretación judicial dimanante de su puesta en práctica.

En el momento en que se redactan estas líneas, con el conflicto bélico en Ucrania y una inflación desbocada como telón de fondo, ya son numerosas las empresas que han tenido que tramitar un ERTE, al amparo del reformado artículo 47 ET, por causas económicas o productivas, como respuesta al incremento de los costes energéticos y a las dificultades en el suministro de productos, equipamientos y materias primas imprescindibles para el desenvolvimiento de la actividad, configurando un escenario de preocupación e incertidumbre extremas para las empresas, las familias y las personas trabajadoras de este país.

Como respuesta a las gravísimas consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania, el Plan Nacional articulado por el Gobierno mediante el muy extenso (160 páginas de BOE) RDL 6/2022, de 29 de marzo (BOE 30 de marzo de 2022), ha incorporado medidas en el ámbito laboral que, resumidamente, imponen a las empresas la renuncia a la realización de despidos por causas relacionadas con la invasión de Ucrania si quieren acogerse a las ayudas públicas contempladas en el referido RDL.

La justificación de estas medidas extraordinarias se recoge en la Exposición de Motivos del RDL 6/2022. Allí se indica que esta situación extraordinaria y coyuntural «debe ser atendida con los recursos disponibles en el ordenamiento laboral, en particular, los previstos en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores; pero además y como ha puesto de manifiesto la experiencia de los expedientes ligados a la crisis de la COVID-19 también resulta necesario, para proteger el empleo de manera suficiente, establecer una serie de medidas complementarias y extraordinarias que garanticen su efecto útil que no es otro que evitar la destrucción del empleo y del tejido empresarial ante una situación que podría tener efectos económicos y sociales imprevisibles». Sigue diciendo la E. de M. del RDL 6/2022 que, a la posibilidad de acudir a los ERTes previstos en el artículo 47 ET, y a las ventajas asociadas a estas medidas de flexibilidad «en una situación que hace previsible su utilización significativa deben acompañarse medidas complementarias de cautela adicional que se entienden precisas para garantizar la necesaria protección social, evitando despidos y destrucción de puestos de trabajo».

A tal efecto, el artículo 44 del RDL 6/2022 dispone en su primer párrafo que, en las empresas beneficiarias de ayudas directas previstas en el mismo, el aumento de los costes energéticos no podrá constituir causa objetiva de despido hasta el 30 de junio de 2022. El incumplimiento de esta obligación comportará el reintegro de la ayuda percibida, señala el RDL 6/2022. La medida es razonable. Lo que no está claro es si, además, comportará la declaración de improcedencia del despido por falta de justificación causal, al decirse en la norma que el aumento de los costes energéticos «no podrá constituir causa objetiva de despido» (no podrán justificar despidos objetivos por tal causa, indica la Exposición de Motivos del RDL 6/2022).

Asimismo, en el párrafo segundo, ese mismo precepto establece que «las empresas que se acojan a medidas de reducción de jornada o suspensión de contratos reguladas en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores por causas relacionadas con la invasión de Ucrania y que se beneficien de apoyo público no podrán utilizar estas causas para realizar despidos». No menores son los interrogantes que suscita la interpretación de este pasaje, que recuerda a la

medida extraordinaria para la protección del empleo contenida en el artículo 2 del RDL 9/2020 (luego convertido en Ley 3/2021): ¿hasta cuándo se extiende la referida exclusión? ¿También hasta el 30 de junio de 2022? ¿Y cuándo es operativa la prohibición de despedir por tal causa, únicamente durante el período de vigencia del ERTE o también –parece lógico– tras la finalización del mismo? ¿y por cuánto tiempo? ¿qué consecuencias se siguen del incumplimiento de esta medida? ¿procede tan solo la devolución de los auxilios públicos obtenidos o afecta también a la calificación de la decisión extintiva? Y si es lo segundo ¿estaremos ante despidos improcedentes o nulos?

La necesidad de seguir combatiendo las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania ha provocado, además de la adopción de nuevas medidas, la prórroga de las medidas laborales referidas en el párrafo anterior, hasta el 31 de diciembre de 2022. Así lo ha dispuesto el art. 1 del RDL 11/2022, de 25 de junio (publicado en el BOE de 26 de junio y ratificado por el Congreso de los Diputados en sesión de 14 de julio), que confiere nueva redacción al art. 44 del RDL 6/2022..

11. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ÁLVAREZ CORTÉS, J. C.: «Los expedientes de regulación temporal de empleo tras la reforma del RDL 32/2021 (I): Las modificaciones del artículo 47 ET», 11 enero 2022, <https://grupo.us.es/iwpr/2022/01/11/los-expedientes-de-regulacion-temporal-de-empleo-tras-la-reforma-del-rd-ley-32-2021-i-las-modificaciones-del-art-47-et/>
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: «Nueva reforma laboral 2021 (RD Ley 32/2021); valoraciones críticas sobre el nuevo régimen jurídico de los ERTE (art. 47 ET) y ERTE Mecanismo RED (art. 47.bis ET)», 3 enero 2022, <https://ignasibeltran.com/2022/01/03/nueva-reforma-laboral-2021-rdley-32-2021-valoraciones-criticas-sobre-el-nuevo-regimen-juridico-de-los-erte-ex-art-47-et-y-erte-mecanismo-red-art-47-bis-et/>
- CABEZA PEREIRO, J.: «ERTE y garantía de ocupación: incertidumbres y certezas», *Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 456, 2021, pp. 11-34.
- CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Las limitaciones a la extinción de contratos de trabajo y la cláusula de salvaguarda de empleo en la legislación social anti-covid», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 240, marzo 2021, pp. 29-65.
- «El refuerzo de los ERTE como garantía de estabilidad del empleo en la nueva Reforma Laboral de 2021», Grupo NET21, 11 de enero de 2022, <https://www.net21.org/el-refuerzo-de-los-erte-como-garantia-de-estabilidad-del-empleo-en-la-nueva-reforma-laboral-2021/>
- CRUZ VILLALÓN, J.: «El Sistema RED de regulación temporal de empleo», *briefs de la aedtss*, <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/El-sistema-RED-de-regulacion-temporal-de-empleo.pdf>

- DE LA PUEBLA PINILLA, A.: «El nuevo régimen de reducción de jornada y de suspensión de contratos por causas ETOP y por fuerza mayor. Una apuesta por la estabilidad y la formación en el empleo», *Labos*, Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social, Enero 2022, Vol. 3, Número extraordinario, La reforma laboral de 2021, pp. 83-96
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: *La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo*, Ed. Civitas, Madrid, 1993.
- «Capítulo IX. Procedimientos de regulación temporal de empleo (artículo 47 ET)», en VV. AA., *La reforma laboral de 2021: estudio técnico de su régimen jurídico*, MONEREO PÉREZ, J. L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y RODRÍGUEZ INIESTA, G., Laborum, Murcia, 2022, pp. 373-406.
- FERRANDO GARCÍA, F. M.^a: «Los expedientes de suspensión de contratos y reducción de jornada derivados del COVID-19. Estudio de las medidas de ajuste temporal orientadas al objetivo prioritario de mantenimiento del empleo», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, «Estado de alarma, crisis económica y mantenimiento del empleo en la legislación laboral», 149, Núm. Extraordinario, 2021, pp. 71-98.
- GARCÍA BLASCO, J.: «Reforma laboral, infracciones en el orden social y reforzamiento del papel de la Inspección de Trabajo», *briefs de la aedtss*, publicado el 31 de enero de 2022, <https://www.aedtss.com/reforma-laboral-infracciones-en-el-orden-social-y-reforzamiento-del-papel-de-la-inspeccion-de-trabajo/>
- GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P.: «La respuesta anticipada del legislador al riesgo de crisis de empleo: el nuevo mecanismo red de flexibilidad y estabilización del empleo», *Labos*, Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social, Enero 2022, Vol. 3, Número extraordinario, La reforma laboral de 2021, pp. 97-110.
- MARTÍNEZ BARROSO, M.^a R.: «El refuerzo de la flexibilidad interna y la formación a través de los ERTE clásicos u ordinarios», *briefs de la aedtss*, https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/5_EL-REFUERZO-DE-LA-FLEXIBILIDAD-INTERNA-Y-LA-FORMACION-A-TRAVES-DE-LOS-ERTE-CLASICOS.pdf
- RAMOS QUINTANA, M. I.: «La flexibilidad interna en la reforma laboral: medidas temporales y permanentes para apoyar a las empresas y sostener el empleo ¿una opción prioritaria frente al despido?», *Trabajo y Derecho*, 87/2022 (Marzo), pp. 1-7.
- ROJO TORRECILLA, E.: «Estudio de la reforma laboral de 2021 (VI). La apuesta reforzada por la flexibilidad interna y la incorporación de medidas adoptadas durante la pandemia. Expediente de regulación temporal de empleo (ERTE) y nuevo Mecanismo RED», lunes, 10 de enero de 2022, blog del autor *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, www.eduardorojotorrecilla.es/2022/01/estudio-de-la-reforma-laboral-de-2021_10.html
- ROQUETA BUJ, R.: *Los expedientes de regulación temporal de empleo*, 2.^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

CAPÍTULO XIX

SUSPENSIONES DE LA RELACIÓN LABORAL. PARTICULAR ATENCIÓN A LA DURACIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL, DE LA SUSPENSIÓN POR NACIMIENTO Y DE LAS EXCEDENCIAS POR CUIDADO DE HIJOS Y DE FAMILIARES Y FORZOSA

CAROLINA BLASCO JOVER

Profesora Titular Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Alicante

1. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO

Constituye un hecho suficientemente conocido que el contrato de trabajo posee naturaleza sinalagmática, lo que significa que ambas partes de la relación laboral, empresario y trabajador, están obligados a mantener sus obligaciones recíprocas (prestar servicios y abonar el salario) durante su vigencia. Ocurre, sin embargo, que a lo largo del desarrollo de esta relación bilateral pueden surgir hechos que impidan o, de alguna manera, obstaculicen la ejecución de aquellas prestaciones. Cuando ello acontece, una rigurosa aplicación de los cánones propios del Código Civil impondría que la parte que padece el incumplimiento quedase liberada de su correspondiente obligación, pudiendo, incluso, optar por la ruptura del vínculo contractual. Las normas laborales, no obstante, llegan a alterar en cierto sentido esta regla del reparto de riesgos propia del Derecho común.

Igualmente sabido es que esta rama del ordenamiento jurídico se construye sobre la base de la necesaria protección y tutela de la parte más débil de la contratación, la persona trabajadora. Por ello, desde esta perspectiva es desde la que hay que entender que se arbitren determinados mecanismos para que ciertas ausencias de la persona trabajadora que, por descontado, van a implicar la cesación de la prestación de servicios durante un período más o menos dilatado de tiempo, no generen *per se* la extinción del vínculo contractual, sino, más bien, la paralización temporal de sus efectos principales. Es aquí, pues, donde quiebra el principio general de resolución por incumplimiento contractual para dar entrada al principio de la continuidad de la relación laboral, favoreciendo, de esta forma, la estabilidad en el empleo.

Los dispositivos jurídicos que se instrumentan a estos efectos adquieren, como también se conoce, la forma de suspensiones, excedencias e interrupciones, figuras todas ellas que procuran poner a disposición del empleado parte (o la totalidad) de su tiempo de trabajo. A unas y a otras, sin embargo, el legislador ha creído conveniente otorgarles un régimen jurídico distinto. Así, mientras que las dos primeras implican la liberación temporal de las obligaciones de trabajar y de remunerar el trabajo, las terceras, más proteccionistas, impiden que al período de inactividad durante la jornada le siga la pérdida del salario. Es, pues, la institución de la interrupción la que verdaderamente excepciona el juego del principio de sinalagmaticidad o conmutatividad de las obligaciones antes mencionado, pues a la exención del deber de desarrollar una actividad no le sigue la dispensa de la deuda remuneratoria y la derivada –y también importante– de cotizar a la Seguridad Social.

Ello no obstante, las páginas que siguen no van a centrar su atención en el interesante y siempre dinámico –por su aplicabilidad práctica– instituto interruptivo, pues de él se ocuparán otras partes de esta obra, a las que cabe remitirse. De lo que se trata, más bien, es de poner el foco sobre las excedencias y las suspensiones de la relación laboral, pero no para analizar con detalle su régimen jurídico y la compleja y variada gama de cuestiones que plantean (tarea ésta inabarcable para los propósitos que guían este trabajo), sino para incidir en todas las cuestiones controvertidas que derivan de la duración de las mismas. Y es que, en efecto, por repercutir sobre el tiempo de trabajo, la cuestión que aquí se va a tratar se presenta crucial. Ahora bien, debido a las correspondientes razones de espacio que siempre hay que respetar, es obligado hacer una observación a los efectos de delimitar mejor los contornos de este estudio. Se trata de dejar constancia, ya desde este momento, de que el análisis se centrará, por un lado, en las excedencias (en todas ellas, salvo en la voluntaria, que es objeto de atención en otro capítulo de esta obra) y, por otro lado, en la sus-

pensión por causa de incapacidad temporal y de nacimiento de hijo, habida cuenta de la indudable repercusión práctica, tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo, que ambas contingencias provocan en el devenir de una empresa. El resto de suspensiones que contempla el texto del artículo 45.1 ET deben quedar, pues, al margen de las páginas que siguen.

2. LA INCAPACIDAD TEMPORAL

La incapacidad temporal, como su nombre indica, tiene una duración limitada en el tiempo. A ella se refiere el artículo 169 LGSS cuando indica que el período máximo es de 365 días, prorrogables por otros 180 días «cuando se presuma que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación». No obstante, cuando se trata de incapacidad temporal derivada de períodos de observación por enfermedad, la duración de la misma será de «seis meses máximo, prorrogables por otros seis cuando se estime necesario para el estudio y diagnóstico de la enfermedad». En cualquier caso, en una u otra situación, el contrato quedará en suspenso desde el parte de baja y la persona trabajadora podrá acceder a la prestación correspondiente si reúne los requisitos para ello, básicamente el alta en Seguridad Social y, en caso de enfermedad común, 180 días cotizados dentro de los cinco años anteriores al hecho causante.

Señala también la norma, en su segundo apartado, que, a efectos de ese período máximo de 365 días y de su prórroga, «se computarán los períodos de recaída y de observación», entendiéndose que existirá recaída «cuando se produzca una nueva baja médica por la misma o similar patología dentro de los 180 días naturales siguientes a la fecha de efectos del alta médica anterior». ¹ De esta forma, se establece como principio general que, dentro del período máximo de duración de la IT, incluyendo su posible prórroga, cabe la acumulación de sucesivos períodos de incapacidad si éstos derivan de iguales o similares patologías y no median más de 180 días entre ellos. *A sensu contrario*, por lo tanto, no podrá hablarse de recaída cuando, primero, el nuevo proceso de baja médica, cualquiera que sea su relación cronológica con el anterior, responda a enfermedad diferente y autónoma de la aquejada inicialmente, y cuando, segundo, entre ambas bajas, padecidas por igual o similar dolencia, medie un período de más de 180 días naturales. Pues bien, más allá de la problemática acerca de a quién compete emitir el parte de baja a estos efectos, ya

¹ Sobre el concepto de recaída, *in extenso*, BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: «La diversa problemática sobre la incapacidad temporal de larga duración, en *Aranzadi Social*», n.º 9, 2010, pp. 14 a 17.

solucionada, por cierto, en el artículo 170 LGSS², la situación que acontece cuando existe una recaída debe ser objeto de consideración porque reanuda la situación suspensiva en la que se encontraba el contrato justo antes de emitirse el alta del trabajador. Y la reanuda ya sea porque el alta deviene por curación o mejoría antes de que finalice la duración máxima de la IT y la recaída acontece en un momento posterior pero dentro siempre de esos 180 días naturales que marca el artículo 169.2 LGSS o ya sea porque, en vez del alta por curación, se ha emitido el alta con o sin declaración de incapacidad permanente y se ha negado, una vez evaluadas las circunstancias, el correspondiente derecho a la prestación de incapacidad permanente. En cualquiera de estos dos supuestos, resulta evidente, tras la lectura conjunta de los arts. 169.2 y 174.1.3 LGSS, que debe reanudarse el proceso de IT anterior hasta el cumplimiento de la duración máxima prevista legalmente. La cuestión, en estos casos, estriba en discernir el momento en que deban examinarse los requisitos de alta y carencia contemplados en el artículo 172 LGSS para poder tener derecho a la correspondiente prestación. Porque, como es conocido, el momento temporal en el que ha de controlarse el cumplimiento de aquellos condicionantes se identifica con el instante en el que sobrevino la contingencia determinante de la situación protegida³. Pero, ¿qué instante es éste en los supuestos de recaída? ¿El de la baja inicial o el de la segunda o ulterior baja?

A mi modo de ver, la solución la ofrece el artículo 174.1.3 LGSS leído en contraposición con el artículo 174.3.2 del mismo texto legal. Dispone el primer precepto –se recuerda– que cuando se haya iniciado un expediente de incapacidad permanente antes de que hubieran transcurrido los 545 días y se hubiera denegado la prestación, el INSS será el único órgano competente «para emitir, dentro de los 180 días posteriores a la resolución denegatoria, una nueva baja médica por la misma o similar patología, reanudándose en estos casos el proceso de incapacidad temporal hasta el cumplimiento de los 545 días, como máximo». Por su parte, el artículo 174.3.2 LGSS dispone que «extinguido el derecho a la prestación de incapacidad temporal por el transcurso del plazo de 545 días naturales de duración, con o sin declaración de incapacidad permanente, solo podrá generarse derecho a la prestación económica de incapacidad temporal por la misma o similar patología, si media un período superior a 180 días naturales, a contar desde la resolución de la incapacidad permanente. Este nuevo derecho se causará siempre que el trabajador reúna, en la

² Al respecto, puede leerse a LAFUENTE SUAREZ, J. L.: «Las competencias de emisión de bajas y altas en la incapacidad temporal. Su revisión judicial», en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, n.º 21, 2019, pp. 25 a 35.

³ STS 19 diciembre 1996 (rec. 1159/1996), entre otras.

fecha de la nueva baja médica, los requisitos exigidos para ser beneficiario del subsidio de incapacidad temporal derivado de enfermedad común o profesional, o de accidente, sea o no de trabajo. A estos efectos, para acreditar el período de cotización necesario para acceder al subsidio de incapacidad temporal derivada de enfermedad común, se computarán exclusivamente las cotizaciones efectuadas a partir de la resolución de la incapacidad permanente».

Pues bien, siendo ello así, parece que lo que ambas normas pretenden hacer es diferenciar claramente entre dos supuestos, la recaída, es decir, la baja producida por la misma o similar enfermedad, sin agotar la duración máxima de la incapacidad temporal y sin que se haya completado el plazo de los 180 días naturales desde la fecha del alta, y, por otro, las bajas por recidiva, esto es, las nuevas bajas por la misma enfermedad tras agotar el período máximo de la incapacidad. En este último caso, ha de entenderse que resultan exigibles los requisitos de alta y carencia del mencionado artículo 172 LGSS en el momento en que se produzcan esas bajas. Algo que es coherente, por cuanto si al segundo proceso por incapacidad temporal se le considera como nuevo e independiente del anterior a efectos del cómputo de la duración máxima, es lógico suponer que, para acceder nuevamente a la prestación, deban acreditarse los requisitos antes mencionados de alta y carencia. Con todo, se realizan por el artículo 174.3 LGSS dos observaciones al respecto. De un lado, que, para acreditar el período de cotización necesario en caso de enfermedad común, se computarán «exclusivamente las cotizaciones efectuadas a partir de la resolución [denegatoria] de la incapacidad permanente». De otro, que, «aun cuando se trate de la misma o similar patología y no hubiesen transcurrido 180 días naturales desde la denegación de la incapacidad permanente, podrá iniciarse un nuevo proceso de incapacidad temporal, por una sola vez, cuando el Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la situación de incapacidad permanente del trabajador, considere que el trabajador puede recuperar su capacidad laboral». Ciertamente es que, en este excepcional supuesto, el INSS acordará la baja a los exclusivos efectos de la prestación económica por incapacidad temporal, pero no parece existir problema para entender que el contrato quedará afectado de nuevo por la suspensión⁴.

Por su parte, para los supuestos de recaídas, el posicionamiento debe ser distinto, pues si, como señala la norma, debe reanudarse el proceso de IT (y, por lo tanto, la suspensión del contrato) hasta el cumplimiento de los 545 días,

⁴ De la misma opinión, RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: *La incapacidad temporal como causa de extinción del contrato*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 72.

ha de entenderse que los requisitos exigidos y ostentados a la fecha de la baja inicial conservan, cuando se produce la segunda baja médica, toda su virtualidad. En otras palabras, el hecho causante de las bajas por recaída debe retrotraerse a la fecha en que se produce la baja inicial, de tal manera que es a ésta última a la que ha de referirse la concurrencia de los requisitos exigibles de alta en Seguridad Social y de carencia suficiente. Y ello en el bien entendido de que, aunque la norma sólo prevea la reanudación del proceso de IT cuando se haya emitido un alta con o sin declaración de incapacidad permanente, la misma solución cabe aplicar en los supuestos en los que se ha emitido el alta médica por curación o mejoría antes de que transcurran los 545 días y, posteriormente, deviene la recaída. No de otro modo puede entenderse el hecho de que se insista tanto en el artículo 169.2 como en el artículo 174.1.2 LGSS que, «a efectos determinar la duración del subsidio, se computarán los períodos de recaída en un mismo proceso». Incluso, por propia reducción al absurdo. No parece del todo punto lógico que se reanude el mismo proceso en caso de recaída, con todo lo que ello implica en materia de no exigencia de requisitos, cuando se ha emitido un alta con o sin declaración de incapacidad permanente antes de que transcurran los 545 días y no ocurra lo mismo cuando, antes de que se cumpla dicha duración máxima, se ha emitido un alta médica por curación y el trabajador ha recaído en la misma o similar patología dentro de los 180 días naturales siguientes a la fecha de efectos del alta médica anterior.⁵

En otro orden de ideas, dispone el artículo 174.2 LGSS que, cuando el derecho al subsidio se extinga por el transcurso del período de 545 días naturales, «se examinará necesariamente, en el plazo máximo de tres meses, el estado del incapacitado a efectos de su calificación, en el grado de incapacidad permanente que corresponda. No obstante, en aquellos casos en los que, continuando la necesidad de tratamiento médico por la expectativa de recupera-

⁵ Con todo y sin perjuicio de lo antedicho, no cabe interpretar, en sentido contrario, que pueda denegarse el subsidio a quien no reúna los requisitos de alta y carencia en el momento de la baja inicial por enfermedad común, pero sí los reúna en el momento de la recaída. Y ello porque, como aclara la STS 24 noviembre 1998 (rec. 1206/1998), resultaría contrario al artículo 41 CE y a los principios de eficacia y utilidad de las cotizaciones realizadas para el reconocimiento de las prestaciones de la Seguridad Social no reconocerle al beneficiario la posibilidad de corregir deficiencias anteriores. Esto es, prolongar indefinidamente en el tiempo la falta de requisitos sin posibilidad para el sujeto de acceder al reconocimiento de la situación y de la prestación económica en el futuro, «máxime cuando, tratándose de Seguridad Social, los preceptos que puedan restringir derechos individuales deben ser interpretados de forma restrictiva». Hasta esta sentencia y a falta de norma legal a la que acudir, regía una doctrina jurisprudencial proveniente del TCT (22 abril y 19 septiembre 1977, 4 julio 1979 y 25 noviembre 1982, entre otras), según la cual el trabajador no tendría derecho a percibir el subsidio si en la fecha de la baja inicial no reunía los requisitos necesarios de afiliación, alta y cotización. Un análisis de esta situación puede verse en DÍAZ RODRÍGUEZ, J. M.: «Incapacidad temporal y recaída: especial referencia a la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1998», en *Anales de la Facultad de Derecho*, n.º 22, 2005, pp. 94 a 96.

ción o la mejora del estado del trabajador, con vistas a su reincorporación laboral, la situación clínica del interesado hiciera aconsejable demorar la citada calificación, esta podrá retrasarse por el período preciso, sin que en ningún caso se puedan rebasar los 730 días naturales sumados los de incapacidad temporal y los de prolongación de sus efectos. Durante los períodos previstos en este apartado, de tres meses y de demora de la calificación, no subsistirá la obligación de cotizar». Por lo que ahora interesa, esta previsión encierra un alargamiento de la situación suspensiva por la IT en la que se encuentra el contrato ya que, hasta que no se emita una declaración de incapacidad permanente o, en su caso, un alta por mejoría, la persona trabajadora conservará su derecho a la suspensión⁶.

Idéntica situación acontece cuando, habiendo sido declarada la incapacidad permanente en cualquiera de sus tres grados, total, absoluta o gran invalidez, se reconoce por la entidad competente la posibilidad de una mejoría en el estado de salud de la persona trabajadora que le permita su reincorporación al puesto de trabajo (art. 48.2 ET). Y es que, como se conoce, bien es cierto que el artículo 174.4 LGSS dispone que el alta médica con propuesta de incapacidad permanente, producida ésta antes de los 365 días de duración, justo cuando éstos concluyan o en cualquier momento de la prórroga, extinguirá la situación de incapacidad temporal, poniéndose fin, entonces, a la situación suspensiva del contrato y procediéndose a su extinción. Con todo, es en ese momento cuando juega lo dispuesto en el precepto estatutario, que opta por mantener en suspenso el contrato durante dos años más a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la incapacidad permanente y siempre con derecho a la reserva de puesto de trabajo.⁷ Se está, por lo tanto, ante una situación de espera transitoria provocada por la existencia de una autentica probabilidad de que la mejoría se produzca, siendo así que si ésta (o, mejor dicho, la resolución que la constate) no acontece en ese plazo máximo de dos años que

⁶ La jurisprudencia ya se ha pronunciado sobre la demora en la calificación, precisando que «debe mantenerse, en estos supuestos, la prórroga de la incapacidad temporal y el derecho al subsidio hasta que se produzca la calificación, momento en que se extinguirá definitivamente la mencionada incapacidad con reconocimiento de una incapacidad permanente. [...] Y ello por cuanto no es el trabajador el que ha incumplido la norma y no debe, por ello, sufrir las consecuencias de la demora en la calificación». Así, por todas, STS 1 diciembre 2003 (rec. 3569/2002).

⁷ La STS 28 diciembre 2000 (rec. 646/2000) aclara toda duda acerca de la duración de esta situación suspensiva. Será en todo caso de dos años, por lo que resultará indiferente si la mejoría se ha producido antes de esos dos años. La suspensión se mantendrá hasta que llegue ese término. Así, se señala que se «ha introducido un supuesto de suspensión del contrato de trabajo por dos años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la invalidez permanente en aquellos supuestos en que la situación de incapacidad del trabajador vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su incorporación al puesto de trabajo». La sentencia ha sido confirmada, entre otras, por STS 4 febrero 2016 (rec. 2281/2014).

establece el precepto estatutario, quedará abierta para el empresario la posibilidad de extinguir el contrato que hasta el momento se encontraba en suspenso.⁸ A esta situación suspensiva, en fin, se llega tras la extinción de la situación de incapacidad temporal (agotado o no el plazo de duración de la misma)⁹ y la emisión de la correspondiente resolución judicial o administrativa¹⁰ que declare la incapacidad permanente y que, de modo expreso, especifique que la situación del trabajador puede ser objeto de mejoría¹¹ que «permita su reincorporación al puesto de trabajo»¹² por los motivos que fueren¹³.

Finalmente, cabe plantearse si la impugnación del alta médica tiene algún efecto sobre la suspensión del contrato. Como es conocido, el alta médica del trabajador es uno de los supuestos por los que finaliza la situación de incapacidad temporal. Su eficacia es inmediatamente ejecutiva, por lo que la persona trabajadora debe retornar a su puesto de trabajo¹⁴, exponiéndose, si no lo hace,

⁸ Ello en el bien entendido de que, por aplicación analógica de la doctrina contenida en la STS 1 diciembre 2003 (rec. 3569/2002), si la revisión se produce dentro de los dos años indicados, pero, superado éste, aun no se cuenta con la correspondiente resolución que constate la nueva situación, la suspensión del contrato debe prorrogarse hasta que ésta se emita. Con todo, pueden encontrarse sentencias que abogan por una interpretación más restrictiva. Así, la STSJ La Rioja 9 diciembre 2010 (rec. 328/2010) declara la extinción de la situación suspensiva y, por ende, procedente la extinción del contrato en base al hecho de que la resolución se dictó transcurridos apenas unos pocos días después del cumplimiento de los dos años. Por su parte, la STSJ Islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife) 19 noviembre 2010 (rec. 379/2010) alcanza la misma conclusión, aunque esta vez en base a apreciar mala fe en la persona trabajadora, que había instado la solicitud de revisión por mejoría dos días antes del vencimiento del plazo legal máximo de suspensión, impidiendo, con su actuación, que el órgano competente emitiera una resolución en plazo.

⁹ En efecto, muy claramente señala el artículo 48.2 ET que a esta situación se llega por la extinción de la incapacidad temporal y ésta se puede producir por diversos motivos, no únicamente por el transcurso de su duración máxima. De la misma opinión, BELTRÁN DE HEREDIA, I.: «La suspensión de la relación de trabajo por incapacidad permanente con previsible revisión por mejoría», en *Aranzadi Social*, n.º 7, 2009, p. 6 (v. on line).

¹⁰ STS 28 diciembre 2000 (rec. 646/2000) y STSJ Comunidad Valenciana 7 febrero 2003 (rec. 1014/2002), entre otras. En cualquier caso, parece lógico entender que, declarada la incapacidad permanente por resolución administrativa, la impugnación de ésta hará que el cómputo del período suspensivo se inicie a partir de la resolución judicial que la estime. Así, STSJ Madrid 29 marzo 2004 (rec. 191/2004).

¹¹ No quedaría amparado por el artículo 48.2 ET el supuesto en que la resolución que declara la invalidez admitiera la posibilidad de la revisión por agravación. Así, STS 31 enero 2008 (rec. 3812/2006).

¹² Obsérvese que, habida cuenta del tenor literal de la norma, la mejoría a la que se refiere el artículo 48.2 ET requiere la completa curación del trabajador o, al menos, una curación que no le imposibilite volver a su anterior puesto de trabajo.

¹³ STS 31 enero 2008 (rec. 3812/2006).

¹⁴ Por todas, STS 15 abril 1994 (rec. 2883/1993). Dispone esta sentencia que «el efecto suspensivo inmediato en la relación individual de trabajo de las resoluciones administrativas sobre la situación de incapacidad laboral transitoria debe valer igualmente para las que declaran el nacimiento o persistencia de la misma, y para las que declaran su extinción. Ello es así en virtud de la presunción de validez de los actos administrativos, cualidad no dependiente de su firmeza». Con todo, la misma resolución admite una excepción: que la persona trabajadora logre probar que, «pese al alta médica o a la resolución del expediente de invalidez sin declaración de incapacidad permanente total o absoluta, subsiste una situación de incapacidad temporal que impide la reincorporación al trabajo, ofreciendo en su caso los medios para la verificación de esa situación por la empresa, no siendo dable entender que por la simple impugnación de

a que el empresario de por finalizado su contrato, bien por entender que ha existido dimisión o bien por entender que concurren faltas de asistencia injustificadas.¹⁵ Con todo, cierto es que las altas que expidan las entidades colaboradoras en los procesos de incapacidad temporal derivados de contingencias profesionales se rigen, en cuanto a su impugnación, por previsiones específicas. De este modo, el artículo 4.3 RD 1430/2009, de 11 de septiembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en relación con la prestación de incapacidad temporal dispone que «la mera iniciación del procedimiento especial de revisión suspenderá los efectos del alta médica emitida, debiendo entenderse prorrogada la situación de incapacidad temporal derivada de contingencia profesional durante la tramitación de dicho procedimiento». En consecuencia, si la situación de IT se prorroga es evidente que la suspensión del contrato correrá la misma suerte, algo que corrobora el artículo 4.11 de la misma norma al considerar que «el abono de la prestación de incapacidad temporal durante la tramitación de este procedimiento especial será incompatible con las rentas derivadas del ejercicio de la actividad profesional».

El interesado que inicie este especial procedimiento de revisión debe comunicarlo a la empresa «en el mismo día en que presente su solicitud o en el siguiente día hábil» (art. 4.2 RD 1430/2009) y la resolución debe emitirse por parte del órgano competente «en el plazo máximo de quince días hábiles, a contar desde la aportación de la documentación por parte de la entidad colaboradora, previo informe preceptivo del equipo de valoración de incapacidades, que debe examinar y valorar el caso concreto» (art. 4.6 RD 1430/2009). En cuanto a su contenido, ha de determinar «la fecha y efectos del alta médica o el mantenimiento de la baja médica, fijando, en su caso, la contingencia de la que deriva el proceso de incapacidad temporal, así como, en su caso, la improcedencia de otras bajas médicas que pudieran haberse emitido durante la tramitación del procedimiento especial de revisión por el servicio público de salud» (art. 4.7 RD 1430/2009). Si se confirma el alta médica, «se declara la extinción de la incapacidad temporal en la fecha de esa alta» (art. 4.7.a RD 1430/2009) y parece claro que a ello debe anudarse también la finalización de la suspensión del contrato. Si, por el contrario, se confirma el mantenimiento de la situación de incapacidad temporal, «el alta médica emitida por la entidad

las resoluciones administrativas se mantiene automáticamente la suspensión del contrato hasta que se produzca una decisión judicial firme».

¹⁵ STS 27 marzo 2013 (rec. 1291/2012). Las medidas disciplinarias, no obstante, se estiman que podrían modularse en atención a las circunstancias concurrentes. Así, STSJ Comunidad Valenciana 13 julio 2011 (rec. 1505/2011) y Navarra 27 enero 2012 (rec. 10/2012).

colaboradora no producirá efecto alguno» (art. 4.7.b RD 1430/2009) y la suspensión del contrato parece que habrá de mantenerse vigente. Finalmente, si se diera el supuesto en que la persona trabajadora hubiera recuperado «la capacidad laboral durante la tramitación del procedimiento, se podrá declarar sin efectos el alta médica emitida por la entidad colaboradora por considerarla prematura y la resolución determinará la nueva fecha de efectos del alta médica y de extinción del proceso de incapacidad temporal» (art. 4.7.d RD 1430/2009). En estos últimos casos, parece claro que la nueva fecha de efectos del alta médica será la que determine la conclusión de la situación suspensiva del contrato¹⁶.

3. LA SUSPENSIÓN POR NACIMIENTO, ADOPCIÓN, GUARDA O ACOGIMIENTO DE HIJO

El Real Decreto-Ley 6/20109, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la igualdad de mujeres y hombres en el empleo y la ocupación reformó, entre otros aspectos¹⁷, la duración de las suspensiones por maternidad y paternidad para situarla en dieciséis semanas para cada uno de los dos progenitores. Y es que no es ocioso recordar que esta norma se presentaba con un objetivo muy ambicioso: luchar contra los estereotipos de género, fomentar un reparto más igualitario de la labor de cuidado familiar y avanzar hacia la igualdad plena entre hombres y mujeres, todo ello en consonancia con lo dispuesto en multitud de normas y textos europeos e internacionales. De este modo, se modificaron un total de siete leyes¹⁸ cuyas disposiciones de una forma u otra incidían en los ámbitos indicados, llevándose a cabo una profunda reestructuración de las principales instituciones conciliatorias para lograr, como se señala en la Exposición de Motivos, un «nuevo texto articulado integral y transversal en materia de empleo y ocupa-

¹⁶ Evidenciando la descoordinación en esta materia entre la norma de Seguridad Social y la propia laboral, *Vid. RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: La incapacidad temporal como causa de..., op. cit.*, pp. 79 a 81.

¹⁷ Sobre la reforma de esos otros aspectos, particularmente, el permiso por cuidado del lactante y el derecho a la adaptación de jornada, *Vid. BLASCO JOVER, C.: «La nueva configuración del permiso por lactancia y del derecho a la adaptación de jornada tras el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la igualdad de mujeres y hombres en el empleo y la ocupación», en Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 7, n.º 2, 2019, pp. 46-73.

¹⁸ Además del Estatuto de los Trabajadores, se modifican la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público aprobada por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, la Ley General de la Seguridad Social aprobada por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2009 (en su disposición adicional sexagésima primera), la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social aprobada por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto y la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo.

ción que contenga las garantías necesarias para hacer efectivo el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre ambos sexos».

Ciertamente ninguna objeción se le puede realizar a la idea motriz, a la causa social, que inspira una reforma de tal envergadura. La temporalidad, los cuidados, la segmentación laboral y la precariedad en el empleo acentúan las situaciones de discriminación laboral que sufren las mujeres frente a los hombres. Ello es fruto de la pervivencia, incluso en la época actual, del modelo clásico de reparto de tareas entre mujeres y hombres, según el cual mientras a las primeras les corresponde afrontar las labores domésticas y de cuidado de niños y mayores, los segundos asumen el papel de proveedores económicos de la familia. Y es que suele suceder que la conciliación en el hogar termina o se aminora cuando llegan los hijos, recayendo sobre la mujer la mayor parte del peso de la crianza sobre sus hombros por exigírseles, como se ha dicho, ciertas pautas de comportamiento a modo de roles socialmente contruidos que les requieren la atención directa y exclusiva del menor (o del familiar) de que se trate. Ello, huelga decirlo, termina por acarrear gravámenes muy serios no sólo en la situación laboral de muchas madres trabajadoras, sino también y al límite en sus futuros derechos de pensiones.

Debido a este incontestable hecho, han sido innumerables los esfuerzos, acelerados señaladamente a partir de la aprobación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, que tanto el legislador como los Tribunales han realizado para intentar reducir (o, incluso, revertir) tales desajustes. Buenos ejemplos de ello han sido facilitar la acumulación del permiso por lactancia, otorgar este derecho tanto a la madre como al padre, el establecimiento de ficciones de cotización para determinados períodos en los que se está al cuidado de hijos o familiares, la implantación del permiso y de la prestación por paternidad, la atribución directa de cotizaciones por razón de la maternidad, el reconocimiento de la posibilidad de prestar servicios por cuenta ajena o propia durante la situación de excedencia por cuidado de hijos, la concreción de los perfiles de la reducción de jornada por guarda legal o de la adaptación del tiempo de trabajo sin reducción de jornada o, sin ir más lejos, las medidas implementadas por la norma que aquí se comenta, el RD Ley 6/2019, de 1 de marzo, que inciden, algunas de ellas, no tanto en la conciliación, sino en la corresponsabilidad. Y ello porque tal vez lo que se requiera para superar el citado modelo tradicional de reparto de roles no sean tanto medidas de conciliación que tengan como finalidad que los cuidadores (por lo tanto, las cuidadoras) logren compatibilizar los tiempos dedicados a la familia y al trabajo¹⁹, sino, más bien,

¹⁹ Y que contribuyen, desde luego, a que la conciliación sea percibida como un problema con rostro de mujer.

instrumentos para que mujeres y hombres se responsabilicen por igual de las tareas domésticas, del cuidado de los hijos y de las personas dependientes.

Pues bien, en esta línea, como se indicaba, la norma modifica de forma notoria la redacción de los arts. 45.1.d) y 48.4, 5 y 6 ET para introducir determinados cambios legislativos en la configuración de las antiguas suspensiones por maternidad y paternidad con el fin de alcanzar esa meta de la corresponsabilidad entre los progenitores. Por lo pronto, se opta por reunificar ambas suspensiones bajo una misma denominación, suspensión por nacimiento de hijo (biológico, adoptado, en guarda con fines de adopción o acogido), que pasa a ser considerada, además, como un derecho individual de la persona trabajadora sin que pueda transferirse su ejercicio, como anteriormente ocurría. Sin duda una buena medida ésta que elimina de raíz múltiples problemas de carácter práctico e, incluso, interpretativo y que favorece que el otro progenitor pueda ocuparse, en igualdad de condiciones, del menor. Como novedad aparece, además, que el ejercicio del derecho a la suspensión se deberá comunicar a la empresa con una antelación mínima de quince días en los términos establecidos, en su caso, en los convenios colectivos²⁰. Debe subrayarse el verbo que se utiliza, «comunicar», lo que conduce a pensar que no se está *strictu sensu* ante una solicitud que el empresario pueda aceptar o rechazar. Constatado el hecho causante, el contrato quedará suspendido, recayendo, eso sí, sobre la persona trabajadora beneficiaria del derecho la carga de preavisar de modo anticipado a su empresario sobre su decisión de hacer uso del mismo. Ahora bien, resultando meridianamente claro lo que se pretende, que es que la empresa pueda adaptar el funcionamiento del trabajo ante una comunicación de suspensión del contrato que previsiblemente sea de larga duración, el problema que se plantea es que no se señala por la norma en qué momento debe preavisarse. Porque si el hecho causante deviene con el nacimiento, habrá que entender que los quince días habrían de computarse desde esa fecha, pero el parto, como se sabe, puede adelantarse o retrasarse con respecto a la fecha prevista. ¿Cumple la persona trabajadora con los quince días de preaviso si el parto se adelanta? Similar situación ocurre en el caso de la adopción, guarda o acogimiento, porque tampoco es que se pueda prever con total exactitud cuándo se emitirá la resolución judicial o administrativa que constituya estas situaciones. Si, habiendo preavisado con quince días de antelación, la resolución se adelanta, ¿se estaría ante un incumplimiento del plazo? A mi modo de ver,

²⁰ Se desarrolla con ello lo previsto en el artículo 5.3 Directiva 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores: «Los Estados miembros establecerán un plazo razonable de preaviso que debe cumplir el trabajador de cara al empleador al ejercer su derecho al permiso parental. Para ello, los Estados miembros tendrán en cuenta las necesidades tanto de los empleadores como de los trabajadores».

ante estas concretas circunstancias, el no cumplimiento íntegro de los quince días debe resultar totalmente inocuo para los intereses de la persona trabajadora, que debe comenzar su suspensión desde el momento en que acontezcan los hechos causantes que la originan. Irremediabilmente, esto implica considerar que, aunque el preaviso deba cumplirse si quiera sea por las más elementales razones derivadas de la buena fe, los quince días deben tomarse a título orientativo, como una referencia, pues una interpretación estrictamente literal del precepto conduciría al absurdo de sancionar a la persona trabajadora por los días de preaviso que ha incumplido debido a situaciones que no le son fáciles de prever.

Otra novedad que incorpora el Real Decreto es la posibilidad del empresario de limitar el ejercicio simultáneo del derecho cuando los dos progenitores trabajen en la misma organización, pero ello siempre con base en razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas por escrito. No se está de acuerdo con esta previsión. Bien es verdad que se vislumbra lo que se pretende, causar los menores inconvenientes posibles a una empresa cuando dos de sus trabajadores se acogen a esta suspensión por el mismo sujeto causante. Pero, aun con todo, si el derecho se ha configurado como intransferible, de uso individual para ambos y lo que se pretende con ello es fomentar la corresponsabilidad y, además, favorecer la conciliación y el cuidado del menor por ambos progenitores en las mismas condiciones reduciendo estereotipos de género, no se entiende desde esta perspectiva que se le otorgue al empresario tal facultad restrictiva. Con todo, se plantea también otro problema, esta vez interpretativo, porque no se delimita en modo alguno sobre qué período alcanza la limitación empresarial. Como a continuación se verá, la suspensión por nacimiento se fracciona en dos períodos: el primero, de seis semanas de disfrute obligatorio posteriores al parto, adopción, guarda o acogimiento y el segundo, de diez semanas pero de disfrute potestativo. Pues bien, parece claro que la facultad restrictiva no podrá ejercerse sobre esas seis primeras semanas ya que, de lo contrario, se desvirtuaría lo que la norma pretende, esto es, la protección en ese tiempo de la salud de la madre en caso de hijo biológico y el ejercicio de los deberes de cuidado y atención por el otro progenitor o por los progenitores adoptantes, guardadores o acogedores.²¹ No obstante, no hubiera estado de más que se hubiera precisado este extremo para evitar problemas difíciles de solventar en el seno de la organización y, además, en unos momentos que pueden resultar sumamente delicados.

²¹ De igual opinión, GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «Hacia la corresponsabilidad mediante la suspensión por nacimiento de hijos», en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 53, 2019, p. 291.

Descendiendo ya a la concreta duración de la suspensión, el legislador, ya se ha dicho, otorga dieciséis semanas (suelo mínimo para la negociación colectiva) tanto a madre biológica como al otro progenitor y ello tanto en el caso de nacimiento de hijo biológico como en el caso de adopción, guarda o acogimiento²². Por lo que respecta a la primera suspensión, esas dieciséis semanas se amplían en dos semanas más, una para cada uno de los progenitores, en caso de discapacidad del hijo o de parto múltiple²³. Como se apuntó, además, la norma recalca la obligatoriedad del disfrute y a jornada completa de las seis semanas posteriores al parto para ambos progenitores, para la madre para asegurar la protección de su salud y para el otro progenitor para dar cumplimiento a los deberes de cuidado previstos en el artículo 68 Código Civil²⁴. Con

²² Cabe recordar que se introdujo un período transitorio que afectaba a la suspensión por paternidad. Así, desde el 1 de abril de 2019, esta suspensión fue de 8 semanas. Las dos primeras, ininterrumpidas e inmediatamente posteriores a la fecha del nacimiento, de la decisión judicial de guarda con fines de adopción o acogimiento o decisión judicial por la que se constituía la adopción. Las seis semanas restantes resultaban de disfrute interrumpido ya fuese con posterioridad a las seis semanas inmediatas posteriores al período de descanso obligatorio para la madre, o bien con posterioridad a la finalización de los permisos contenidos en los apartados a) y b) del artículo 49 ET o de la suspensión del contrato por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento. En 2020, la duración del permiso fue de doce semanas. Las cuatro primeras semanas resultaron ser ininterrumpidas e inmediatamente posteriores a la fecha del nacimiento, de la decisión judicial de guarda con fines de adopción o acogimiento o decisión judicial por la que se constituía la adopción. Las ocho semanas restantes podían ser de disfrute interrumpido, ya fuese con posterioridad a las seis semanas inmediatas posteriores al período de descanso obligatorio para la madre, o bien con posterioridad a la finalización de los permisos contenidos en los apartados a) y b) del artículo 49 ET o de la suspensión del contrato por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento. Finalmente en 2021, la duración del permiso fue de dieciséis semanas. Las seis primeras semanas fueron de disfrute ininterrumpido e inmediatamente posterior a la fecha del nacimiento, de la decisión judicial de guarda con fines de adopción o acogimiento o decisión judicial por la que se constituía la adopción. Las diez semanas restantes podían ser de disfrute interrumpido, ya sea con posterioridad a las seis semanas inmediatas posteriores al período de descanso obligatorio para la madre, o bien con posterioridad a la finalización de los permisos contenidos en los apartados a) y b) del artículo 49 ET o de la suspensión del contrato por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento.

²³ Se ha interpretado que la previsión sobre las dos semanas de más, en los casos de parto múltiple, puede ser entendida de dos modos: o bien que a cada uno de los progenitores le corresponde una semana adicional o bien entender que las dos semanas pueden ser disfrutadas por un único progenitor. Sobre ello, MORENO GENÉ, J.: «De la suspensión del contrato por paternidad a la suspensión del contrato del otro progenitor por nacimiento de hijo: ¿un paso definitivo hacia la corresponsabilidad?», en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 227, 2020, p. 49. A mi juicio, habida cuenta de los términos en los que está redactada la disposición «igual ampliación procederá», creo que lo más razonable es considerar que tanto en el supuesto de discapacidad del hijo como de parto múltiple, las dos semanas se distribuyen entre los dos progenitores. Ciertamente, la redacción podría haber sido mejor, pero, al menos desde un punto de vista que tenga en cuenta la coherencia interna de la norma, no parece haber duda de que el régimen de disfrute de esas dos semanas ha de ser el mismo tanto en unos supuestos como en otros.

²⁴ Muy lógico con lo que se pretende por la norma. Con todo, hay quien ha tildado de rigorista el hecho de que el otro progenitor deba disfrutar de sus seis semanas inmediatamente después del parto y no en otro momento posterior. Así, MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R.: «Un paso más hacia la corresponsabilidad real: la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento de hijo o hija, por adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento tras el Real Decreto-Ley 6/2019», en *Derecho social y de la empresa*, n.º 12, 2020, p. 12. No puedo estar de acuerdo, en tanto que es un hecho constatable que justo es en los

todo, doctrinalmente se ha explicado que la medida no puede tener el impacto potencial sobre la corresponsabilidad que pretende, puesto que ningún control o si quiera sanción se anuda a su incumplimiento, por lo que puede suceder que especialmente el otro progenitor decida, por los motivos que fueren, no hacer uso de la suspensión²⁵.

Por lo que atañe a las diez semanas restantes, el derecho, sorprendente y muy criticablemente habida cuenta de la finalidad que informa la norma, se convierte en potestativo, puesto que, si hay que atender al redactado del precepto, la obligatoriedad sólo se predica de las seis primeras semanas. Esas diez semanas, además, pueden disfrutarse, a elección de la persona trabajadora, de forma ininterrumpida o fraccionada en períodos semanales²⁶, y desde la finalización de la suspensión obligatoria posterior al parto hasta que el hijo cumpla doce meses. Se flexibiliza así el disfrute de este período para una mejor adaptación a las condiciones familiares que en cada momento concurren, aunque bien es verdad que este fraccionamiento ocasiona mayores inconvenientes a nivel de organización empresarial y, al límite, puede dificultar tanto el rendimiento laboral como una verdadera desconexión del trabajo²⁷. A ello se une, además, el hecho de que el disfrute potestativo y fraccionado puede colisionar frontalmente con lo dispuesto en la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. Si se recuerda, el artículo 8.1 de esta norma dispone que «los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que las trabajadoras a que se refiere el artículo 2 disfruten de un permiso de maternidad de como mínimo catorce semanas ininterrumpidas, distribuidas antes y/o después del parto, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales». Pues bien, siendo ello así, parece del todo punto razonable pensar que la norma española entra en contradicción con la europea... a menos que se defienda que el legislador no pretende obstaculizar el disfrute ininterrumpido, sino conceder una posibilidad adicional más a los progenitores que podrán

primeros momentos de la vida del hijo cuando más se necesita de la contribución del otro progenitor para su cuidado.

²⁵ BALLESTER PASTOR, M. I.: «El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol», en *Temas Laborales*, n.º 146, 2019, p. 29.

²⁶ Que no necesariamente tendrían que ser de lunes a domingo, pudiendo empezar ese período semanal en otro día de la semana. Lo que debe importar, a mi entender, es que sea un lapso de siete días consecutivos.

²⁷ LÓPEZ RODRÍGUEZ, J.: «La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento: ¿hacia una efectiva corresponsabilidad?», en *Lan Harremanak*, n.º 45, 2021, p. 23.

escoger entre una y otra opción. A mi modo de ver, y a pesar de la loable finalidad que inspira a la previsión española, lo cierto es que la contradicción existe; una contradicción, además, que puede provocar un efecto del todo punto indeseable: que la trabajadora madre (pero también el otro progenitor) se vea obligada a reincorporarse antes a la empresa y a disfrutar de la suspensión en un momento posterior, justamente en las semanas que resulten más convenientes para la empresa²⁸. Por lo demás, en fin, y ya puestos a admitir un disfrute fraccionado, el legislador podría haber tenido en cuenta, como más adelante se comentará, la coherencia de esta previsión con la configuración propia de la excedencia por cuidado de hijos, ya que el posible disfrute de esas diez semanas restantes hasta que el menor cumpla los doce meses de edad menguará, *de facto*, el tiempo de duración de este tipo de excedencia.

En cualquier caso y sea como fuere, la decisión sobre el disfrute de cada período semanal o, en su caso, de la acumulación de los períodos, deberá comunicarse a la empresa —obsérvese que, de nuevo, se emplea el verbo «comunicar» y no «solicitar»— con una antelación mínima de quince días, previsión ésta con el claro propósito de lidiar con esos problemas de organización a nivel empresarial a los que antes se aludía. Ocurre, sin embargo, que debe existir, según dispone la norma, un previo acuerdo con la empresa en el que se determine si ese tiempo restante (las diez semanas ininterrumpidas o sus fracciones) se disfruta a jornada completa o a jornada parcial, lo que puede dificultar, a la postre, que se alcance la tan ansiada meta de la corresponsabilidad en caso de que la empresa ponga trabas a la inicial pretensión del progenitor. Al respecto, se ha puesto de manifiesto, muy certeramente, que se ha perdido la oportunidad de configurar el disfrute a tiempo parcial de esa suspensión como un auténtico derecho de la persona trabajadora, sin necesidad de que su disfrute dependa de una negociación (siempre difícil) con la empresa²⁹.

Por lo demás, de esas diez semanas, se concede la posibilidad a la madre de anticipar su ejercicio hasta cuatro semanas antes de la fecha previsible del parto. Esta previsión —novedad también con respecto al redactado anterior— tiene una finalidad muy clara: mitigar a la madre del esfuerzo que supone prestar servicios en la recta final de embarazo, lo que redundará, indudablemente, en una mejora de su salud física. Con todo, cierto es que acogerse a esta posibilidad implica que, tras el parto, la madre dispondrá de un menor número de semanas para el cuidado del hijo, porque algunas de ellas (hasta cuatro) ya las habrá disfrutado previamente. También se ha apuntado al respecto que po-

²⁸ Por todos, BALLESTER PASTOR, M. I.: «El RDL 6/2019 para la garantía de la...», *op. cit.*, p. 29.

²⁹ MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R.: «Un paso más hacia...», *op. cit.*, p. 19.

dría haberse concedido igualmente esta posibilidad al otro progenitor, máxime en supuestos en los que éste se encontrase desplazado por motivos laborales, facilitando de este modo que pudiera estar junto con la madre en el momento del parto³⁰. A mi modo de ver, sin embargo, si de lo que se trata es de velar por el bienestar de la salud de la madre en unas semanas de tanta exigencia física, es totalmente coherente que tal prerrogativa se conceda en exclusiva a la madre que, a la postre, es la que está realizando el esfuerzo que conlleva el embarazo.

Por lo que atañe, en fin, a las diversas circunstancias que pueden rodear al parto, se sigue manteniendo el derecho a que la suspensión, en caso de parto prematuro u hospitalización del neonato a continuación del parto, pueda computarse, a instancia de la madre biológica o del otro progenitor, a partir de la fecha del alta hospitalaria. Se excluyen de dicho cómputo, señala la norma, las seis semanas posteriores al parto, de suspensión obligatoria del contrato de la madre biológica. Al no hacerse mención al otro progenitor, la interpretación literal del precepto da a entender que a éste no le afecta, en estas circunstancias, la obligatoriedad del disfrute de las seis semanas posteriores al parto, por lo que podrá o bien retornar al trabajo o bien acogerse a lo dispuesto en el artículo 37.5 ET³¹. De igual modo, también se mantiene que, en tal situación, el período de suspensión se amplíe en tantos días como el nacido se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales. Finalmente, en caso de fallecimiento del hijo³², se prevé que el periodo de suspensión no se vea reducido, salvo que, una vez finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio, se solicite la reincorporación al puesto de trabajo.

La nueva duración, por su parte, de la suspensión por hijo adoptado, en guarda con fines de adopción o acogido sigue el mismo patrón que la propia que genera el hijo biológico. De esta forma, ambos adoptantes o acogedores tendrán derecho, cada uno, a dieciséis semanas, ampliables en dos semanas más, una para cada adoptante o acogedor, en caso de discapacidad del hijo o de adopción o acogimiento múltiple. Las seis primeras semanas deberán disfrutarse a jornada completa de forma obligatoria e ininterrumpida inmediata-

³⁰ LOUSADA AROCHENA, J. F.: «Maternidad y conciliación en el trabajo por cuenta ajena tras el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo: una primera aproximación», en *Revista de Derecho Social y de Empresa*, n.º 11, 2019, p. 6.

³¹ Bien apuntado por CORDERO GORDILLO, V.: «La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento de hijo o hija, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento tras el RDL 6/2019, de 1 de marzo», en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 7, n.º 3, 2019, pp. 19.

³² Desaparece la previsión sobre el fallecimiento de la madre, toda vez que el derecho, ahora ya sí, deviene individual e intransferible y el disfrute por el otro progenitor no se hace depender de lo que le pueda ocurrir a la madre o de lo que ésta pueda decidir.

mente después de la resolución judicial por la que se constituye la adopción o bien de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento. Las diez semanas restantes se podrán disfrutar de forma potestativa y en períodos semanales, de forma acumulada o interrumpida, dentro de los doce meses siguientes a la resolución judicial por la que se constituya la adopción o bien a la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento. El disfrute de cada período semanal o, en su caso, de la acumulación de dichos períodos, deberá comunicarse a la empresa con una antelación mínima de quince días. La suspensión, además, de estas diez semanas se podrá ejercitar, previo acuerdo, en régimen de jornada completa o a tiempo parcial. Muy certeramente, se señala, además, que en ningún caso un mismo menor dará derecho a varios periodos de suspensión en la misma persona trabajadora, evitándose así que un menor acogido que pase a ser adoptado genere dos períodos de suspensión. Por lo demás, se mantiene la previsión de que, en los supuestos de adopción internacional, cuando sea necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado, el periodo de suspensión previsto para cada caso pueda iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituye la adopción.

Por último, no puede concluirse este apartado sin hacer una referencia a la situación de las familias monoparentales (formadas por uno solo de los progenitores con hijos) puesto que son muy numerosas ya las resoluciones que están admitiendo un disfrute de la suspensión por nacimiento de hijo en estos casos de treinta y dos semanas³³. A este respecto, fíjese que la norma convierte al derecho a la suspensión en intransferible, por lo que cada progenitor lo podrá hacer valer de forma independiente al otro. Ello quiere decir, a la postre, que los hijos nacidos en una familia biparental o tradicional dispondrán de más tiempo de cuidados que los nacidos en el seno de una familia monoparental, puesto que en las primeras el tiempo sumado de suspensión de ambos progenitores alcanza las treinta y dos semanas, pero en las segundas, en las que existe un único progenitor, el tiempo de cuidado sólo seguirá siendo de dieciséis semanas.

Desde el punto de vista de la literalidad normativa, esto es correcto en tanto que ni el Estatuto ni la Ley General de Seguridad Social contemplan la posibilidad de alargar el período de descanso individual más allá de lo establecido ni, desde luego, de acumular los periodos de los que dispondrían ambos

³³ A la STSJ País Vasco 6 octubre 2020 (rec. 941/2020), que fue la sentencia pionera, le siguieron, entre otras, las SSJS n.º 16 Valencia 10 mayo 2021 (n.º 168/2021), n.º 3 Ourense 24 marzo 2021 (n.º 236/2021), n.º 1 Ibiza 30 agosto 2021 (n.º 378/2021) y n.º 1 Zamora 1 julio 2021 (n.º 166/2021).

progenitores en el caso de que exista un solo progenitor. Ahora bien, a los efectos que interesan en este trabajo, debe plantearse si esta opción legislativa constituye una discriminación por razón de nacimiento expresamente prohibida por el artículo 14 CE, habida cuenta de que, efectivamente, el menor nacido (o adoptado o acogido) en el seno de una familia en la que se encuentran los dos progenitores disfruta de un mayor período de descanso de sus padres (y, por ende, de cuidado y atención de éstos) que el nacido (o acogido o adoptado) en el seno de una familia con único ascendiente. ¿Es éste elemento, la menor duración de la suspensión, motivo suficiente para plantear que la institución adolece de una posible discriminación por razón de filiación?

La respuesta, en mi opinión, ha de ser positiva en tanto que las situaciones no son ni idénticas ni comparables. En efecto, la monoparentalidad, fenómeno al alza en los últimos años³⁴, es una situación jurídica distinta que necesita de un trato desigual fundado en razones objetivas³⁵. De este modo, entiendo que la mayor carga en la crianza que recae sobre un único ascendiente debiera ser tenida en cuenta aquí también, como lo debiera ser el interés superior del menor en consonancia con el marco ofrecido por la Convención de los Derechos del Niño. De hecho, desde esta perspectiva, podría plantearse si ampliar de alguna forma la suspensión por nacimiento de hijo (adopción o acogimiento) más allá de lo legalmente fijado en el caso de que existiera un único progenitor incidiría en el bienestar psicosocial del niño que, cuando nace o es adoptado o acogido, pasa a integrar una familia monoparental. Es decir, ¿se estaría valorando con una decisión legislativa de este calibre el bienestar psicosocial de ese concreto menor? Personalmente, creo que así lo sería.

La solución jurídica, pues, a esta cuestión pasa por calibrar el asunto desde la perspectiva de la igualdad. Y, desde este punto de vista, no parece que existan razones objetivas, y proporcionadas por las cuales deba negarse la ampliación de la suspensión por nacimiento de hijo en el caso de las familias monoparentales. Antes al contrario, puesto que la mayor dedicación o carga

³⁴ Si en el año 2000, los hogares monoparentales eran en torno a los 182.000, en la actualidad, como se ha apuntado, existen casi un total de dos millones de hogares en esa situación, dibujando este modelo de familia, con respecto a otros, una clara línea ascendente. Así, según la Encuesta Continua de Hogares para 2020, los hogares monoparentales aumentó en un 3% con respecto al año anterior (1.944.800 hogares en 2020 frente a 1.887.500 hogares en 2019). La mayoría de esos hogares estaban mayoritariamente integrados en 2020 por madre con hijos, lo que evidencia, además, un claro componente de género. En concreto había 1.582.100 (el 81,4% del total), frente a 362.700 de padre con hijos. El de madre con hijos creció un 3,4% con respecto al año 2019 y el de padre con hijos un 1,6%.

³⁵ Sobre las posibilidades de modificar ciertos derechos conciliatorios para intentar paliar el exceso de cuidados que debe sobre llevar el titular del hogar monoparental, *Vid.* BLASCO JOVER, C.: «La necesidad de adaptar ciertos derechos personales y familiares a parejas de hecho y núcleos monoparentales», en *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n.º 451, 2020, pp. 109-148.

familiar y el hecho de que al menor se le pueda brindar la posibilidad de disfrutar del mayor tiempo posible del cuidado y atención de la persona que va a hacerse cargo de él son razones de peso que avalarían apostar por una opción legislativa por la que se ampliase la duración de la suspensión en estas circunstancias. Ampliación que podría ser perfectamente de dieciséis semanas más (las que le corresponderían al otro progenitor si lo hubiere) si lo que se pretende es igualar en derechos a los hijos de las familias tradicionales y a los de las familias monoparentales.

No se desconoce, sin embargo, que conceder treinta y dos semanas al progenitor en estos casos conlleva un riesgo. Un riesgo, además, con un evidente sesgo de género al ser las mujeres las que en mayor medida ostentan la jefatura del hogar monoparental. Y ese riesgo no es otro que el de la penalización laboral que supone alejarse del mercado laboral durante un período tan dilatado de tiempo. Por ello, entiendo que esta opción legislativa por la que se aboga tal vez pudiera venir complementada por otra u otras a partir de las cuales el progenitor solo pudiera delegar en otra persona el cuidado del menor. En este sentido, podría pensarse en habilitar legislativamente la opción de que el derecho a la suspensión por nacimiento de hijo (o adopción o acogimiento) del otro progenitor lo pudiese disfrutar, si reúne las condiciones para ello, la persona que designe el responsable del hogar monoparental que, por razones de parentesco con el menor, pudiera compartir con aquél la tarea del cuidado y atención del niño. Quedaría garantizada, de esta forma también, la igualdad entre hijos nacidos en el seno de una familia y de otra y, además, no le dificultaría al titular del hogar familiar la vuelta al mercado laboral.

Por lo demás, sólo advertir, también en este contexto, de una deficiencia en la norma que se ha corregido, aunque administrativamente. Como antes se ha dicho, se otorga una ampliación del período en dos semanas más en caso de parto múltiple o discapacidad del hijo; dos semanas a repartir entre los progenitores, una para cada uno. Indudablemente, ello implica que deban existir dos progenitores necesariamente y que entre ambos se procederá a realizar el reparto de las dos semanas adicionales, pues a cada uno de ellos se le otorgará una semana de más. Pues bien, no hace falta agotar muchos argumentos para sostener que nos encontramos con una norma que favorece un único modelo de familia, el biparental, en el que ambos progenitores pueden asumir el cuidado del menor y que excluye o, al menos, no parece tener en cuenta la existencia de hogares con un único cabeza de familia que asume él solo la responsabilidad en el cuidado del hijo. La retirada en estos supuestos de una semana más de suspensión no tiene justificación objetiva y razonable posible porque simplemente no se entiende el motivo por el que, en supuestos en los que la

carga de la crianza es mayor, deba el padre o la madre titular de un hogar monoparental disfrutar de una única semana de más por encima de su período de suspensión. Afortunadamente y aunque lo correcto sea que esta deficiencia se corrija legislativamente, la redacción de la norma ha sido rectificada por criterio técnico del INSS³⁶ en el sentido de conceder las dos semanas de más cuando exista la suspensión de un único contrato de trabajo, la del único progenitor existente, dejando sin efecto en estos casos el inciso que introduce el reparto entre los dos progenitores.

4. LAS EXCEDENCIAS

A) Las excedencias por cuidado de hijos y de familiares

En torno a la duración de la excedencia por cuidado de hijos y de familiares, son tres las cuestiones que serán objeto de análisis: su concreto lapso temporal, la posibilidad que plantea la norma de poder fraccionar su ejercicio y la situación que acontece cuando concurre una sucesión de sujetos causantes³⁷. Veamos.

a) EL LAPSO TEMPORAL

Señala el artículo 46 ET cuál es la duración de la excedencia por cuidado de hijos (tres años máximo –no se fija mínimo– a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa si el menor es adoptado o acogido) y de familiares (dos años máximo).³⁸ Pues bien, sobre ello, se plantean, básicamente, dos disfunciones y una pregunta crucial que atañe a la excedencia por cuidado de hijos. Las primeras no por conocidas,

³⁶ Criterio de gestión 16/2019, de 31 de julio de 2019.

³⁷ No se analizarán, pues, las controversias que giran alrededor de las garantías que se anudan a estas excedencias (reserva de puesto, acceso a cursos formación y cómputo de la antigüedad), de su compatibilidad con otras actividades remuneradas o de su posible limitación por la empresa. No obstante, un acercamiento a algunas de estas cuestiones puede verse en BLASCO JOVER, C.: «Tres preguntas (con respuesta) sobre la excedencia por cuidado de hijos: cuando se requiere reformar la norma para ampliar su protección», en *Revista de derecho social*, n.º 86, 2019, pp. 79-96, y «La posibilidad de lucrar la prestación por maternidad en el Régimen General y en el RETA desde la situación de excedencia por cuidado de hijos», en *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, n.º 387, 2015, pp. 127-131.

³⁸ Conviene recordar que, de acuerdo con el artículo 7 RD 2720/1998, de 18 de diciembre, la suspensión de los contratos temporales por motivo de estas excedencias no determina la ampliación de su tiempo de vigencia. Ello cabe entenderlo salvo pacto en contrario.

deben dejar de mencionarse. Se trata de dejar constancia del hecho de que es completamente inentendible que aún, hoy por hoy, no se haya tomado la determinación legislativa de equiparar ambos lapsos temporales, pues las mismas necesidades conciliatorias se tienen tanto cuando se ejercita la excedencia por cuidado de hijos como cuando se ejercita la de cuidado de familiares. Bien es verdad que, con la aprobación del ya citado RD ley 6/2019, de 1 de marzo, se generaba una oportunidad –otra más– no sólo para igualar ambas duraciones, sino incluso también para que la regulación estatutaria fuera a la par que la regulación que de este tipo de excedencias realiza el artículo 89.4 EBEP. Pero la oportunidad se desaprovechó, se dejó pasar, siendo, a mi modo de ver, totalmente incoherente que se mantengan lapsos temporales distintos que en absoluto encuentran justificación plausible o base normativa alguna. Además, el hecho de que en la excedencia por cuidado de familiares se contemple que la negociación colectiva pueda establecer una duración mayor de dos años, arroja una serie de dudas al respecto: ¿esa duración mayor puede ser establecida sin límite alguno por los negociadores sociales o deben, por ejemplo, limitarse a, si acaso, ampliarla un año más para equipararla a la duración de la excedencia por cuidado de hijos? Y si la duración se amplía convencionalmente, ¿los derechos que lleva aparejados legalmente esta excedencia han de prolongarse durante todo el periodo de más o eso queda a la voluntad, de nuevo, de los negociadores sociales? Al límite, ¿por qué se contempla esta previsión cuando se regula la excedencia por cuidado de familiares y no cuando se regula la excedencia por cuidado de hijos? ¿Acaso porque es algo inocuo por cuanto es comúnmente admitido que la duración de ambas excedencias (y, por extensión, su régimen jurídico) conforman un suelo mínimo que el convenio puede mejorar?

Ciertamente, parece lógico responder negativamente a la primera pregunta. El convenio no tendría por qué limitarse a conceder simplemente un año más, pudiendo negociarse la prolongación del modo en que se estimara conveniente en tanto que no existe legalmente una previsión en este punto restrictiva o limitativa alguna. En cuanto a la segunda pregunta, parece claro, a mi modo de ver, que el convenio no debería entrar en la regulación de los derechos que legalmente se confieren (a menos, desde luego, que los mejorara), puesto que la habilitación legal se refiere sólo a la duración de la excedencia, no a su estructura o configuración a nivel de garantías. Conclusión ésta última que se vería reforzada, además, por la redacción del cuarto párrafo del artículo 46.3 ET que señala que la persona trabajadora que «permanezca en situación de excedencia conforme a lo establecido en este artículo» dispondrá de una serie de derechos y habría que entender que ello con independencia de que, vía con-

venio, se produzca un incremento del lapso legal. Por lo que atañe a la tercera pregunta, no encuentra lógica respuesta más allá de la indicada. Lo que es tanto como decir que o bien el legislador acomete una reforma del precepto que concrete las posibilidades regulatorias del convenio por lo que se refiere a la excedencia por cuidado de familiares o bien, simple y llanamente, elimina la frase «salvo que se establezca una duración mayor por negociación colectiva» en tanto que nada aporta por superflua.

La segunda disfunción que se detecta y que tampoco ha sido corregida hasta el momento atañe a la excedencia por cuidado de hijos. Porque, si se fija, esta excedencia nunca podrá ejercitarse, como indica la norma, desde el nacimiento del hijo o desde la resolución judicial o administrativa que constituya la adopción o el acogimiento³⁹, pues el previo disfrute de la suspensión por nacimiento de hijo lo impediría⁴⁰. Piénsese que, si las seis semanas posteriores al parto o a la mencionada resolución deben disfrutarse obligatoriamente por ambos progenitores, es más que evidente que, en ese momento, éstos no pueden hacer uso de la excedencia prevista en el artículo 46.3 ET y ello aunque, muy discutiblemente, ya se esté devengando el derecho para concluir a los tres años de vida del menor. La problemática se acentúa si tenemos en cuenta, como ya se apuntó, que, desde la reformulación de la suspensión por nacimiento de hijo realizada por el RD ley 6/2019, de 1 de marzo, los progenitores, sean biológicos o adoptantes o acogedores, pueden decidir que el disfrute de las diez semanas restantes se realice en períodos semanales acumulados o interrumpidos hasta que el menor cumpla los doce meses si es biológico o, en caso contrario, dentro de los doce meses siguientes a la resolución judicial o administrativa por la que se constituya la adopción o el acogimiento. Resulta meridiano entonces que si los progenitores toman esta decisión, la duración de la excedencia por cuidado de hijos disminuye de modo considerable, de tres años sobre el papel a dos en la práctica, y esto es algo que razonablemente, si quiera sea por la debida coherencia interna entre los preceptos de una misma norma, resulta reprochable. Bien es verdad que el legislador perdió la oportu-

³⁹ Concretamente, señala la norma que la excedencia podrá solicitarse «para atender al cuidado de cada hijo tanto cuando lo sea por naturaleza, como por adopción, o en los supuestos de guarda con fines de adopción o acogimiento permanente». Es criticable, como así se ha señalado reiteradamente por la doctrina, que el legislador se haya olvidado de otros tipos de acogimiento más allá del permanente, habida cuenta de que, por ejemplo, el acogimiento familiar temporal puede llegar a tener una duración de dos años (art. 173.bis.b Código Civil) y los mismos intereses de protección, cuidado del menor y conciliatorios existen. Sobre ello, *Vid.* JURADO SEGOVIA, Á.: «La excedencia por razones familiares: puntos críticos», en *Actualidad Laboral*, n.º 5, 2012, p. 2 (v. on line) y LOUSADA AROCHENA, J. F.: «Las excedencias familiares», en *Tribuna Social*, n.º 229, 2010, p. 17.

⁴⁰ STSJ Cataluña 20 septiembre 2006 (rec. 955/2005).

nidad de corregir esta disfunción cuando aprobó el Real Decreto más arriba mencionado y tampoco parece que esté sobre la mesa la posibilidad de modificar esta situación. No obstante, no estaría de más que en reformas venideras se articulara, de una vez por todas, la correspondiente corrección en el texto del artículo 46.3 ET para que, concluida la suspensión por nacimiento de hijo, pudieran comenzar, si así se deseara, los tres años de excedencia por cuidado de ese menor.

Al hilo de lo anterior, la pregunta que plantea la duración de la excedencia por cuidado de hijos es cuál debe ser la menor edad protegida por la norma. Ya se ha visto que, cuando se trata del cuidado de un hijo biológico, la cuestión se resuelve muy fácilmente, pues la expresión «a contar desde la fecha de nacimiento» pone de manifiesto que la edad tope del hijo biológico son los tres años. Más allá de esa edad, no podría solicitarse este tipo de excedencia. Ello no obstante, tal límite temporal no jugaría cuando se tratase de un menor adoptado o acogido pues aquí el *dies a quo* se fija en la fecha de la resolución judicial o administrativa y ésta no tiene por qué coincidir con el hecho del nacimiento. La edad del menor en este supuesto no va, entonces, a importar, por lo que el cuidado del menor mayor de tres años adoptado o acogido podría generar la solicitud de la excedencia por parte de sus padres o tutores.

Siendo este el panorama que perfila la norma, cabe preguntarse, de un lado, hasta qué edad del hijo adoptado o acogido se podría solicitar la excedencia y, de otro, si el hijo biológico menor, pero mayor de tres años puede generar derecho a excedencia, aunque fuera la de cuidado de familiares. Y, por lo que respecta a la primera cuestión, dos son las soluciones por las que podría abogarse. Primera, entender que no existe límite de edad alguno, por lo que cualquier persona adoptada o acogida antes de llegar a su mayoría de edad podría generar derecho a la excedencia. Segunda, entender que la excedencia por cuidado de hijos en estos supuestos también está topada por razón de la edad del sujeto causante, lo que nos llevaría a otra cuestión, que es la de la determinación de esa edad.

Quienes abogan por la primera opción sostienen que en caso de adopción o acogimiento no se trata tanto del cuidado y atención del menor (finalidad última de esta excedencia), como de procurar su integración en un nuevo ámbito social, cultural y familiar que puede ser muy distinto al de origen⁴¹. Y esta necesidad existe tenga el menor seis años, diez o diecisiete. Además, y si se

⁴¹ STSJ Aragón 14 octubre 2009 (Rec. 737/2009) y, entre la doctrina, CRUZ VILLALÓN, J.: «El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º extraordinario, 1997, p. 82.

repara en la norma, parece que el legislador quiso silenciar expresamente para este supuesto cualquier requisito de edad del sujeto adoptado o acogido, por lo que, si pudiendo establecerlo, el legislador no optó por ello, no cabría ahora distinguir donde la ley no lo hace. Pues bien, en mi opinión, ciertamente estos dos argumentos podrían tener el suficiente peso para estar de acuerdo con esta primera línea interpretativa, si no fuera porque, por mínimas razones de coherencia sistemática, no puede pretenderse que la excedencia por cuidado del hijo biológico venga topada por la edad de aquél y no cuando se trate de una excedencia por cuidado de hijo adoptado o acogido⁴². Idénticas razones de cuidado y protección, conciliatorias incluso, existen cuando se trata de un hijo biológico que cuando se trata de un hijo adoptado o acogido. Que con estos últimos exista, además, otro condicionante, puede admitirse, pero ello no debería servir para abogar por una interpretación de la norma por la que resulte indiferente aquí la edad del menor. A mayor abundamiento, hay que tener en cuenta la previsión de la Directiva 2019/1158 del Parlamento y del Consejo de 20 de junio de 2019 relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores que sitúa la edad máxima del menor para generar este derecho en los ocho años⁴³, por lo que si la excedencia por cuidado de un hijos es una manifestación de este permiso parental europeo debe convenirse que aquélla debe venir topada de un modo o de otro por la edad del sujeto beneficiario, sea éste hijo biológico, adoptado o acogido.

El descarte, pues, de esta opción conduce irremediabilmente a abogar por la segunda de las soluciones posibles: la de entender que también en estos supuestos importa la edad del hijo para poder acogerse a la excedencia. La cuestión estriba ahora en determinar cuál sea la edad tope del menor. Y aquí se abren, a mi modo de ver, cuatro opciones. Primera, entender que esa edad serían los tres años, otorgándole entonces a la excedencia por cuidado de hijos un tratamiento unitario con independencia de qué relación de filiación una al sujeto causante con el sujeto beneficiario⁴⁴. Segunda, aplicar los ocho años que se derivan de la Directiva 2019/1158⁴⁵. Tercera, entender aplicable por

⁴² El mismo razonamiento sigue LÓPEZ TERRADA, E.: «Corresponsabilidad y permisos parentales: la menor edad protegida por el ordenamiento español», en FERNÁNDEZ PRIETO, M. y CABEZA PEREIRO, J. (Coords.): *Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo*, Bomarzo, Albacete, 2012, p. 288.

⁴³ Aunque el artículo 5.1 de esta norma matiza que esa edad, que se considerará máxima, «se especificará por cada Estado miembro o por los convenios colectivos. Los Estados miembros o los interlocutores sociales determinarán dicha edad de modo que se garantice que cada progenitor pueda ejercer efectivamente su derecho a un permiso parental de manera efectiva y en condiciones equitativas».

⁴⁴ Por esta interpretación aboga DILLA CATALÁ, M. J.: «La nueva regulación de la excedencia por cuidado de hijos», en *Actualidad Laboral*, n.º 40, 1995, p. 3 (v. on line).

⁴⁵ Como ya lo manifestaron JURADO SEGOVIA, Á.: «La excedencia por razones...», *op. cit.*, p. 4 y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «La excedencia por razones familiares: una realidad jurídica necesitada de

analogía la edad de los seis años⁴⁶ prevista para los casos de suspensión del contrato por adopción o acogimiento, edad, por cierto, que coincidiría con el inicio de la escolarización obligatoria y menos cuidados entonces de los padres se exigiría⁴⁷. Y cuarta, entender también aplicable por analogía la edad de los doce años que se prevé para los casos de reducción de jornada por guarda legal y adaptaciones por razones de conciliación⁴⁸.

Realmente existen argumentos más que suficientes para defender cualquiera de las cuatro opciones; ello no obstante, creo que lo más conveniente es entender que la edad tope del menor adoptado o acogido debe fijarse en los doce años y ello tanto por razones de coherencia interna entre normas estatutarias con misma finalidad⁴⁹, como por una mejor protección del bien jurídico tutelado por la institución de la excedencia, como, en fin, por otorgar un tratamiento unitario a las dos instituciones mediante las cuales el ordenamiento español ha plasmado la figura del permiso parental europeo, la reducción de jornada y la excedencia por cuidado de hijos. El asunto, no obstante, es que llevar a sus últimas consecuencias este planteamiento implica admitir que, cuando el hijo es biológico, los tres de edad del menor se antojan ciertamente escasos. A mi modo de ver, desde la similitud que anuda ambos supuestos, la edad tope de los doce años es la que también habría de mantenerse cuando de la excedencia por hijo biológico se trata, de tal modo que los tres años de excedencia no deberían contarse desde la fecha del nacimiento del hijo, sino, más bien, desde que se cursara la solicitud al empresario. Lo contrario resultaría un contrasentido ya que los mismos intereses están en juego cuando el menor es hijo biológico que cuando es adoptado o acogido. Por ello, entiendo que una futura modificación normativa del texto del artículo 46.3 ET debería entrar en esta cuestión y fijar los doce años del menor como límite máximo para solicitar la excedencia y ello con independencia de la naturaleza del vínculo de filiación que se haya constituido.

mayor protección social», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 11, 2007, p. 866, aunque refiriéndose al Acuerdo marco sobre permiso parental de 2010.

⁴⁶ Como se sabe, puede rebasarse esa edad cuando se trate de menores con discapacidad o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes.

⁴⁷ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», en *Relaciones Laborales*, n.º 24, 1999, p. 18 (v. on line) y JURADO SEGOVIA, Á.: «La excedencia por razones...», *op. cit.*, p. 2.

⁴⁸ GIL PLANA, J.: «La excedencia para el cuidado de hijos o familiares: puntos críticos», en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n.º 133, 2017, p. 235, y LÓPEZ TERRADA, E.: «Corresponsabilidad y permisos...», *op. cit.*, p. 289, aunque esta autora haciendo referencia a la edad anterior de los ocho años.

⁴⁹ PÉREZ DEL RÍO, T.: «La ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales: temas de debate», en *Temas laborales*, n.º 52, 1999, p. 53.

Ligado a lo anterior, cabe plantearse ahora la segunda de las cuestiones que se realizaban al comienzo de este epígrafe: si el hijo biológico menor, pero mayor de tres años puede ser tutelado por este tipo de excedencia. Si se aboga por la reformulación que antecede de la norma, no cabe duda de que este supuesto también quedaría englobado en el ámbito de protección normativa. No obstante, hasta que ello no ocurra, la interpretación literal del precepto impide solicitar una excedencia por cuidado de hijos para atender al menor mayor de tres años. Cerrada esa vía, cabe preguntarse si sería posible abogar por una interpretación según la cual el cuidado de ese menor quedase amparado por la vía de la excedencia por cuidado de familiares. Recuérdese, a estos efectos, lo que predispone el párrafo segundo del artículo 46.3 ET: «También tendrán derecho a un periodo de excedencia, de duración no superior a dos años, salvo que se establezca una duración mayor por negociación colectiva, los trabajadores para atender al cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida».

La letra de la norma, ciertamente, deja margen a la interpretación. Porque si se parte de la base de que el supuesto de hecho de esta excedencia es la asistencia a personas necesitadas de atención, no puede más que concluirse que un menor mayor de tres años es un familiar que, por razón de su edad, no puede valerse por sí mismo y requiere de la vigilancia y cuidado de otra persona⁵⁰. Desde esta perspectiva, obsérvese, además, que excedencia por cuidado de hijos y excedencia por cuidado de familiares podrían disfrutarse sucesivamente, pues, cuando concluyera la primera, nada impediría a los progenitores solicitar la segunda para continuar con la atención del menor⁵¹.

Esta sería una interpretación. La segunda supondría entender, en consonancia con la Exposición de Motivos de la norma que la introdujo⁵², que la excedencia por razones familiares está pensada básicamente para familiares mayores y enfermos, que no pueden valerse por sí mismos ni desempeñan actividad retribuida alguna. El cuidado del hijo menor pero mayor de tres años sólo tendría cabida aquí si estuviera enfermo, accidentado o discapacitado. Pero, no siendo el

⁵⁰ Esta es la opción interpretativa que mayoritariamente se acoge a nivel doctrinal. Así, GIL PLANA, J.: «La excedencia para el cuidado de hijos o familiares: puntos...», *op. cit.*, pp. 239 y 240, JOVER RAMÍREZ, C.: «La difícil supervivencia de la conciliación entre la vida laboral y familiar en tiempos de crisis y reforma», en *Aranzadi Social*, n.º 4, 2013, p. 2 (v. on line), JURADO SEGOVIA, Á.: «La excedencia por razones...», *op. cit.* p. 3, LÓPEZ TERRADA, E.: «Corresponsabilidad y permisos parentales: la...», *op. cit.*, p. 291 y LOUSADA AROCHENA, J. F.: «Las excedencias...», *op. cit.*, p. 19.

⁵¹ STSJ Navarra 23 febrero 2006 (Rec. 25/2006).

⁵² Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

caso, su atención a través de la excedencia debe entenderse regulada por el párrafo primero del artículo 46.3 ET. Desde luego, una interpretación lógica de la norma, que busque los motivos del legislador para instaurar este tipo de excedencia, implica sostener que la segunda de las opciones aquí planteadas es la correcta. Lo que supone afirmar la separación jurídica entre las dos excedencias, pues una y otra tendrían una finalidad clara (una para el cuidado de hijos, otra para familiares dependientes por razón de edad, enfermedad o accidente) y resultarían recíprocamente excluyentes.⁵³ Ello no obstante, y a mi modo de ver, la finalidad de la institución, de la excedencia en su conjunto, y la mejor tutela del bien jurídico protegido conducen a pensar que debe trascenderse de esa interpretación lógica para afirmar sin ambages que la menor edad de los hijos hasta el momento en que éstos puedan ser autosuficientes puede protegerse también a través de la excedencia por cuidado de familiares. A mayor abundamiento, incluso esta opción debe mantenerse por propia reducción al absurdo: exigir la condición invalidante de enfermedad, accidente o discapacidad para la concesión de excedencia para el cuidado de ese hijo sería incoherente, pues supondría, en una interpretación *a sensu contrario*, que no existiendo tal enfermedad, el menor podría valerse por sí mismo, cuando es evidente que no tendría esa capacidad y autonomía precisamente por su edad.

Por lo demás, dos últimas cuestiones relacionadas con la concreta duración de estas excedencias. La primera relacionada con la posibilidad de que el sujeto titular solicite una prórroga de la duración inicial, petición que entiendo que habría que atender siempre que se produjera dentro de los límites máximos de duración (tres y dos años, respectivamente) y siempre que, desde luego, la prórroga no franqueara esos límites o los convencionales. La segunda relacionada con la vuelta anticipada de la persona trabajadora excedente, posibilidad ésta que es comúnmente admitida tanto en sede doctrinal como judicial por varios motivos: porque se trata de un derecho individual que no requiere la concesión previa de la empresa y del que puede desistirse, porque se contempla en la propia norma la posibilidad de fraccionar su uso (lo que permite, como se verá en el apartado siguiente, que la persona trabajadora pueda disfrutar del derecho de forma discontinua en el tiempo, alternando momentos de actividad con períodos de inactividad), porque la finalidad última de la norma (conciliar la vida familiar y laboral) ha de dotar de flexibilidad y adaptabilidad

⁵³ Como confirman, entre otras, las STS 5 febrero 2021 (rec. 2102/2018), SSTS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 18 junio (rec. 218/2017) y 4 mayo 2018 (rec. 133/2017) y 2 octubre 2017 (rec. 186/2017), SAN 13 noviembre 2017 (proc. 290/2017) y SSTSJ Castilla y León (Burgos) 18 noviembre (rec. 666/2015) y 23 octubre 2015 (rec. 649/2015), Aragón 14 octubre 2009 (rec. 737/2009) y País Vasco 2 mayo 2007 (rec. 424/2007).

al ejercicio del derecho para que éste sirva al cumplimiento de tal fin y porque, al límite, existe una reserva de puesto de trabajo que obstaculizaría cualquier pretensión de la empresa de negar a la persona trabajadora su reingreso.⁵⁴

b) EL DISFRUTE FRACCIONADO

Contempla el párrafo tercero del artículo 46.3 ET la posibilidad de que el disfrute de la excedencia se realice de forma fraccionada. Ello supone que el derecho podrá ejercitarse de forma continuada e ininterrumpida por una sola vez o, por el contrario, en más de una ocasión en atención a las necesidades que concurren.⁵⁵ Habilitar esta posibilidad de disfrutar de sucesivos periodos de suspensión del contrato⁵⁶ contribuye, qué duda cabe, a lograr una mejor y más óptima conciliación de los intereses familiares como los personales, al tiempo que ocasiona un menor agravio en la carrera profesional de la persona trabajadora que se coloca en este tipo de excedencias. Ahora bien, como todo derecho, éste no debe utilizarse por su titular de forma abusiva. Porque quedando a la discreción de aquél –salvo previsión en convenio– el número de veces en el que se ejerce de forma fraccionada la excedencia, puede plantearse un escenario en el que se originen graves inconvenientes en la organización del trabajo en la empresa si se decide utilizar el derecho en múltiples períodos de corta duración. Por ello, lo más razonable es sostener que el disfrute fraccionado no lleva implícito el que esa mejor adecuación de los intereses familiares se haga sin tener en cuenta para absolutamente nada los intereses de la empresa, incurriendo en un ejercicio abusivo del derecho en atención a lo que dispone el artículo 7.2 Código Civil.

⁵⁴ Sobre ello y por todos, BALLESTER PASTOR, M. I.: *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral: una corrección de errores con diez años de retraso*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 61. Entre la doctrina judicial, SSTSJ Cataluña 22 marzo 2013 (rec. 6946/2012) y 13 julio 2004 (JUR 2004\218500).

⁵⁵ La posibilidad de fraccionamiento fue introducida por la LO 3/2007, de 22 de marzo. Hasta ese momento, el asunto se había debatido tanto en sede doctrinal como judicial, en ésta última con posiciones contrarias. Así, a favor del fraccionamiento, SSTSJ Asturias 30 diciembre 2014 (rec. 2600/2014), Castilla-La Mancha 6 julio 2006 (rec. 641/2005), Castilla y León (Burgos) 21 enero 2002 (rec. 3/2002) y Murcia 12 marzo 2001 (rec. 1080/2000), entre otras. En contra y por ejemplo, STSJ País Vasco 11 octubre 2005 (rec. 1647/2005).

⁵⁶ Que no de reducciones de jornada al margen del artículo 37.6 ET, pues no son idénticas ambas instituciones. Una cosa es la suspensión del contrato que provoca la excedencia y que, como se ha visto, puede ser continua en el tiempo o discontinua y otra bien distinta la reducción de la jornada, que no implica, como se conoce, suspensión alguna del contrato. En el mismo sentido, GIL PLANA, J.: «La excedencia para el cuidado de hijos o familiares: puntos...», *op. cit.*, p. 248.

Quedaría, con todo, la duda de si el disfrute fraccionado puede sobrepasar de algún modo los lapsos temporales fijados por el precepto estatutario. En la excedencia por cuidado de hijos, la respuesta se antoja negativa por cuanto los tres años son «a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa». Si los tres años comienzan a computarse desde esos puntuales momentos, habrá que convenir que el fraccionamiento debe producirse dentro de ese período y no ir más allá. Más dudas se plantean en el caso de la excedencia por cuidado de familiares en tanto que no existe ninguna previsión limitativa semejante a la que se prevé en la excedencia para el cuidado de hijos. Las opciones interpretativas, pues, que se abren son las siguientes. O bien entender que los dos años son duración máxima en todo caso, límite infranqueable incluso si se ejercita el derecho de modo fraccionado, o bien suponer que tal fraccionamiento podría ocasionar, en la práctica, un alargamiento de la duración de esta excedencia (se solicita inicialmente por un año, transcurren seis meses y se solicita de nuevo por otro año)⁵⁷. A mi modo de ver, parece más coherente con el establecimiento por parte del legislador de duraciones máximas que la excedencia por cuidado de familiares se pueda disfrutar en períodos sucesivos, pero siempre dentro de los dos años de duración a contar, eso sí, desde la petición inicial. No obstante y con todo, una interpretación literal de la norma, en la que ninguna referencia se realiza al *dies a quo* ni al *dies ad quem*, implicaría apostar por un razonamiento distinto. Por ello, no estaría de más, de nuevo, que se despejara también esta controversia en futuras reformas del precepto estatutario.

c) LA SUCESIÓN DE EXCEDENCIAS

Distinto al fraccionamiento, esto es, al disfrute de varios períodos suspensivos dentro de la misma excedencia, se encuentra la posibilidad, también contemplada por la norma, de que se sucedan en el tiempo varias excedencias. Ello ocurrirá «cuando un nuevo sujeto causante diera derecho a un nuevo período de excedencia», en cuyo caso, «el inicio de la misma dará fin al que, en su caso, se viniera disfrutando». Varias son las cuestiones que cabe plantear al respecto de esta previsión.

Así, en línea de principio, surge la duda de si opera automáticamente esta regla puesto que, de la literalidad de la norma, parece extraerse que, constatada la existencia de un nuevo sujeto causante, se cierra *ex lege* el anterior estado suspensivo y se reabre uno nuevo, sin que medie en modo alguno la voluntad de la persona trabajadora. Otra opción, sin embargo, sería entender que la regla no opera au-

⁵⁷ GIL PLANA, J.: «La excedencia para el cuidado de hijos o familiares: puntos...», *op. cit.*, p. 248.

tomáticamente, puesto que, al fin y al cabo, la excedencia es un derecho de la persona trabajadora, quien puede decidir si comenzar el disfrute de una nueva excedencia o continuar con la que se encontraba ya vigente. A mi modo de ver, la opción correcta, interpretada la norma en sus propios términos, pasa por considerar que aquélla ha de manifestar su derecho de permanecer en excedencia por el nuevo sujeto causante. Si ello así lo hace, la nueva excedencia pondrá fin a la primera, computándose la segunda desde que se produzca aquella comunicación al empresario y cercenándose, en consecuencia, la posibilidad de acumular períodos completos de excedencia por, por ejemplo, hijos sucesivos menores de tres años. En caso contrario, habrá que entender que la persona trabajadora desea permanecer, aun con dos sujetos causantes a su cargo, en la situación de excedencia en la que le coloca el primero, pudiendo, posteriormente y si aún reúne los requisitos para ello, acogerse a otra excedencia para el cuidado y la atención del segundo⁵⁸.

Con todo, la cuestión aquí estribaría en resolver cómo operaría la reserva de puesto de trabajo si existe una sucesión de excedencias. Obsérvese que si ha transcurrido el primer año, la reserva del concreto puesto de trabajo habrá decaído. Es más, incluso, se le puede haber ofrecido ese puesto a otro empleado que ya lo esté ocupando. Este problema, evidentemente, no acontecerá cuando la segunda excedencia se plantee en cualquier momento del segundo o tercer año de excedencia, puesto que, en estos supuestos, la empresa la única obligación que tiene es la de reservarle un puesto «del mismo grupo profesional o categoría equivalente». Pero, ¿cómo solventar la controvertida situación del primer año? De nuevo, se abren dos opciones interpretativas. O bien considerar que con la nueva excedencia se reabre de nuevo la posibilidad de generar la reserva del concreto puesto de trabajo ocupado cuando se inició la excedencia, lo que equivaldría a considerar que este concreto privilegio es totalmente indisponible para trabajador y empresario⁵⁹. O, por el contrario, entender que la persona trabajadora ya no tendría a su favor esa opción, porque la única que le quedaría, la que no habría agotado aún, sería la reserva a otro puesto de la empresa⁶⁰. A mi entender, únicamente en el caso de que el puesto de trabajo no hubiese sido aún ocupado por otro trabajador, podría sostenerse la interpretación según la cual a la nueva excedencia ha de anudarse la garantía de reserva del concreto puesto de trabajo durante el primer año. No obstante, si ya estuviese ocupado, ninguna norma, ninguna base legal existiría, para desplazar

⁵⁸ De la misma opinión JURADO SEGOVIA, Á.: «La excedencia por razones...», *op. cit.* p. 9.

⁵⁹ ASÍ, VALLE MUÑOZ, A.: *La protección laboral de la maternidad y la paternidad*, Colex, Madrid, 1999, p. 70.

⁶⁰ SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Comentario al artículo 46 ET», en AA. VV.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 715.

al nuevo empleado, por lo que, en estos casos, habrá que considerar que el excedente lo único a lo que tendría derecho es a la reserva de otro puesto de trabajo en la empresa, eso sí, dentro de su grupo profesional o categoría.

No contempla tampoco la norma si debe espaciarse una excedencia y la sucesiva, es decir, si debe mediar un determinado lapso temporal entre una y otra. El silencio creo que debe interpretarse de forma negativa, en tanto que si el legislador hubiera querido instaurar un período de espera, así lo hubiera hecho, tal y como acontece con la excedencia voluntaria y los cuatros años que deben mediar desde el final de la anterior excedencia voluntaria. Además, ciertamente no casa con la finalidad de estas excedencias que exista tal período cuando lo que se pretende es facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral y la atención a concretas necesidades familiares que se producen en un muy concreto momento y no en otro.

Por lo demás, parece evidente que la sucesión de excedencias *ex* artículo 46.3 ET sólo tendrá lugar en el supuesto de que exista un nuevo sujeto causante al que atender, no, por el contrario, cuando se mantuviera la necesidad de cuidado respecto del mismo sujeto. Ciertamente es que la ley no prohíbe expresamente esta posibilidad, pero, con la alusión a un «nuevo sujeto», parece imposible que, concluida la duración máxima de una excedencia o, incluso, en el curso de ésta, pueda disfrutarse de otra con respecto al mismo sujeto que causó la primera. Ello, desde luego, a salvo de mejora convencional o, al límite, de que pueda interpretarse que la causa que provoca la atención sea diferente. Lo que podría suceder, por ejemplo, si, una vez finalizado el período suspensivo correspondiente a la excedencia por cuidado de hijos, ese mismo hijo, sin solución de continuidad, resultara accidentado y tuviera su progenitor que ejercer el derecho a la excedencia por cuidado de familiares. O en el caso del menor acogido que, en el curso de la excedencia para su cuidado, es adoptado⁶¹ o de la persona mayor que genera una excedencia por cuidado de familiares por razón de su edad y, en el curso de ese lapso, sufre un accidente que le hace aún ser más dependiente del cuidado de otra persona.

B) La excedencia forzosa y por cargo sindical

a) LA EXCEDENCIA FORZOSA

Dispone la letra d) del artículo 37.3 ET que el trabajador dispondrá de un permiso para ausentarse del trabajo «por el tiempo indispensable, para el cumpli-

⁶¹ Admitiendo esta posibilidad, GIL PLANA, J.: «La excedencia para el cuidado de hijos o familiares: puntos...», *op. cit.*, p. 255.

miento de un deber inexcusable de carácter público y personal, comprendido el ejercicio del sufragio activo. Cuando conste en una norma legal o convencional un periodo determinado, se estará a lo que esta disponga en cuanto a duración de la ausencia y a su compensación económica. Cuando el cumplimiento del deber antes referido suponga la imposibilidad de la prestación del trabajo debido en más del veinte por ciento de las horas laborables en un periodo de tres meses⁶², podrá la empresa pasar al trabajador afectado a la situación de excedencia regulada en el artículo 46.1». En justa correspondencia, este último precepto señala que la excedencia forzosa «dará derecho a la conservación del puesto y al cómputo de la antigüedad de su vigencia [y] se concederá por la designación o elección para un cargo público⁶³ que imposibilite la asistencia al trabajo. El reingreso deberá ser solicitado dentro del mes siguiente al cese en el cargo público».

Como se observa, el criterio diferenciador que debe utilizarse para determinar qué supuestos de cargos públicos producen la excedencia y cuáles no es el siguiente: el de que el volumen de inasistencia al trabajo traspase o no unos límites que se han entendido como tolerables para el empresario, marcados

⁶² Ciertamente es que en la norma se hace referencia tanto al deber público como al cargo público. No obstante, parece difícil imaginar un supuesto de deber público en el que se excedan tales porcentajes.

⁶³ Entendiendo por cargo público el que se identifica no con el cargo burocrático o funcional de carrera, sino, más bien, con el cargo político de carácter temporal o amovible al que se accede por elección o por designación o nombramiento de la autoridad pública competente (STS 20 septiembre 2000, rec. RJ 8341). Siguiendo esta línea interpretativa, se deduce que el cargo ha de estar revestido de cierto carácter público, en el sentido de desarrollado en el ámbito de una Administración y con una cierta carga de actividad o de decisionismo político. Ello lleva a incluir, por lo tanto, en el radio de acción de la norma estatutaria, por una parte, a los cargos representativos o electivos y, por otra, a los cargos de designación política que participan en las decisiones de gobierno mediante el desempeño personal de los distintos órganos de las Administraciones Públicas. En estos casos, se encuentran, por ejemplo, numerosos cargos orgánicos, como los Ministros, los Subsecretarios, los Secretarios Generales, los Directores Generales, los cargos equivalentes de las Administraciones autonómicas o municipales, los Delegados del Gobierno, los Directores o los Delegados provinciales. No es el caso, sin embargo, de aquellos empleos de gestión o asesoramiento que sirven de apoyo a quienes desempeñan los anteriores cargos políticos. En estos supuestos, se ha entendido que, pese a que se trata de puestos designados a través de una relación de confianza de carácter temporal (sus titulares pueden ser cesados en cualquier momento), no pueden ser equiparados a los cargos públicos. Y ello porque su tarea no tiene carga alguna de responsabilidad política por no suponer participación en las facultades de decisión sobre asuntos públicos o de interés general. Así, STS 13 noviembre 2007 (rec. 3187/2006). La previsión estatutaria, en fin y a la vista de las decisiones judiciales, tampoco alcanzarían a aquellos trabajadores que hubieran suscrito una relación laboral con la Administración o cuyo nombramiento se hubiera realizado directamente y por propia iniciativa de un determinado grupo, asociación o sociedad en interés propio y en base a una relación privada. Es lo que ocurre, por ejemplo, en los supuestos de nombramientos efectuados a través de un contrato laboral para realizar funciones de director gerente en una sociedad anónima regida por la Ley de Sociedades (STSJ Islas Baleares 30 diciembre 2009 (rec. 324/2009), con los nombramientos para realizar funciones de director general de una sociedad anónima de capital municipal (STS 18 septiembre 2007, rec. 2432/2006) o en el caso de ejercicio de cargos de gobierno en un colegio profesional (STSJ Extremadura 13 enero 1992, rec. 651/1991). En consecuencia, la persona trabajadora que ostente un cargo público pero no en el sentido que le otorga la jurisprudencia al término, únicamente podrá acogerse a la suspensión que contempla el artículo 45.1.f) ET, no a la excedencia del artículo 46.1 ET.

tales límites en el 20% de las horas laborales en tres meses⁶⁴. Si el desempeño del cargo es absolutamente compatible con la prestación laboral, no cabrá aplicar el régimen de la excedencia forzosa, canalizándose las inasistencias de la persona trabajadora a través de la figura del permiso retribuido. Pero, de comprobar el empresario que se han traspasado tales límites, estaría facultado para colocarla en la situación de excedencia forzosa con consiguiente pérdida del salario. No obstante, no estaría obligado a ello⁶⁵. Y es que nada impediría que se mantuviera la situación interruptiva con derecho al salario o que, por ejemplo, se llegara al acuerdo de conceder en estos casos una serie de licencias no retribuidas. Por su parte, la persona trabajadora también podría, si así lo decidiera, situarse por propia voluntad en la situación de excedencia. De hecho, quizás fuera lo más diligente por su parte, habida cuenta de que su ausencia estaría causando una serie de desajustes en la organización del trabajo, que no tendría por qué permitir que se produjeran si el ordenamiento le ofrece los mecanismos oportunos para evitarlo. Problema distinto que también se ha planteado la doctrina es qué ocurriría si se hubiera pactado una distribución de la jornada irregular. Porque, fíjese que tal y como está redactado el artículo 37.3.d) ET parece que el porcentaje del 20% ha de ser referido a la jornada ordinaria a realizar en un período de tres meses consecutivos. Pero ¿y si la jornada de esos tres meses resulta ser diferente a la del resto del año? Pues bien, aquí se han aportado dos soluciones. O bien entender que hay que referirse a los tres últimos meses realmente trabajados y a la jornada que para ellos estaba prevista, o bien aplicar el porcentaje del 20% a las horas laborales que, en cómputo anual, corresponderían a tres meses⁶⁶.

Por lo que atañe a la duración de la excedencia, se desprende del artículo 37.3.d) ET que ésta deba ser la imprescindible, lo que conduce a considerar que la situación suspensiva cubrirá todo el tiempo en que se desempeñe el cargo público. En cierta manera es lógico que el legislador no haya precisado un concreto período de tiempo, pues, habida cuenta de la naturaleza de los diversos cargos públicos que se pueden desempeñar, poco se puede predecir

⁶⁴ Fíjese que, como se está ante una norma mínima, tal porcentaje podría ser modificado a favor de los trabajadores, pero nunca empeorado. Una cláusula convencional que así lo hiciera debería reputarse como ilícita.

⁶⁵ STS 19 marzo 1986 (RJ 1352).

⁶⁶ De la primera opinión son GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las excedencias en el Derecho del Trabajo*, Comares, Granada, 1999, p. 171 y SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: «Las interrupciones de la prestación laboral», en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.): *Régimen general del contrato de trabajo*, Vol. I, Aranzadi, Navarra, 2010, p. 1289. De la segunda, ALFONSO MELLADO, C. A., PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: «El desempeño de cargo público y la excedencia forzosa regulada en el artículo 37.3.d), párrafo segundo ET», en *Tribuna Social*, n.º 53, 1995, p. 24.

acerca del tiempo que se pueda invertir en ellos. Por este motivo, no parece existir problema en que se alargue la excedencia cuando se desempeñen distintos cargos sin solución de continuidad, bastando, en línea de principio, con que se comunique y justifique al empresario esta circunstancia. Y a la inversa. Porque conviene cuestionarse también qué ocurriría si estando la persona trabajadora en situación de excedencia, llegase un momento en que ya no se superase el porcentaje de horas señalado. ¿Podría aquél solicitar su reingreso a la empresa y hacer uso de nuevo del permiso retribuido? En estos casos, se ha entendido que el pase a la situación de excedencia forzosa es algo que ocurre con todas sus consecuencias, por lo que tal situación únicamente finalizaría cuando se cesara en el cargo, como así lo dispone el artículo 46.1 ET y a salvo de pacto en contrario con el empresario⁶⁷. No obstante, entiendo que otra interpretación puede ser posible, una interpretación más flexible y acorde con la nueva situación de la persona trabajadora, que lleve a considerar que es posible el cese anticipado en la situación de excedencia si puede compatibilizarse trabajo y desempeño del cargo de un modo tal que las ausencias que se vayan a producir no incidan de modo importante en la prestación de trabajo⁶⁸. El propio redactado estatutario, además, parece que avalaría esta tesis. Porque fíjese que lo que se impone normativamente es que, una vez finalizada la situación de la que nace el derecho a colocarse en excedencia, la persona trabajadora no pueda prolongar la misma, siéndole obligado solicitar la reincorporación en el plazo de un mes. Pero a lo que no se le obliga, porque nada se dice al respecto, es a que la reincorporación sólo la pueda realizar tras el cese.

b) LA EXCEDENCIA POR CARGO SINDICAL

Señala, en fin el número cuatro del artículo 46 ET que «podrán solicitar su paso a la situación de excedencia en la empresa los trabajadores que ejerzan funciones sindicales de ámbito provincial o superior mientras dure el ejercicio de su cargo representativo». Esta disposición hay que anudarla a lo que dispone el artículo 9 LOLS. Según este precepto, las personas trabajadoras que ostenten cargos electivos a nivel provincial o superior en las organizaciones sindicales disfrutan de dos tipos de derechos destinados a promocionar el hecho sindical y a consolidar y desarrollar el papel de los sindicatos como asociacio-

⁶⁷ De igual modo, ALFONSO MELLADO, C. A., PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: «El desempeño de cargo...», *op. cit.* p. 27.

⁶⁸ STSJ Andalucía (Granada) 15 enero 1997 (rec. 209/1995).

nes de relevancia constitucional (art. 7 CE y art. 2.1.c) LOLS). Son el derecho a obtener los permisos no retribuidos necesarios para el desarrollo de sus funciones (art. 9.1.a) LOLS) y el derecho a situarse en excedencia mientras dure el ejercicio de su cargo representativo (art. 9.1.b LOLS). Ambos tienen como singular objetivo incentivar la participación de los trabajadores en la vida sindical, facilitando que su dedicación a actividades de gestión y representación del sindicato pueda compatibilizarse con su prestación laboral y que las ausencias que por este motivo se produzcan no se reputen como faltas de asistencia al trabajo sancionables disciplinariamente.

Pues bien, por lo que aquí importa, son muchas las cuestiones que podrían tratarse al respecto de la excedencia por razones sindicales.⁶⁹ No obstante, la atención debe centrarse en su duración. Y es que fíjese que estamos, como en el caso anterior, ante una excedencia sin plazo determinado de tiempo, pues todo dependerá de cuál sea la duración que los estatutos sindicales prevean para el concreto cargo que se desempeñe. Lo que es evidente, en todo caso, es que la persona trabajadora deberá comunicar al empresario la fecha de inicio de la misma y ello tanto por los motivos señalados anteriormente de facilitar la reorganización del proceso productivo, así como porque es un situación en la que se coloca por decisión propia. Fecha de inicio, además, que no tiene necesariamente que coincidir con el momento temporal en el que se accede al cargo. La persona trabajadora que tiene este tipo de responsabilidades podrá o bien acceder a la excedencia o bien hacer uso de los permisos no retribuidos que, no se olvide, le concede el artículo 9.1.a) LOLS. Será una determinación propia la que le lleve a escoger entre uno u otro medio de actuación tomada sobre la base de su intención de conceder más o menos tiempo a las responsabilidades sindicales. Es por ello por lo que, en la práctica, podrán darse situaciones en las que la persona trabajadora escoja hacer uso de su derecho a colocarse en situación de excedencia tras un período de tiempo en el cargo más o menos prolongado. Por lo demás, razones de buena fe en el ejercicio de este derecho, aconsejarían también que se indicara la duración estimada de la excedencia, extremo que, en principio y salvo acaecimiento de vicisitudes que acorten o alarguen su período de disfrute (en caso de reelección, por ejemplo)⁷⁰, será fácil de dilucidar a la vista de los estatutos o reglamentos internos de la organización.

⁶⁹ Sobre todas ellas, BLASCO JOVER, C.: *Tiempo de trabajo y permisos del trabajador por motivos personales y sindicales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 159 a 184.

⁷⁰ No se entra a discutir si la reelección en el cargo provoca una nueva situación de excedencia o prórroga de la anterior. Al respecto, pueden verse las opiniones de BALLESTER LAGUNA, F.: *La excedencia por ejercicio de cargo sindical*, Comares, Granada, 2003, pp. 109 a 111.

La excedencia, en otro orden de ideas, concluirá cuando finalice el mandato representativo. Desaparecida la causa que la motivó, ya no habrá justificación alguna para que se continúe en ella. No otra cosa puede interpretarse a la vista de lo dispuesto en los redactados normativos⁷¹. Esta circunstancia podrá sobrevenir, desde luego, por cumplimiento del período íntegro de mandato, pero también, incluso, por dimisión anticipada de la persona trabajadora en su cargo o por sanción impuesta por el sindicato que le haga perder su cargo (una inhabilitación, por ejemplo)⁷². En todo caso, tras la finalización del mandato, existe la obligación de reincorporación al puesto de trabajo en un plazo determinado desde el cese. Ese plazo será, para el caso de que se ejercite la excedencia por mor del artículo 46.3 ET, de treinta días naturales y, para el caso de que se ejercite *ex* artículo 9.1.b) LOLS, de un mes⁷³. Más allá del detalle de la disparidad de criterios a la hora de fijar el período temporal en que deba procederse al reingreso y del distinto cómputo que ello implica⁷⁴, fíjese, en línea de principio, que, durante ese tiempo, la persona trabajadora seguirá estando en excedencia hasta en tanto no se reincorpore. Y ello aunque ya no desempeñe funciones sindicales. Es, pues, una pequeña prórroga lo que se ha venido a conceder por imperativo legal, durante la cual subsistirán los efectos propios de esta excedencia y que, en absoluto, llega a desvirtuar la naturaleza de la institución.

Desde luego, la no reincorporación en el plazo indicado supondrá la extinción del contrato por abandono, pues habiendo podido cumplir con el mandato legal, la persona trabajadora lo habría obviado prefiriendo no regresar a su puesto de trabajo.⁷⁵ Naturalmente, ello sin perjuicio de que la empresa acuerde, no obstan-

⁷¹ Tanto el artículo 46.4 ET como el artículo 9.1.b) LOLS aclaran que esta situación se mantendrá «mientras dure el ejercicio de su cargo representativo».

⁷² Sobre el tratamiento a otorgar al supuesto singular de suspensión temporal del mandato, *Vid.* BALLESTER LAGUNA, F.: *La excedencia por...*, *op. cit.*, pp. 101 y 102. Básicamente, habría dos alternativas. Una primera que pasaría por considerar que, durante el período suspensivo, la persona trabajadora debe regresar a su puesto de trabajo en tanto que ha desaparecido, aunque temporalmente, la causa que motivó la excedencia. Otra segunda que consistiría, por el contrario, en entender que aquélla debe proseguir en la excedencia.

⁷³ Como previsión más favorable, existen convenios que amplían ese plazo. Así, por ejemplo, el convenio colectivo marco estatal de ocio educativo y animación sociocultural (resolución de 10 de marzo de 2021, BOE de 22 marzo) lo amplía a sesenta días.

⁷⁴ En efecto, téngase en cuenta que, según el artículo 5 Código civil, «siempre que no se establezca otra cosa, en los plazos señalados por días, a contar de uno determinado, quedará éste excluido del cómputo, el cual deberá empezar en el día siguiente; y si los plazos estuviesen fijados por meses o años, se computarán de fecha a fecha».

⁷⁵ También se ha llegado a calificar a la no reincorporación dentro del plazo como de decaimiento del derecho por su no ejercicio en tiempo hábil. Así, CAMACHO ORTEGA, J. D.: *La excedencia sindical*, *Ibidem*, Madrid, 1997, p. 200. En cualquier caso, igual efecto extintivo tendría la petición extemporánea del reingreso habida cuenta del carácter máximo del plazo de reincorporación. Sobre qué causa concreta

te, su readmisión o el convenio colectivo establezca una norma contraria más ventajosa⁷⁶. Al hilo de lo expuesto, cabe preguntarse, también, si puede la persona trabajadora reincorporarse en la empresa antes de que finalice su mandato sindical. Pues bien, en principio, ningún obstáculo parece que pueda verse en ello. Recordando una idea anterior, fíjese que lo que se impone normativamente es que, una vez finalizada la situación de la que nacía el derecho a colocarse en excedencia, no se pueda prolongar la misma, siendo obligada la reincorporación en los plazos antes mencionados. Pero a lo que no se le obliga es a que la reincorporación sólo la pueda realizar tras el cese. Podría oponerse a ello que tal interpretación sería tanto como dejar a la voluntad de la persona trabajadora pedir la excedencia y la reincorporación cuantas veces quisiera; pero no debe olvidarse que todo derecho tiene, como contrapartida, la proscripción de su abuso a través de los oportunos mecanismos legales o convencionales destinados al efecto⁷⁷.

Por lo demás, obsérvese, en fin, que del tenor normativo parece deducirse que, en cualquier momento de esta prórroga de treinta días o de un mes, la persona trabajadora podrá hacer uso de su derecho a reingresar a la empresa comunicando que ha desaparecido la causa que motivó la situación suspensiva. No obstante, nada se indica acerca de una pretendida obligación de comunicar anticipadamente el regreso. Lo que es tanto como decir que, al no fijarse normativamente un plazo de antelación para la petición de reingreso desde la excedencia, la que en tal sentido se haga, con tal de ser anterior a la fecha en que finalicen los plazos antes indicados, habrá de entenderse correcta y pertinente. En principio, pues, bastará con que el excedente se presente en la empresa y manifieste en ese momento su intención de retornar a la misma. Con todo, como quiera que de lo que se trata siempre, en aras al principio de buena fe, es de armonizar en la medida de lo posible los intereses de ambas partes de la relación laboral, lo más razonable es entender que trabajador y empresario debieran intentar llegar a un acuerdo sobre el particular. Acuerdo que podrá ser individual, esto es, pactado con la persona trabajadora, colectivo, firmado con el propio sindicato, o, incluso, convencional, plasmado en el convenio de aplicación.⁷⁸

de extinción del vínculo contractual podría albergar esta situación, *Vid.* las reflexiones de BALLESTER LAGUNA, F.: *La excedencia por...*, *op. cit.*, pp. 129 a 137.

⁷⁶ Por ejemplo, el convenio colectivo de EPE Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima (resolución de 8 de enero de 2021, BOE de 21 de enero), prevé que, en caso de no efectuarse la solicitud de reingreso en el indicado plazo, la persona trabajadora pasará a la situación de excedencia voluntaria por interés particular por un período mínimo de dos años.

⁷⁷ En este sentido, se pronuncia la STSJ Andalucía (Granada) 15 enero 1997 (rec. 209/1995). Entendiendo, por el contrario, que la duración de la excedencia va inexorablemente unida a la duración del cargo, BALLESTER LAGUNA, F.: *La excedencia por...*, *op. cit.* pp. 104 y 105.

⁷⁸ Los acuerdos serán siempre, pues, la mejor vía para lograr la adaptación a la circunstancias de cada caso. No obstante, debe tenerse presente que, para evitar efectos distorsionadores, el incumplimiento

5. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALFONSO MELLADO, C. A., PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: «El desempeño de cargo público y la excedencia forzosa regulada en el artículo 37.3.d), párrafo segundo ET», en *Tribuna Social*, n.º 53, 1995.
- BALLESTER LAGUNA, F.: *La excedencia por ejercicio de cargo sindical*, Comares, Granada, 2003.
- BALLESTER PASTOR, M. I.: «El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol», en *Temas Laborales*, n.º 146, 2019.
- *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral: una corrección de errores con diez años de retraso*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- BLASCO JOVER, C.: «La necesidad de adaptar ciertos derechos personales y familiares a parejas de hecho y núcleos monoparentales», en *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n.º 451, 2020.
- «La nueva configuración del permiso por lactancia y del derecho a la adaptación de jornada tras el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la igualdad de mujeres y hombres en el empleo y la ocupación», en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 7, n.º 2, 2019.
- «La posibilidad de lucrar la prestación por maternidad en el Régimen General y en el RETA desde la situación de excedencia por cuidado de hijos», en *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, n.º 387, 2015.
- *Tiempo de trabajo y permisos del trabajador por motivos personales y sindicales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- «Tres preguntas (con respuesta) sobre la excedencia por cuidado de hijos: cuando se requiere reformar la norma para ampliar su protección», en *Revista de derecho social*, n.º 86, 2019.
- BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: «La diversa problemática sobre la incapacidad temporal de larga duración, en *Aranzadi Social*», n.º 9, 2010.
- BELTRÁN DE HEREDIA, I.: «La suspensión de la relación de trabajo por incapacidad permanente con previsible revisión por mejoría», en *Aranzadi Social*, n.º 7, 2009.
- CAMACHO ORTEGA, J. D.: *La excedencia sindical*, Ibídem, Madrid, 1997.

del preaviso no debería llevar aparejada como consecuencia la extinción del contrato de trabajo. Y ello porque tal previsión contravendría la configuración natural del derecho a esta excedencia al impedir que se pudiera desplegar su consecuencia principal, el derecho a la reincorporación en el puesto de trabajo. En este sentido, se ha dicho, a mi parecer de forma convincente, que no sería, por el contrario, contraproducente que, por ejemplo, se pospusiera el retorno en tantos días de preaviso incumplidos. Esta sanción no impediría en sí la reincorporación y mantendría intacto el derecho del empresario a reorganizar sus efectivos ante el reingreso del excedente. Sobre ello, BALLESTER LAGUNA, F.: *La excedencia por...*, *op. cit.*, p. 118.

- CORDERO GORDILLO, V.: «La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento de hijo o hija, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento tras el RDL 6/2019, de 1 de marzo», en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 7, n.º 3, 2019.
- CRUZ VILLALÓN, J.: «El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º extraordinario, 1997.
- DÍAZ RODRÍGUEZ, J. M.: «Incapacidad temporal y recaída: especial referencia a la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1998», en *Anales de la Facultad de Derecho*, n.º 22, 2005.
- DILLA CATALÁ, M. J.: «La nueva regulación de la excedencia por cuidado de hijos», en *Actualidad Laboral*, n.º 40, 1995.
- GIL PLANA, J.: «La excedencia para el cuidado de hijos o familiares: puntos críticos», en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n.º 133, 2017.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «Hacia la corresponsabilidad mediante la suspensión por nacimiento de hijos», en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 53, 2019.
- «La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», en *Relaciones Laborales*, n.º 24, 1999.
- *Las excedencias el Derecho del Trabajo*, Comares, Granada, 1999.
- JOVER RAMÍREZ, C.: «La difícil supervivencia de la conciliación entre la vida laboral y familiar en tiempos de crisis y reforma», en *Aranzadi Social*, n.º 4, 2013.
- JURADO SEGOVIA, Á.: «La excedencia por razones familiares: puntos críticos», en *Actualidad Laboral*, n.º 5, 2012.
- LAFUENTE SUAREZ, J. L.: «Las competencias de emisión de bajas y altas en la incapacidad temporal. Su revisión judicial», en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, n.º 21, 2019.
- LÓPEZ RODRÍGUEZ, J.: «La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento: ¿hacia una efectiva corresponsabilidad? », en *Lan Harremanak*, n.º 45, 2021.
- LÓPEZ TERRADA, E.: «Corresponsabilidad y permisos parentales: la menor edad protegida por el ordenamiento español», en FERNÁNDEZ PRIETO, M. y CABEZA PEREIRO, J. (Coords.): *Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo*, Bomarzo, Albacete, 2012.
- LOUSADA AROCHENA, J. F.: «Las excedencias familiares», en *Tribuna Social*, n.º 229, 2010.
- «Maternidad y conciliación en el trabajo por cuenta ajena tras el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo: una primera aproximación», en *Revista de Derecho Social y de Empresa*, n.º 11, 2019.
- MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R.: «Un paso más hacia la corresponsabilidad real: la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento de hijo o hija, por adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento tras el Real Decreto-Ley 6/2019», en *Derecho social y de la empresa*, n.º 12, 2020.

- MORENO GENÉ, J.: «De la suspensión del contrato por paternidad a la suspensión del contrato del otro progenitor por nacimiento de hijo: ¿un paso definitivo hacia la corresponsabilidad?», en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 227, 2020.
- PÉREZ DEL RÍO, T.: «La ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales: temas de debate», en *Temas laborales*, n.º 52, 1999.
- RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: *La incapacidad temporal como causa de extinción del contrato*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «La excedencia por razones familiares: una realidad jurídica necesitada de mayor protección social», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 11, 2007.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: «Las interrupciones de la prestación laboral», en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.): *Régimen general del contrato de trabajo*, Vol. I, Aranzadi, Navarra, 2010.
- SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Comentario al artículo 46 ET», en AA. VV.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- VALLE MUÑOZ, A.: *La protección laboral de la maternidad y la paternidad*, Colex, Madrid, 1999.

CAPÍTULO XX

LA EXCEDENCIA VOLUNTARIA: CUESTIONES CONTROVERTIDAS

MARÍA DEL SOL HERRAIZ MARTÍN

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Aunque la excedencia voluntaria sea un tema clásico, no se encuentra exenta de afrontar la constante transformación que supone la nueva realidad social y económica. En efecto, una institución como la que va a ser objeto de estudio, a pesar de su consolidación en nuestro ordenamiento jurídico, se encuentra ante problemas novedosos a los que, tanto la jurisprudencia como la negociación colectiva, deben ir ofreciendo solución porque, sin duda, la excedencia voluntaria ocupa un papel sumamente relevante en la gestión del tiempo de trabajo en el ámbito de las relaciones laborales.

Esta circunstancia que acaba de describirse es la que provoca la elaboración de este análisis, centrado, principalmente, en aquellas cuestiones de actualidad que, ante la escasa regulación legal, originan la intervención obligada de los tribunales y los convenios colectivos en orden a intentar paliar la inseguridad jurídica existente.

Por tanto, en las siguientes líneas se abordarán las principales controversias y litigios que en la práctica se proyectan sobre esta tradicional, pero com-

pleja, institución. Y se realizará a través de una reflexión acerca de los más solventes y actuales criterios de interpretación y aplicación utilizados por los tribunales y mediante el estudio de algunas de las numerosas y, en ocasiones, perversas cláusulas convencionales.

Antes de comenzar el objetivo propuesto, y con el foco centrado en la comprensión de los problemas de aplicación práctica que acompañan a la excedencia voluntaria se hace preciso recordar, aunque sea de forma breve, su recorrido histórico porque no puede olvidarse que el nacimiento de esta modalidad especial de suspensión del contrato de trabajo se enmarca en el Derecho Administrativo. De forma que el derecho a la excedencia encuentra su andadura como derecho específico del colectivo de funcionarios públicos¹, traspasándose solo *ex post* al Derecho del Trabajo². Concretamente, la configuración próxima a la actual tuvo lugar en las Bases de 22 de julio de 1918³, y su consolidación en el ámbito laboral se produjo a través de las normas sectoriales, tanto a través de las bases de trabajo de los Jurados Mixtos como, más adelante con las Reglamentaciones de Trabajo⁴ y las ordenanzas laborales. Si bien, la excedencia no se generalizó hasta la Ley de Relaciones Laborales, y su artículo 26 no modificó su régimen jurídico⁵.

Además de esta expansión del ámbito de aplicación de la excedencia, el paso del tiempo ha ocasionado modificaciones en su configuración jurídica y la tipología. Estos cambios no han respondido a una dinámica similar en el ámbito funcionarial y laboral, debido, principalmente, a que las modalidades de excedencia no son iguales en el plano administrativo que en el laboral⁶ y han ido surgiendo nuevos tipos en nuestra disciplina.

¹ La excedencia fue regulada por primera vez en el Proyecto de Ley de 20 de mayo de 1862 y se vinculaba a la reducción o supresión de plazas en el ámbito funcionarial por motivos de organización. Debe resaltarse que el principal efecto era, en todo caso, la conservación de los derechos económicos del funcionario excedente.

² Esta circunstancia denota, para determinados autores, destacando PÉREZ BOTIJA, E., una clara evidencia de la influencia del Derecho Administrativo sobre las relaciones laborales. Este autor, muestra de la doctrina científica clásica llegó a considerar que el Derecho del Trabajo logra ser una disciplina autónoma después de seguir el cauce del Derecho Administrativo, en, «Aportaciones del Derecho Administrativo al Derecho del Trabajo». *Estudios en homenaje a Jordana de Pozas*, Tomo III, vol. 3, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, p. 1.

³ Ley de Bases de 22 de julio de 1918, acerca de la condición de los funcionarios de la Administración Civil del Estado.

⁴ Vid. VIDA SORIA, J.: «Suspensión del contrato de trabajo», en AAVV, *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, Edersa, 1983, t. IX, p. 99.

⁵ Un estudio pormenorizado del nacimiento y evolución histórica de la regulación de la excedencia laboral, en PEDRAJAS MORENO, A.: *La excedencia laboral y funcionarial*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1983, pp. 152-183.

⁶ El Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público recoge en su artículo 89 las siguientes modalidades de

Nos encontramos, por tanto, ante una institución que, debido a su evolución histórica, sus modalidades y la escasa regulación legal se caracteriza por su difícil precisión a la hora de dar forma al concepto de la misma.

No obstante, sí puede afirmarse desde un primer momento que la excedencia voluntaria supone el cese durante un periodo de tiempo de las principales prestaciones del contrato de trabajo. Debe advertirse por tanto, que la temporalidad es una característica básica de la institución objeto de estudio, salvo, como se verá acto seguido, que no llegara a existir nunca una vacante apropiada.

Por otro lado, es cierto que la excedencia paraliza la obligación de prestar servicios y la sinalagmática de retribución como ocurre en todos los supuestos de suspensión del contrato de trabajo recogidos en el artículo 45 ET⁷. Pero, también es igual de cierto, que no todas las excedencias anidan en el listado, pues en el precepto citado únicamente se hace alusión expresa a la excedencia forzosa (art. 45.1.k ET).

Es decir, si por una parte no hay extinción del contrato y, por otra, no todas las excedencias se encuentran bajo la envoltura del artículo del Estatuto de los Trabajadores que regula los motivos de suspensión laboral, podría afirmarse que estamos ante una figura o institución jurídica con un margen de autonomía y diferencia de las causas de suspensión del contrato de trabajo. Circunstancia que permite configurar la excedencia voluntaria como un supuesto de suspensión especial.

En definitiva, partiendo de estas aproximaciones, podría definirse la excedencia voluntaria como suspensión especial de la relación laboral, en la que el cese en la prestación de servicios es ocasionado por una decisión del trabajador que, previamente a su solicitud, cumple una serie de requisitos formales, sin ocasionar ruptura del vínculo contractual⁸.

Para finalizar, y a modo introductorio, sirva decir que un tema de actualidad como la excedencia voluntaria requiere, sin lugar a dudas, ser perfilado porque supone una herramienta imprescindible en una sociedad como la actual, que valora cada vez más la autonomía en el equilibrio y gestión de su vida laboral.

excedencia: de los funcionarios de carrera: a) Excedencia voluntaria por interés particular. b) Excedencia voluntaria por agrupación familiar. c) Excedencia por cuidado de familiares. d) Excedencia por razón de violencia de género. e) Excedencia por razón de violencia terrorista.

⁷ «La suspensión exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo» (artículo 45.2 ET)

⁸ HERRAIZ MARTÍN, M.^a S.: *La excedencia voluntaria*, Tirant lo Blanch, laboral, n. 260, Valencia, 2019, p. 23.

2. LA DURACIÓN Y EL PAPEL DE LAS PRÓRROGAS

La excedencia voluntaria regulada en el artículo 46.2 ET es un derecho de suspensión contractual que genera el trabajador con al menos un año de antigüedad en la empresa por un tiempo mínimo de 4 meses y máximo de 5 años. Este requisito formal y la duración conforman la parca regulación de este tipo de suspensión del contrato. Únicamente, en el apartado 5 del artículo 46 se añade que la persona trabajadora en situación de excedencia voluntaria, exclusivamente, conserva un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa.

La duración de la excedencia voluntaria es, en principio, de libre elección, si bien el legislador impone una limitación traducida en el establecimiento de unos topes mínimos y máximos con la clara intención de evitar las repercusiones excesivamente gravosas sobre la empresa. Limitaciones que, sin embargo, no deben entenderse constituyan un derecho imperativo absoluto⁹, sino relativo porque admiten una regulación convencional de mejora.

A estos efectos es preciso advertir dos situaciones que podrían concurrir. En primer lugar, si el trabajador pretendiera disfrutar de sucesivas excedencias voluntarias mientras sigue trabajando en la misma empresa, el propio artículo 46 ET impone la obligación de respetar un plazo de cuatro años entre las mismas. Es decir, el derecho del trabajador a solicitar excedencia voluntaria sólo podrá ser ejercitado de nuevo en la misma empresa si han transcurrido cuatro años desde el final de la anterior excedencia¹⁰. Por otra parte, la ley, entre otros muchos aspectos, no recoge la posibilidad de que el plazo inicial solicitado, si es inferior a los 5 años, sea susceptible de ampliación a través de sucesivas prórrogas hasta ese tope máximo.

La respuesta jurisprudencial a la segunda cuestión controvertida planteada vino de la mano de la de la sentencia del TS de 11 de diciembre de 2003¹¹.

⁹ Así lo advirtió FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, V., «Otros tipos de excedencia: voluntaria, por nacimiento de hijos y por ejercicio de funciones sindicales», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 7, 1981.

¹⁰ La finalidad no es otra que evitar la continua salida y entrada del empleado a la empresa. Vid. PEDRAJAS MORENO, A., *La excedencia laboral...*, op. cit. p. 317.

¹¹ Rec. 43/2003. Sentencia posteriormente ratificada, por ejemplo, STS 23 julio 2010 (rec. 95/201), en la que se afirmaba que «*En efecto, el hecho de que el legislador haya aceptado la posibilidad de que la excedencia pueda alcanzar una duración de entre dos y cinco años supone reconocer al trabajador un derecho a suspender su relación laboral con la empresa en función de sus intereses personales, laborales o familiares, pero no lleva implícito el que esa adecuación de sus intereses se haga sin tener en cuenta para nada los intereses de la empresa, pues, ésta, una vez concedida la excedencia por el período solicitado tiene derecho a poder organizar sus propios intereses en función del período por el que el trabajador optó, y ese derecho quebraría si tuviera que someterse a variaciones ulteriores unilateralmente decididas por el trabajador excedente*». En igual dirección, STS de 20 junio 2011 (rec. 2366/2010).

Hasta entonces, tanto la doctrina jurisprudencial como científica¹², defendían el derecho del trabajador no solo a establecer la duración de la excedencia voluntaria, sino también a prorrogar su disfrute de manera unilateral. Esta facultad, no obstante, aparecía limitada de forma doble. Por un lado, debía respetarse el límite de duración legal o convencional establecido y, por otra parte, no debía haberse producido la reincorporación del excedente a la empresa.

Pero, desde el año 2003, mediante una interpretación literal del precepto que regula el régimen jurídico de la excedencia, la doctrina jurisprudencial afirmó que, aunque la ley reconozca la libertad de elección de la duración de la excedencia, sin embargo, el trabajador no puede alterar ese periodo de manera unilateral. Admitir lo contrario y permitir variaciones en la duración de la excedencia de la forma descrita quebraría el equilibrio buscado¹³.

Por tanto, la posibilidad de prórroga queda supeditada a que la autonomía colectiva así lo haya reconocido de forma expresa. En este supuesto, la duración inicial de la excedencia voluntaria podría prorrogarse hasta el máximo legalmente establecido. De forma que cualquier prórroga de una excedencia de carácter voluntario, se va a entender como un nuevo ejercicio del derecho¹⁴. Consecuentemente, el empleador no se encuentra obligado a conceder prórrogas a las excedencias voluntarias solicitadas, salvo especificación por convenio.

3. DELIMITACIÓN DE LA VACANTE

Como se ha advertido, el artículo 46.5 ET establece que «*El trabajador en excedencia voluntaria conserva solo un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa*». Consecuentemente, conforme a esta redacción, el interrogante que requiere una delimitación inmediata es el referente a qué debe entenderse

¹² RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: «El reingreso del trabajador con excedencia voluntaria», *Relaciones Laborales*, 1987, t. 1, p. 6, en este sentido, afirmó que, si bien el Estatuto de los Trabajadores no hace alusión expresa a favor de la posibilidad de prorrogar la situación de excedencia, las partes sí podían acordarlo. En dirección contraria se pronunció PEDRAJAS MORENO, A.: «*Salvo la situación de prórroga tácita de la excedencia voluntaria por inexistencia de vacante en el momento de reingreso... no contiene el Estatuto de los Trabajadores pauta alguna que permita apoyar la posibilidad de prorrogar la situación más allá del período de duración establecido en cada caso, a salvo el principio general que permite el mutuo acuerdo entre las partes en esta materia*», en *La excedencia laboral...*», *op. cit.*, p. 319.

¹³ HERRAIZ MARTÍN, M.^a S.: *La excedencia...*, *op. cit.*, p. 61.

¹⁴ STS de 20 de junio de 2011 (rec. 2366/2010).

por el término «vacante». Para ofrecer una respuesta se hace preciso acudir a la doctrina judicial y jurisprudencial en orden a determinar el efectivo y correcto reingreso del trabajador excedente con carácter voluntario.

La reincorporación del trabajador en situación de excedencia voluntaria deviene posible solo si existe disponible en la empresa una vacante real, o la negociación colectiva reconoce de forma expresa la readmisión inmediata¹⁵. Es decir, si la negociación colectiva guarda silencio al respecto, la cuestión controvertida se centra en determinar si la vacante debe, o no, ser exactamente la misma que el trabajador ocupaba en el momento de solicitud de la excedencia.

En primer lugar, debe partirse de la delimitación o significado de vacantes que pueden ser consideradas de *similar categoría*, debido a la no exigencia de idéntica categoría, circunstancia que hace mayor la posibilidad de reingreso. La doctrina judicial y científica ha venido entendiendo tradicionalmente, de manera mayoritaria, que no serían de similar categoría todas las plazas que anidan en el grupo al que anteriormente pertenecía el trabajador excedente, sino solo las que implicasen tareas profesionalmente equivalentes¹⁶.

No obstante, la extensión de la vacante a categorías dentro del grupo profesional ha venido siendo defendida a través del tiempo, con más o menos limitaciones¹⁷. Y, precisamente, cada vez más hacia esta dirección se dirige la doctrina judicial más actual conforme a los actuales artículos 22 y 39 del Estatuto de los Trabajadores.

En igual sentido, los tribunales advierten que, aunque la ley hace referencia a «*vacantes de igual o similar categoría*», la negociación colectiva ostenta la posibilidad de extender el concepto de categoría al de grupo profesional¹⁸.

¹⁵ En esta dirección el VII convenio colectivo general del sector de derivados del cemento (Res. 19 de diciembre de 2017) regula una reincorporación automática al excedente voluntario de tres años, sin más requisito que los formales de solicitud: «*El trabajador excedente, tendrá derecho al reingreso e incorporación automática, siempre que lo solicite con, al menos, un mes de antelación, durante los tres primeros años de excedencia. Para los restantes años de excedencia conserva tan sólo un derecho preferente al reingreso en las vacantes, de igual o similar categoría a la suya, que hubiera o se produjera en la Empresa, y siempre que lo soliciten con, al menos, un mes de antelación al término de la excedencia*» (art. 77).

¹⁶ ARGÜELLES BLANCO, A. R.: *La excedencia laboral voluntaria*, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 356.

¹⁷ CRUZ VILLALÓN, J.: «La doctrina jurisprudencial en materia de excedencia voluntaria», *Revista de Política Social*, n. 145, 1985, p. 231.

¹⁸ En esta dirección se pronuncia el artículo 30 del convenio colectivo laboral de ámbito Estatal de agencias de viaje (BOE 14 de enero de 2022): «*Una vez en situación de excedencia voluntaria, en el caso de que el trabajador/a solicitase la reincorporación a la empresa antes de que finalice el periodo de excedencia concedido o no exista vacante de su grupo profesional, y siempre que la empresa haya expresado por escrito su negativa a dicha incorporación, el trabajador/a se verá liberado de la prohibición de incorporarse a otra empresa del sector*». En igual sentido Vid. artículo 27 del *Convenio colectivo de Kiabi España, KSCE, SA* (BOE 28 de octubre de 2021).

En cuanto a la doctrina judicial se refiere, sirva como ejemplo la STSJ de Madrid, de 18 de marzo de 2016 (rec. 630/2015) donde literalmente se recoge que «*entendemos que efectivamente existían vacantes en la empresa del mismo grupo profesional equivalente a fecha...*»

En esta misma dirección expansiva se ha reconocido¹⁹ la potestad de la autonomía colectiva a efectos de regular el derecho de los trabajadores de reincorporarse a un puesto de trabajo similar, pero en empresa diferente, en el supuesto de prestar servicios en un grupo empresarial²⁰.

Con la utilización de esta práctica convencional se facilita el retorno del trabajador a la empresa puesto que se le permite, si solicita el reingreso siguiendo el cauce oportuno previsto, el derecho a ocupar una vacante, aunque fuera de inferior categoría o en cualquier empresa de un grupo aunque no fuera la misma en la que prestaba servicios en el momento de comenzar a disfrutar la excedencia.

La situación descrita perduraría hasta que emergiera la posibilidad de reincorporarse a un puesto similar al que dejó. Es decir, el trabajador que tras disfrutar una excedencia voluntaria retorna a la empresa, pero en un puesto de trabajo diferente al que le correspondería, quedaría en espera de que uno similar al que dejó quedara libre²¹. Esta teoría encuentra su más absoluta coherencia desde la entrada en vigor de la Ley 3/2012, de 6 de julio, *de medidas urgentes para la reforma laboral*, pues a partir de ese momento la clasificación profesional solo puede hacerse por grupos y no por categorías profesionales, llegando a desaparecer el término categoría, incluso, de los arts. 22 y 39 ET²². La nueva redacción de los preceptos aludidos permite y dota de coherencia a la teoría de que la vacante que debe ofertarse al trabajador excedente que solicita su reingreso pueda ser cualquiera que sea similar con el límite, no de la categoría, sino del grupo profesional, incluso aunque nada dijera el convenio colectivo, hasta que exista la vacante que le corresponde.

Como conclusión, podría afirmarse que el trabajador excedente que solicita reincorporación a la empresa tiene derecho a ocupar el puesto de trabajo enmarcado en cualquiera de las categorías pertenecientes a su grupo profesional, aunque fuera inferior hasta el momento en que existiera un puesto de trabajo de categoría similar al que dejó. Hecho que se traduce en la posibilidad de que el trabajador pudiera ver mermado su salario si la categoría profesional

¹⁹ STSJ de Castilla-La Mancha, de 17 de octubre de 2017 (rec. 930/2017)

²⁰ Artículo 41 Convenio colectivo del Grupo Champion (BOE 1 de agosto de 2019): «Al término de la situación de excedencia el personal tendrá derecho preferente al reingreso en la primera vacante que se produzca en la empresa de su mismo Grupo profesional».

²¹ STSJ de Galicia, de 23 de mayo de 2017 (rec. 5385/2016).

²² Ver, sobre clasificación profesional y movilidad funcional, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «Medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas en la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma laboral», en *La regulación del mercado laboral*, Lex Nova, Valladolid, 2012.

que pasa a desempeñar de manera efectiva fuera inferior a la que tenía antes de comenzar a disfrutar la excedencia²³.

Ahora bien, este concepto amplio de vacante descrito no puede ser absoluto, encuentra unos determinados límites. Las fronteras vienen marcadas porque, aunque el puesto indicado como hábil para el reingreso se encuentre enmarcado en el grupo profesional o categoría análogos, se definiera por unas exigencias técnicas o de aptitud concretas y no satisfechas por el trabajador. Es decir, la existencia de particularidades funcionales no accidentales, sino realmente relevantes²⁴, supone un límite claro al concepto de vacante. Del mismo modo que también marcan una frontera tanto el respeto a las titulaciones académicas o profesionales y la dignidad del trabajador, como advierte también el artículo 39 ET.

La autonomía colectiva llega un poco más lejos y se permite exigir, como ocurre en alguna ocasión, que el trabajador excedente que se reincorpora acredite en un determinado periodo, el perfil necesario en el nuevo puesto de trabajo puesto que si no lo hace supondría su vuelta a la situación de excedencia²⁵. Es decir, el convenio colectivo, en la línea descrita, puede exigir que el trabajador reincorporado, tras un tiempo desempeñando las funciones propias del puesto, si observara no poder cumplir con las funciones propias del puesto regresara a la situación de excedencia. Con esta regulación, en palabras del TSJ de Castilla-La Mancha recogidas en su Sentencia de 3 de noviembre de 2015²⁶ *«lo que se entiende ... no necesariamente debe ser a una plaza idéntica a la que se desempeñaba antes de la situación de excedencia»*. Y termina concluyendo el Tribunal que *«de ahí ese plazo para verificar su adaptación, lo*

²³ De esta circunstancia se hace eco el Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad para el año 2022 (BOE 12 de enero de 2022), en su artículo 62: *«El reingreso, cuando se solicite, estará condicionado a que haya vacante en su nivel funcional; si no existiera vacante en su nivel funcional y sí en otro inferior, el excedente podrá ocupar esta plaza con el salario a ella correspondiente hasta que se produzca una vacante en su nivel funcional»*. Del mismo tenor literal es el artículo 30.1 del Convenio colectivo laboral de ámbito estatal para el sector de agencias de viajes (BOE 14 de enero de 2022): *«Si la vacante producida fuera de nivel inferior al suyo podrá optar, entre ocuparla con el salario a ella asignado o esperar a que se produzca una vacante de las de su nivel.»*

²⁴ El hecho de que la unidad de ocupación a que el demandante estaba adscrito no coincidiera con las áreas funcionales en las que existían vacantes de su grupo no constituye impedimento para su derecho a la reincorporación, y la titulación requerida para el desempeño de tales plazas tampoco se erige en obstáculo a la efectividad del derecho del excedente. Estos datos son suficientes para que se entienda que no existe justificación para que la empresa decida cubrir las plazas vacantes con trabajadores con un nivel formativo distinto del que demandante posee (STSJ de Islas Canarias, Las Palmas, de 21 de diciembre de 2015, rec. 1115/2015)

²⁵ *«El trabajador reincorporado regresará a la situación de excedencia caso de que, en el plazo de tres meses desde la reincorporación tras la excedencia, no acredite poder desempeñar las funciones propias del puesto.»* Así se recoge en el artículo 29 del II Convenio Colectivo de la Corporación Radiotelevisión Española S. A.

²⁶ Rec. 1591/2014.

que es acorde con la tendencia a una mayor referencia al grupo profesional, que a la categoría profesional estricta».

Puede concluirse, por tanto, que la idoneidad de la vacante viene definida por la concurrencia de determinados factores. Por una parte, es preciso que la vacante exista al tiempo de la solicitud de la reincorporación o se produzca con posterioridad a ésta. Por otro lado, la vacante debe ser apropiada en función del grupo profesional del excedente y del tipo de contrato que tenía éste antes de pasar a la situación de excedencia, con la importante matización de que la vacante deba ser del mismo o similar grupo profesional atendiendo al contenido funcional del puesto de trabajo y no, precisamente, a la denominación formal del grupo²⁷. En tercer lugar, si el puesto de trabajo vacante fuera de categoría inferior, el trabajador excedente puede ocuparlo hasta el momento de quedar libre uno de similar o equivalente categoría.

Al hilo de lo hasta aquí expuesto, y a modo de cierre del apartado, debe advertirse el hecho de que artículo 46.5 ET toma como punto de localización de la vacante la empresa, no el centro de trabajo: *«vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa»*. Consecuentemente, otra cuestión controvertida se focaliza determinar si la localidad de origen supone un límite al poder empresarial en el momento de proceder al reingreso laboral del trabajador.

Para solventar la cuestión planteada se han defendido tradicionalmente dos teorías diferentes. Por un lado, una determinada postura jurisprudencial ha defendido que el reingreso solo puede tener lugar en la misma localidad donde originariamente se encontraba el puesto de trabajo del empleado excedente²⁸. En este sentido, el trabajador seguiría en situación de excedencia hasta que existiera una vacante en la localidad correspondiente y, por tanto, con libertad de rechazar de manera lícita las vacantes dentro de la empresa, pero en localidades diferentes. Por el contrario, otro sector, realizando una interpretación literal del precepto correspondiente, ha venido entendiendo que la reincorporación podría producirse en cualquier localidad en la que la empresa tenga vacante de igual o similar categoría²⁹.

En la actualidad, y desde hace ya algunos años, en relación a los términos de la obligación de aceptar la vacante ofertada, la reciente jurisprudencia³⁰, siguiendo la aludida sentencia del TS de 12 de diciembre de 1988, entiende que la localidad es un claro límite al concepto de vacante, de forma que *«la*

²⁷ STSJ de 2 mayo de 2017 (rec. 717/2017).

²⁸ El precedente: STS de 12 de diciembre de 1988 (RJ. 9597).

²⁹ STSJ País Vasco, de 3 de octubre de 1995 (rec. 2181/1994).

³⁰ STS de 4 de febrero de 2015 y de 13 de julio de 2017 (rec. 521/2014 y 2778/2015).

solución interpretativa más ajustada a Derecho parece ser la de que el reingreso debe producirse en un puesto de trabajo de la misma localidad en la que prestaba sus servicios...» (STS de 4 de febrero de 2015 (rec.521/2014). «Que es cierto que el artículo 46.5 ET se refiere a la empresa y no al centro de trabajo... Pero de ahí a interpretar que también lo es cuando la ubicación del nuevo centro de trabajo le obligaría a dicho traslado va un largo trecho: el que separa una solución justa, equilibrada y respetuoso con los derechos de ambas partes, de una solución completamente desprovista de tales atributos, en cuanto supondría dejar, en la práctica, en manos del empresario la eficacia del derecho de reingreso del trabajador...»³¹.

Por tanto, siguiendo los dictados jurisprudenciales³², y en coherencia con la ponderación de intereses de las partes, la oferta de una vacante que comporte cambio de residencia del trabajador puede ser válidamente rechazable por el trabajador excedente, quien mantiene su derecho expectante a reingresar cuando se le oferte vacante adecuada³³. De igual forma, debe entenderse que la oferta de un puesto de trabajo adecuado en una localidad cercana a la de su destino anterior, no se traduce en la permisibilidad de resolución del contrato de trabajo conforme al artículo 40.1 ET³⁴.

4. EXTENSIÓN DEL DERECHO PREFERENTE

De la lectura del apartado 5 del artículo 46 ET se advierte que el trabajador excedente con carácter voluntario únicamente conserva un derecho preferente al reingreso, pero no un derecho automático o incondicional ejercitable de manera inmediata en el momento de expresar la voluntad de su reingreso. De forma que, a diferencia de la excedencia forzosa, la voluntaria vincula meramente un derecho potencial o «expectante», condicionado, como acaba de advertirse, a la existencia de vacante en la empresa. No obstante, como se ha advertido en líneas anteriores, también en este inte-

³¹ Como ejemplo de esta misma teoría en la doctrina judicial, *Vid.* STSJ de Madrid, de 23 de noviembre de 2015 (rec. 377/2015): el ofrecimiento de un puesto de trabajo en localidad distinta que implique cambio de residencia no supone la existencia de vacante.

³² En esta dirección, ver la reciente sentencia del TS de 11 de octubre de 2017 (rec. 3142/2015).

³³ *Vid.*, PALOMIO SAURINA, P.: «La determinación de la existencia de vacante en la excedencia voluntaria. Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2017», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 49, mayo 2018.

³⁴ STSJ Castilla-La Mancha, de 8 de marzo de 2018 (rec. 364/2017).

rrogante la negociación colectiva puede tener la llave que permita romper la regla general y, por tanto, habilite la automaticidad en el reingreso³⁵.

A) **Facultades empresariales en la adjudicación del puesto de trabajo vacante**

El tratamiento legal diferenciado entre la excedencia voluntaria y la forzosa encuentra su principal justificación en la distinta valoración que merecen los intereses en juego. Ciertamente, las excedencias forzosas aparecen amparadas por diferentes motivos de impedimento, incompatibilidad o dificultad de trabajar. Sin embargo, las excedencias de carácter voluntario se encuentran bajo el paraguas del interés personal o profesional del trabajador. Esta diferencia es la premisa para justificar que solo en el primer supuesto descrito se conserva el puesto de trabajo.

Como consecuencia, la doctrina jurisprudencial, a estos efectos, no ha dudado en concluir que si el empresario no tiene la obligación de reservar de manera «automática» al trabajador en excedencia voluntaria su puesto de trabajo, puede disponer de su plaza de diferentes formas. Es decir, el Tribunal Supremo viene sosteniendo que si la excedencia voluntaria no comporta para el empresario el deber de reservar al trabajador excedente el puesto de trabajo desempeñado con anterioridad, la consecuencia lógica es que sí puede disponer de la plaza vacante, bien contratando a otro trabajador o trabajadores para el desempeño de la misma³⁶, bien reordenando los cometidos laborales que la integran³⁷, incluso, procediendo a la externalización del puesto de trabajo³⁸, la

³⁵ VII Convenio colectivo general del sector de derivados del cemento (R. 19 de diciembre de 2017): «El trabajador excedente, tendrá derecho al reingreso e incorporación automática, siempre que lo solicite con, al menos, un mes de antelación, durante los tres primeros años de excedencia. Para los restantes años de excedencia conserva tan sólo un derecho preferente al reingreso en las vacantes, de igual o similar categoría a la suya...» (art. 77). Esta facultad descrita fue advertida de forma expresa en la STSJ de C. Valenciana, de 17 de abril de 2015 (rec. 695/2015).

³⁶ La empresa cubrió el puesto con la contratación de dos trabajadores a tiempo parcial para realizar el trabajo ordinario del actor, *Vid.* STS de 21 de enero de 2010 (rec. 1500/2009).

³⁷ Ejemplo de reasignación a otros trabajadores de las tareas o cometidos laborales que integraban el puesto de trabajo del excedente, *Vid.* STS de 14 de febrero de 2006, rec. 4799/2004. En este mismo sentido, se pronunció la STSJ de Asturias de 2 de mayo de 2017 (rec. 717/2017), donde se advierte que la empresa reparte las funciones que realizaba el trabajador excedente como encargado de mantenimiento y logística, jefe de taller, claridad, medio ambiente, prevención y responsable de compras y administración, entre otros cuatro trabajadores de la empresa: un ingeniero técnico, un técnico de prevención, un administrativo y un mecánico.

³⁸ *Vid.* SSTs de 30 de noviembre de 2012 (rec. 3232/2011; 15 de marzo, 11 de julio y 17 de septiembre de 2013, rec 1693/2012, 2139/2012 y 2140/2012).

amortización del mismo³⁹ o la reasignación de sus funciones a otros puestos de trabajo⁴⁰.

Un ejemplo del amplio margen de maniobra empresarial, a estos efectos, se observa en la sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de febrero de 2018⁴¹. En ella se defiende que decae el derecho de reingreso del trabajador excedente, tripulante de cabina de pasajeros, de IBERIA porque la empresa suprime y deja de realizar las tareas y funciones del puesto de trabajo⁴². Debe destacarse que, además, la empresa actúa de esta forma una vez que el trabajador excedente ha solicitado el reingreso, argumentado dejarlo vacío de contenido sin cumplir requisito de carácter alguno, y concluyendo de la siguiente manera: *«por lo que a salvo de lo que pudiere haberse acordado en convenios o pactos, la vacante debe entenderse amortizada si el puesto de trabajo queda vacío de contenido porque sus funciones desaparecen y dejan de prestarse»*.⁴³ El Alto Tribunal llega a esta conclusión con el siguiente razonamiento: *«Admitir lo contrario sería tanto como imponer al empresario la obligación de seguir manteniendo aquellas tareas, funciones y actividades del puesto de trabajo que ha decidido dejar sin contenido tras la extinción del contrato del trabajador que lo venía desempeñando, lo que es contrario al derecho de dirección y organización de la actividad empresarial que le corresponde»*. Razonamiento en el que se evidencia la relevancia del interés empresarial frente al social porque, además, la empresa se limita a argumentar que el puesto *«queda vacío de*

³⁹ Concretamente, en la STSJ Madrid, de 11 de noviembre de 2015 (rec. 580/2015) se amortiza únicamente el puesto de trabajo que el empleado dejó en el momento de disfrute de su excedencia. En esta misma dirección, en el conflicto planteado ante el TSJ de Madrid de 23 de noviembre de 2015 (rec. 627/2015) se extinguieron varios contratos de trabajo sin cubrir las vacantes. *Vid.* STSJ Madrid, de 8 de mayo de 2015 (R. 837/2014). Con anterioridad, STS de 30 abril de 2012, (rec. 2228/2011). Del mismo modo, también podría ocurrir que la vacante no existiera en el momento de solicitarse el reingreso porque se hubiera suprimido, mediante un despido colectivo por expediente de regulación de empleo. Así ocurrió en Radio Televisión de Madrid y quedó reflejado en la STSJ de Madrid de 8 de febrero de 2016 (rec. 711/2015). Igualmente, *Vid.* STS 30 de abril de 2012 (rec. 2228/2011).

⁴⁰ STS de 21 de enero de 2010 (rec. 2658/20109).

⁴¹ Rec. 404/2016.

⁴² La empresa alega que el hecho de que, con posterioridad a que el excedente solicitara su reincorporación, habiendo transcurrido el periodo para el que le fue concedida la excedencia, se produjeran en la empresa ocho extinciones de contratos de la misma categoría que la ostentada por el trabajador no supone que la empresa tenga que reincorporarle en alguna de dichas plazas. Aduce que, en realidad, tales puestos no pueden considerarse vacantes ya que los mismos han quedado vacíos de contenido y no han sido ocupados por otros trabajadores.

⁴³ El Voto Particular formulado en esta sentencia, es especialmente relevante. En él se pone de manifiesto la inexistencia de amortización del puesto de trabajo por no seguirse el procedimiento formal establecido convencionalmente.

contenido» haciendo caso omiso a la regulación convencional⁴⁴ en cuanto a reestructuración de plantilla.

Para finalizar, y enlazar con el siguiente apartado, debe advertirse la importancia de respetarse las garantías legales o convencionales a favor del trabajador o límites a la actuación empresarial, de forma que el hecho de no adjudicar la plaza a otro trabajador no sea sinónimo de pérdida del derecho de reingreso, pues en ese caso sería suficiente con la manifestación unilateral del empresario de no cubrirse la plaza, sin más requisitos, para no readmitir a un trabajador en situación de excedencia voluntaria. En ese supuesto, la mera voluntad empresarial, sin justificación ni motivación, determinaría la no asignación al excedente del puesto de trabajo que dejó y, consecuentemente, esta facultad se convertiría en una manera gratuita de desvirtuar la institución de la excedencia voluntaria.

Por tanto, y consecuentemente, sería conveniente terminar el epígrafe concluyendo que si el empresario no ha procedido a amortizar formalmente⁴⁵, no lo ha acreditado⁴⁶, o no a externalizado la plaza ocupada anteriormente por el trabajador en excedencia, debería considerarse que la vacante sigue existiendo, le convenga o no su cobertura.

B) Límites al poder de dirección

Como se ha advertido, el empresario puede cubrir plazas acordes con la categoría del trabajador mediante diversas estrategias, ahora bien, no todo derecho es absoluto y, por tanto, un primer límite aparece con la duración de la excedencia. En efecto, desde que el empresario tiene conocimiento de la terminación del periodo de excedencia voluntaria y la voluntad de reingreso del trabajador excedente, el margen de maniobra empresarial se estrecha porque el término «preferencia» entra en juego y su poder de dirección y organización encuentra un claro límite.

Es decir, si la empresa conoce la voluntad de reingreso del trabajador, la preferencia para ocupar la plaza vacante recae sobre el trabajador en exceden-

⁴⁴ Artículo 18 del XVI Convenio colectivo Iberia LAE y sus tripulantes de cabina de pasajeros (BOE 11 de enero 2011): «El Comité de Empresa, sin perjuicio de las condiciones establecidas en la legislación general, tendrá las siguientes competencias: 3. Emitir informe no vinculante, previo a la ejecución por parte de la Dirección de las decisiones adoptadas por esta sobre las materias siguientes: a) Reestructuraciones de plantilla, ceses totales o parciales, definitivos o temporales de aquella».

⁴⁵ STSJ de Madrid, de 2 de febrero de 2017 (rec. 479/2016).

⁴⁶ STSJ Islas Canarias, Las Palmas, de 24 de febrero de 2015, rec. 872/2014.

cia. En esta dirección se pronunció la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2015⁴⁷. Reza la sentencia de la siguiente manera: «*No cabe aceptar que los trabajadores temporales y/o a tiempo parcial tengan un derecho preferente al del propio actor, en tanto la obligación de la empresa de reincorporarle había nacido ya en el momento en que, solicitado el reingreso, aparecen necesidades que han de cubrirse con otros trabajadores*».

En esta misma dirección, la doctrina jurisprudencial afirma que si la empresa, tras la solicitud de reincorporación del trabajador, efectúa contrataciones temporales, deberá demostrar la necesidad de personal no de forma coyuntural, sino estructural en la empresa⁴⁸ porque el empleado en excedencia ostenta una preferencia al reingreso frente a otros trabajadores de su misma categoría que hubieran visto convertido su contrato temporal en otro indefinido tras producirse la solicitud de reingreso, «*ya que la consideración de vacante no debe entenderse referida solamente a la incorporación de personal ajeno a la empresa*»⁴⁹. En términos similares, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 11 de noviembre de 2020⁵⁰ ha advertido que, una vez solicitado el reingreso, no es necesario reiterar de forma periódica la solicitud. Concretamente, concluye que el trabajador excedente tiene preferencia al reingreso frente a otros trabajadores de su misma categoría que hayan visto convertido su contrato de trabajo temporal en otro indefinido una vez producida la solicitud de reingreso.

⁴⁷ Rec. 322/2014. *Vid.* comentario de esta sentencia de GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R.: «Cuestiones controvertidas sobre el reingreso en la excedencia voluntaria», *Información Laboral*, n. 8, 2015. En igual dirección se pronunció el TSJ Castilla-La Mancha en su sentencia de 14 de diciembre de 2015 (rec. 252/2015) y la «*STSJ de Cataluña, de 30 de enero de 2013 (2013,971)*», comentada por INDA ERREA, M.: en *Aranzadi Doctrinal*, n. 4/2013.

⁴⁸ STSJ Cataluña, de 7 de marzo de 2014 (rec. 6097/2013).

⁴⁹ STSJ de Castilla- La Mancha, de 5 de enero de 2016 (rec. 290/2015). En igual dirección, *Vid.* STSJ Andalucía, Sevilla, de 3 y 24 de noviembre de 2016 (rec. 2534/2015; rec. 2707/2015). Más recientemente, el TSJ de Madrid en su sentencia de 11 de enero de 2018 (rec. 425/2017) vuelve a recordar que el trabajador excedente tiene preferencia al reingreso frente a otros trabajadores de su misma categoría que hayan visto convertido su contrato de trabajo temporal y/o a tiempo parcial en otro indefinido y/o a jornada completa tras producirse la solicitud de reingreso del demandante ocupando puestos de trabajo acordes con su categoría profesional, ya que la consideración de vacante no debe entenderse referida solamente a la incorporación de personal ajeno a la empresa. Concretamente, el mismo tribunal afirma en sentencia de 22 marzo de 2018 (rec. 697/2017) lo siguiente: «*La preferencia del actor juega de forma decisiva ante la evidencia de la existencia de puestos de trabajo de las características del que ocupaba el trabajador excedente, de suerte que, antes de efectuar la conversión de contratos, debió de tenerse en cuenta el derecho de quien formaba parte de la plantilla de la empresa y satisfacía las características de los puestos para los que se llevaban a cabo tales contrataciones, por más que la transformación del empleo precario en empleo fijo viniera impuesta por compromisos colectivos*».

⁵⁰ STS de 11 de noviembre de 2020 (rec. 2405/2018).

En definitiva, como advierte el Tribunal Supremo en su sentencia de 8 de febrero de 2018⁵¹ es preciso realizar dos consideraciones especialmente relevantes. Por una parte, la referente a que el análisis del derecho del trabajador excedente no puede prescindir del adjetivo preferente al que va indisolublemente unido, lo que exige en cada caso ponerlo en comparación con el mecanismo o procedimiento que haya podido utilizar la empresa para cubrir las vacantes con posterioridad al momento en el que se ha presentado la solicitud de reingreso, y decidir hasta qué punto debe prevalecer el mejor derecho del excedente sobre la fórmula o herramienta que haya utilizado el empresario para atender las vacantes existentes en la fecha de la solicitud. Por otro lado, que ese derecho preferente se activa porque la actuación de la empresa «...evidencia la existencia de necesidad de mano de obra permanente y de las características del actor...», esto es, la existencia de vacantes adecuadas para el reingreso.

Partiendo de esta doctrina unificada, se hace preciso traer a colación otra cuestión controvertida, cual es qué ocurriría si el puesto de trabajo, o las categorías similares, ya estuvieran cubiertos mediante trabajadores con contratos temporales con anterioridad a la solicitud de reingreso⁵². En este supuesto la doctrina judicial viene advirtiendo sobre la posibilidad empresarial y, por tanto, la consecuente denegación de vacante por inexistencia dando prioridad a las contrataciones temporales efectuadas.

Siguiendo el hilo conductor, también los tribunales han debido pronunciarse acerca de la preferencia de reingreso en el supuesto de existir en la empresa un puesto de trabajo con carácter temporal, pero siendo la plaza del excedente de carácter indefinido y a tiempo completo. En este supuesto la doctrina judicial no se ha mostrado pacífica a lo largo del tiempo. La tradicional ha defendido la obligación empresarial de ofertar al trabajador excedente que solicita el reingreso, si existiera, un puesto de trabajo con carácter temporal, sin perjuicio de que en caso de producirse otra vacante, pueda serle ofertada⁵³, y sin que este hecho suponga la modificación de la prestación de servicios⁵⁴. Y, en todo caso, si al trabajador no le interesara esa reincorporación meramente temporal, mantiene su derecho a la expectativa de reingreso, pero el empresario debería ofertarle esa posibilidad.

⁵¹ STS de 8 de febrero de 2018 (rec. 404/2016).

⁵² STSJ de Navarra, de 6 de octubre de 2017 (rec. 324/2017).

⁵³ STSJ de Castilla- La Mancha de 5 de diciembre de 2017 (rec. 1428/ 2016).

⁵⁴ Doctrina judicial existente desde los años noventa. Sirva como ejemplo la sentencia del TSJ de Murcia de 2 de octubre de 1992, AS 5046, donde se concluyó que la aceptación de un trabajo temporal por el trabajador que solicita el reingreso tras la excedencia no implica consentimiento a la renovación de su contrato.

Ahora bien, en sentido contrario, el Tribunal Supremo en su sentencia de 28 de noviembre de 2017⁵⁵ ha sido firme en esta problemática cuestión entendiendo de manera prudente y razonada que no procede un reingreso con carácter temporal si la plaza que ocupaba el trabajador excedente era de carácter indefinido. Los argumentos que emplea son, principalmente, tres. Por una parte, las evidentes y, al mismo tiempo, diferentes necesidades empresariales existentes entre un contrato temporal y uno indefinido, por otra parte el posible cambio de naturaleza que implicaría la aceptación de un trabajo temporal teniendo el trabajador excedente derecho a una plaza con carácter indefinido y, finalmente, arguye el Tribunal Supremo que el trabajador excedente solo puede exigir como plaza vacante aquella que por fuerza habría de aceptar si le fuese ofertada y que a la vez el empresario necesariamente habría de ofrecerle.

5. EL REINGRESO

El derecho al reingreso se activa en el momento que la persona trabajadora lo solicita en tiempo y forma. Estos parámetros no encuentran regulación legal. Una vez más queda patente la parquedad de la norma. Por este motivo, ante el vacío legal, los requisitos van a venir especificados a través de convenio colectivo o pacto individual. A su estudio se dedicarán las próximas líneas, partiendo, además, de la siguiente premisa: la reincorporación al puesto de trabajo deberá ser notificada antes del término del periodo de excedencia, sin existir plazo de preaviso a esos efectos.

⁵⁵ Rec. 3844/2015. Debe destacarse, por su relevancia, la siguiente afirmación: «... el reingreso del trabajador excedente se halla condicionado –de cumplirse los restantes requisitos– a que existan “vacantes de igual o similar categoría”. Expresión ésta que comporta un concepto jurídico de innegable indeterminación y dificultad interpretativa –sobre todo en relación con el grupo profesional y facultad directiva de movilidad–, pero que en todo caso apunta a una “simetría” o cuando menos “equivalencia” que se halla por completo ausente –caso de autos– entre la plaza dejada en excedencia [por tiempo indefinido; y a jornada completa] y la cubierta tras la solicitud de reingreso [temporal para obra/servicio; y a tiempo parcial]. Y ello desde una triple perspectiva: Desde el punto de vista de las necesidades empresariales a que ambos contratos atienden, porque la plaza “indefinida” satisface las que sean de carácter permanente, mientras que las atendidas por la obra/servicio no pueden tener sino una limitada proyección en su objeto –con autonomía y sustantividad propia– y en el tiempo. b).- Desde la dinámica del contrato, porque su posible cambio de naturaleza –de indefinido a temporal– e incluso en la prestación [de jornada completa a tiempo parcial] comportaría una novación que –como todo negocio jurídico– hubiera requerido el consentimiento bilateral, sin que ninguna de las partes pueda imponérsela a la otra. c).- Desde el plano de la correlación derecho/deber, porque nos parece claro que el trabajador excedente no puede invocar como vacante adecuada sino aquella plaza cuyo ofrecimiento le resultase de obligada aceptación, de manera que su rechazo comportase el decaimiento del derecho expectante...».

A) La solicitud de reincorporación

La ley guarda silencio, como acaba de advertirse, en cuanto a la forma de instrumentalizarse el ejercicio de la solicitud del reingreso. Por tanto, cuestiones controvertidas no dejan de ser, tanto la forma que debe adoptar un trabajador en la solicitud del reingreso como el tiempo en el que lo puede hacer.

En cuanto a la forma de presentar solicitud de reingreso, tradicionalmente, tanto doctrina científica como jurisprudencial han defendido que «*debe ser análoga en apariencia a la que sirvió para pasar a la situación de excedencia*»⁵⁶, siendo admisible, por tanto, la comunicación verbal y la escrita. Por su parte, la negociación colectiva también, haciéndose eco de la conveniencia de que quede reflejada la comunicación de reingreso, regula con frecuencia la necesidad de forma escrita⁵⁷.

En relación al tiempo durante el cual el trabajador puede solicitar el reingreso a la empresa debe destacarse la aportación judicial y jurisprudencial. El Tribunal Supremo se pronunció sobre este concreto interrogante en su sentencia de 1 de junio de 1987⁵⁸ argumentando la validez de cualquier momento en orden a solicitar la reincorporación al puesto de trabajo, si bien con límite de no haber finalizado el plazo de su concesión. Es decir, la jurisprudencia razonaba la necesidad de solicitud de reingreso al puesto de trabajo antes de la finalización de la excedencia porque de otra forma se entendía existente una manifestación tácita de la voluntad del trabajador excedente de resolver el contrato.

A partir de la reforma laboral del año 1994, favorecedora de la autonomía colectiva, se comenzó a regular el tiempo de preaviso para la reincorporación a través de la negociación colectiva. Debe precisarse a estos efectos que la doctrina judicial ha matizado que el convenio colectivo de referencia es el que estuviera vigente en el momento de comienzo de la excedencia.

Con miras a estos objetivos, en la actualidad, la mayoría de los convenios colectivos recogen al respeto de un plazo de preaviso, que suele ser de un mes. Consecuencia de esta nueva circunstancia fue que la jurisprudencia se encontró ante la obligación de pronunciarse los efectos derivados de una solicitud de reingreso presentada de forma extemporánea, aunque sin haber superado el tiempo de disfrute de la excedencia. En esta dirección los tribunales defienden

⁵⁶ ARGÜELLES BLANCO, A. R.: *La excedencia...*, *op. cit.*, p. 345.

⁵⁷ Sirva como ejemplo el Convenio Colectivo Estatal de las Empresas de Seguridad (BOE 12 de enero de 2022): «*El excedente que no solicitara por escrito su reingreso en la Empresa con una antelación mínima de un mes a la finalización del período de excedencia o su prórroga, causará baja definitiva en la Empresa a todos los efectos*» (art. 62).

⁵⁸ RJ 1987/4086.

que si la propia negociación colectiva determina las consecuencias de una solicitud extemporánea de reingreso dentro del periodo de disfrute de la excedencia, a ellas deben atenerse las partes afectadas⁵⁹. Ahora bien, si la redacción es ambigua, como se acaba de observar en el anterior apartado o, incluso nada dice la regulación convencional respecto a los efectos del incumplimiento del plazo de preaviso⁶⁰, la jurisprudencia, lejos de adoptar un criterio restrictivo y limitativo del derecho de los trabajadores, entiende que no decae el derecho al reingreso. Así se ha pronunciado en unificación de doctrina recientemente el TS en su sentencia de 25 de enero de 2022, donde se afirma, literalmente, que *«la trascendencia que cabe otorgar a la previsión convencional de que la persona que solicita el reingreso, tras un periodo de excedencia voluntaria, formule su solicitud con una antelación prefijada en la norma colectiva, rechaza que del incumplimiento del plazo de preaviso se derive la pérdida del derecho al reingreso»*⁶¹.

Para finalizar, en cuanto al tiempo y forma de la solicitud de reingreso, los tribunales también han debido resolver si el trabajador excedente sigue manteniendo su derecho al reingreso en el supuesto de solicitud extemporánea ejercida una vez extinguida la situación de excedencia voluntaria si el convenio nada recoge. En este supuesto la doctrina judicial entiende que si la solicitud del reingreso se realiza después de concluir el periodo de excedencia el trabajador excedente no mantiene su derecho a la reincorporación por no haberlo ejercitado en tiempo hábil⁶².

⁵⁹ Sirva, también, como un ejemplo más el artículo 48 del convenio colectivo nacional de empresas de seguridad privada (BOE 12 de enero de 2022) que en relación a las excedencias voluntarias establece que: *«el excedente que no solicitara por escrito su reingreso en la Empresa con una antelación mínima de un mes a la finalización del periodo de excedencia o su prórroga causará baja definitiva en la Empresa a todos los efectos»*.

⁶⁰ STSJ C. Valenciana de 13 de diciembre de 2017 (rec. 3158).

⁶¹ El Alto Tribunal hace extensiva dicha doctrina al caso que le ocupa en el que *«consta acreditado que el actor el día 5 de junio de 2017, es decir, cinco días después del inicio del plazo de preaviso, remitió comunicación a la empresa solicitando la ampliación de un año del periodo de excedencia; y una vez le fue negada la petición, el 12 de junio siguiente solicitó la reincorporación antes del vencimiento de la excedencia concedida. La negativa de la empresa a la reincorporación del trabajador por la causa señalada en su comunicación, determina que nos encontremos ante un despido, que ha de calificarse como improcedente con las consecuencias legales inherentes a tal declaración.»* (STS de 25 de enero de 2022, rec. 4927/2018).

⁶² En esta misma dirección, Vid. STSJ de Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 28 de octubre de 2016 (rec. 271/2016) y STSJ de País Vasco, de 13 de enero 2015 (rec.2483/2014), en la que el trabajador dejó pasar el año de excedencia voluntaria sin pedir el reingreso ni la prórroga. En la STS de se afirma literalmente lo siguiente: *«en el caso de autos el actor solicitó su reingreso tres días después de extinguida la situación de excedencia voluntaria (con independencia de que incumpliera además el plazo de antelación exigido por la normativa convencional), por lo tanto, cuando ya había decaído el derecho a la reincorporación por su no ejercicio en tiempo hábil. No se puede hablar por tanto de la existencia de despido strictu sensu ni de incumplimiento empresarial equiparable al despido (negativa indebida al re-*

Como conclusión, dos supuestos diferenciados aparecen perfectamente delimitados en la doctrina jurisprudencial⁶³. Por una parte, si el trabajador excedente no respeta los plazos del preaviso, y el convenio colectivo no precisa los efectos de dicho incumplimiento, no perderá su derecho al reingreso en la empresa si la solicitud es formulada⁶⁴. Sin embargo, si la persona trabajadora incumple las normas que sobre tiempo en la interposición del preaviso de reingreso exige la norma colectiva y en ella se determina que esa circunstancia es motivo de pérdida del derecho al reingreso, ese sería el efecto⁶⁵. Ahora bien, en los dos supuestos la solicitud de reingreso debe presentarse antes de la finalización del plazo de excedencia.

B) Condiciones de reingreso

Otra cuestión controvertida que no debe quedar en el olvido es la referente a si el reingreso del excedente voluntario debe tener lugar en las mismas condiciones que existían en el momento de nacimiento de la excedencia.

Teniendo como obligada premisa, debido a que se considera la excedencia voluntaria una suspensión del contrato, la no posibilidad de novación contractual, se ha venido planteando si sería posible que las condiciones laborales aplicables al trabajador en el puesto de trabajo en el que reingresa fueran diferentes a las que caracterizaban al que dejó en el momento de pasar al estado de excedencia voluntaria.

En la actualidad afirmaciones como la realizada por Vida Soria⁶⁶ referente a que el excedente voluntario debe reincorporarse a su empresa en iguales

ingreso, una vez concluido el periodo de excedencia voluntaria)». Debe advertirse que el Tribunal Supremo ya había defendido esta misma teoría en su sentencia de 9 de diciembre de 1993 (rec. 2900/1992).

⁶³ «... la Sala ha distinguido dos supuestos: a) *Que el Convenio se limite a fijar el plazo, pero no prevea efecto alguno para su incumplimiento, caso en el cual no puede entenderse que la omisión del preaviso determine la pérdida del derecho al reingreso, siendo así que es principio general de Derecho que la interpretación de normas restrictivas de derechos o puede ser extensiva y llevar aún más lejos la previsión restrictiva (STS 24 de febrero de 2011 rec. 1053/10). B) Que el Convenio disponga que el incumplimiento del plazo comporta el «cese definitivo» en la empresa...*» en cuyo caso, atendiendo a la STS de 18 de septiembre de 202, R. 316/02) no se trata «de un requisito extraño a la lógica de la institución de la excedencia voluntaria por asuntos propios, sino de una exigencia que facilita el funcionamiento de la misma en uno de sus aspectos cruciales... no corresponde a la Jurisdicción valorar la mayor o menor oportunidad o acierto de las normas colectivas, sino solamente verificar su atenuamiento al marco legal» STS de 29 de septiembre de 2014 (RJ 1993/9763).

⁶⁴ STS de 24 de febrero de 2011 (rec. 1053/2010)

⁶⁵ STS de 18 de septiembre de 2002 (rec. 316/2002)

⁶⁶ *Suspensión...*, op. cit., p. 332.

condiciones a las que ostentaba en el momento de comienzo del disfrute de su situación, no resultan válidas debido a la delimitación que en la actualidad va adquiriendo la institución de la excedencia voluntaria. En efecto, si el concepto de vacante que se está empleando en la actualidad es cada vez más amplio y, como hemos advertido, el trabajador en excedencia voluntaria puede pasar a ocupar un puesto en una categoría «igual o similar», haciéndose cada vez más extenso el término «similar», es evidente que las condiciones laborales, en muchas ocasiones, no van a poder ser las mismas. En todo caso, la casuística se hace protagonista también en esta ocasión.

En cuanto al tiempo de trabajo, los tribunales han advertido que la vacante ofertada al excedente voluntario puede ser de menos horas semanales de promedio en cómputo anual. Esta posibilidad que se abre a favor del trabajador, no deja de ser una forma de facilitarle su vuelta a la empresa, con la posibilidad de reclamar, en su caso, una modificación sustancial de condiciones de trabajo⁶⁷. El artículo 41 ET sería el cauce adecuado si las horas de menos exigidas lo son con carácter permanente, y el artículo 47 lo sería ante una reclamación por reducción de jornada si la empresa argumenta que la condición menos favorable tiene carácter temporal y el ofrecimiento fue entre un 20 o un 70 por ciento menos de horas de trabajo.

En relación a la antigüedad, su cómputo se interrumpirá mientras dura el paréntesis del desarrollo normal de la relación laboral. Consecuentemente, el excedente voluntario se reincorporará a la empresa con la antigüedad acumulada hasta el momento en que comenzó la situación de excedencia y comenzará a devengarla nuevamente desde el momento del reingreso. Devengo que procederá tanto si la vuelta se produce con carácter provisional, hasta que le sea asignado su puesto correcto, como en los supuestos en los que el excedente reingresa en vacante de inferior categoría⁶⁸.

En el mismo sentido, por lo que se refiere a la materia salarial, el trabajador en excedencia que se reincorpora puede percibir un salario aumentado, pero también reducido. Dicha reducción podría provenir, por ejemplo, de un acuerdo colectivo en virtud del cual, por ejemplo, se aminore la retribución variable⁶⁹ si la reincorporación se realiza en el mismo puesto; igualmente po-

⁶⁷ STSJ de Madrid, de 24 de febrero de 2016 (rec. 965/2015).

⁶⁸ PEDRAJAS MORENO, A.: *La excedencia laboral...*, op. cit., p. 333.

⁶⁹ STSJ de Cataluña, de 10 de junio de 2016 (rec. 1961/2016). El pacto colectivo recogía que la retribución variable para los directores de oficina que pasaron a desarrollar funciones de comercial no podría superar los 2000 euros anuales. El trabajador, concretamente, había desarrollado funciones de director pero a su reingreso pasó a ocupar las de comercial. *«Por tanto si bien es cierto que el trabajador debió de percibir la indemnización por reingreso tardío tras su excedencia voluntaria en base a los salarios que venía percibiendo con anterioridad a la excedencia, con posterioridad a la reincorporación tiene derecho*

dría evidenciarse la ausencia de complementos de puesto de trabajo cuando la readmisión se produce en un puesto diferente. Ahora bien, es preciso advertir que, como siempre, la casuística adquiere protagonismo, y si el reingreso se realiza con una reducción de jornada y salario con respecto a los que venía disfrutando el trabajador con anterioridad a la excedencia, aduciendo que no existía vacante de su categoría, y no resulta justificada, la trabajadora tiene derecho a ser reincorporada en las mismas condiciones que regían con anterioridad a la situación de excedencia⁷⁰.

No obstante, la posibilidad de ofrecer puestos de trabajo a la persona trabajadora con condiciones diferentes a las disfrutadas con anterioridad al periodo de excedencia no puede hacerse extensiva a todos los supuestos. Como se ha visto anteriormente, la casuística debe respetarse, y sirva como ejemplo que algún Tribunal se ha pronunciado positivamente acerca del necesario mantenimiento del turno de mañana, condición laboral que empleado disfrutaba antes de disfrutar la excedencia voluntaria. En esta ocasión la justificación del necesario mantenimiento de condiciones de trabajo obedeció al hecho de favorecer la conciliación de la vida familiar y laboral⁷¹. A estos efectos es oportuno traer a colación el TSJ de Galicia que, en su sentencia de 25 de mayo de 2020,⁷² defendió el derecho de la trabajadora a ser reincorporada en las mismas condiciones que regían con anterioridad a la situación de excedencia, acaeciéndose una modificación de las condiciones de trabajo, puesto que se le ofreció el reingreso con una reducción de jornada y salario con respecto a los que venía disfrutando con anterioridad a la excedencia, aduciendo que no existía vacante de su categoría, cuestión que no resultó justificada, puesto que, como consta acreditado, con posterioridad al reingreso de la trabajador, la empresa procedió a contratar a diversos trabajadores a través de empresas de trabajo temporal, con una jornada igual o superior a la que la actora tenía antes de comenzar a disfrutar de la excedencia.

Para finalizar, debe recordarse que frente a una sucesión de empresa, la nueva titular debe subrogarse en los derechos y obligaciones de la antigua con

a percibir los salarios correspondientes a los nuevos pactos acordados con todos los trabajadores en activo o excedentes, pues como señala acertadamente la sentencia recurrida, no puede pretender que por el hecho de estar en excedencia deba percibir unos salarios superiores a quienes efectivamente estuvieron todo el tiempo en activo, y vieron modificadas sus condiciones laborales en virtud del acuerdo suscrito».

⁷⁰ Un ejemplo viene de la mano de la STSJ de Galicia, de 25 de mayo de 2020 (rec. 4349/2019), porque la empresa permite el reingreso de la trabajadora con reducción de jornada y salario y, al mismo tiempo, contrata a diversos trabajadores a través de empresas de trabajo temporal, con una jornada igual o superior al que tenía la trabajadora antes de disfrutar de la excedencia.

⁷¹ STSJ de Madrid, de 22 de mayo de 2017 (rec. 305/2017).

⁷² Rec. 4349/2019.

la trabajadora excedente, reconociéndole la expectativa de derecho que tenía, atendiendo artículo 44 ET⁷³.

C) **Respuesta empresarial: diferentes escenarios**

Si el trabajador excedente solicita en tiempo y forma (con las particularidades señaladas) el reingreso a su puesto de trabajo, el empresario tiene la obligación de aceptar, siempre que exista en la empresa una vacante que reúna las características recogidas en el artículo 46.5 ET.

No obstante, existen excepciones a esta regla general descrita porque la solicitud de reingreso del excedente puede dar lugar a distintos escenarios. Por una parte, la empresa podría negarse a la reincorporación del trabajador excedente alegando la inexistencia de vacante. Por otra, el empresario podría silenciar la respuesta o, finalmente, responder de forma rotunda a la no readmisión.

Comenzando por el primer escenario descrito, es decir, si el empresario atiende la solicitud formulada por el trabajador negando su derecho a la reincorporación por falta de vacante, pero comunicando al excedente que cuando esta se produzca cumplirá su obligación de readmisión, hasta tanto eso ocurra, el trabajador permanecerá en situación de excedencia voluntaria de manera indefinida esperando que se produzca una vacante⁷⁴.

En definitiva, la situación que se aborda y se quiere delimitar es la que corresponde al trabajador que solicita en tiempo y forma una reincorporación y el empresario que responde negativamente en base a la inexistencia de una vacante de igual o similar categoría en el momento de la solicitud. Con la actitud descrita el empresario no niega al trabajador su derecho a reincorporarse con equivalencia a un despido, sino que se considera que no se cumple la condición precisa para que el reingreso se produzca, cual es la existencia de una vacante. A estos efectos, sirva como ejemplo, el TSJ de Andalucía, Sevilla, que en su sentencia de 10 de noviembre de 2016⁷⁵ entendió que en el caso concreto no constaba la existencia de una vacante correspondiente a la categoría profesional de camarero y a tiempo completo, al estar cubierto el servicio por trabajadores a tiempo parcial. Y, de igual modo, tampoco puede el excedente reclamar su puesto de trabajo si el mismo había sido cubierto, antes de su solicitud,

⁷³ Vid. recientemente STSJ de Madrid de 28 de junio de 2021 (rec. 218/20121) y STSJ de C. Valenciana de 21 de abril de 2020 (rec. 829/2019). Igualmente, STSJ de Cataluña de 13 de abril de 2016 (rec. 899/2016).

⁷⁴ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las excedencias...*, *op. cit.*, p. 115.

⁷⁵ Rec. 2613/2015.

concretamente con un año de anterioridad, a través de un contrato de duración determinada y a tiempo completo para obra o servicio determinado⁷⁶. En supuestos como los descritos no resulta, por tanto, causa lícita para finalizar dicho contrato la solicitud de reingreso del trabajador excedente. Más recientemente, se ha pronunciado el TSJ de Cataluña de 30 de julio de 2020⁷⁷ reconociendo un reingreso improcedente por inexistencia de puestos de trabajo que se acomoden a la preferencia de reingreso o a de la categoría del trabajador en los términos exigidos por la doctrina jurisprudencial.

A mayor abundamiento, el TSJ de la C. Valenciana⁷⁸ defendió que se enmarcaba en esta situación descrita, es decir no se hacía coincidir con un despido, la negativa del empresario a reincorporar a un excedente pese a la amortización del puesto de trabajo por haberse liquidado la sociedad en que se prestaban servicios, debido a la existencia de la expectativa de reincorporación en la eventual vacante que pudiera producirse en otra empresa del mismo grupo que era titular la desaparecida al 99,9 %.

Ahora bien, si existiera discrepancia porque el trabajador considerara que sí existe vacante en el momento de solicitud de reingreso o, incluso, después si el trabajador no es llamado y el excedente entiende que dicha vacante ha tenido lugar en el transcurso del tiempo, desde la solicitud formulada en tiempo y forma, el ordenamiento jurídico le ofrece la posibilidad de acudir a la acción declarativa de ingreso. En esta dirección el Tribunal Supremo ha unificado doctrina recientemente entendiendo que el derecho al reingreso resultó acreditado porque a través de las numerosas contrataciones temporales realizadas, se confirmó que las funciones propias de la categoría o puesto de la persona trabajadora seguían estando necesitadas de cobertura con posterioridad a que ésta instara su reingreso⁷⁹.

En cuanto a los dos escenarios restantes, es preciso advertir la existencia de una consolidada doctrina jurisprudencial tradicional que ha venido distinguiendo entre las situaciones de negativa rotunda e irrevocable de la empresa

⁷⁶ STSJ de Andalucía, Sevilla, de 7 de noviembre de 2017 (rec. 2464/2016).

⁷⁷ Rec. 1372/2020.

⁷⁸ STSJ C. Valenciana de 19 de junio de 2017, rec. 204/2017.

⁷⁹ STS de 20 de enero de 2021 (rec. 2542/2018). *Vid. recientemente la STSJ de Cataluña, de 8 de noviembre de 2021 (rec. 4547/2021), conforme a la cual el análisis de la situación existente en el momento en que la parte actora pretende el reingreso revela que, «frente a la manifestación de la empresa de inexistencia de vacantes, se acredita que, siempre después de tal solicitud de reincorporación, se produce la cobertura de plazas acordes con la categoría de la actora mediante otros trabajadores; cual acontece en el supuesto que nos ocupa. Dado que la contratación de freelance con categoría de manager tuvo lugar una vez la empresa conocía la terminación del período de excelencia voluntaria de la actora, y su voluntad de reingresar, la preferencia que ostentaba la actora para ocupar una plaza vacante debió implicar la atención a su pretensión ante las situaciones que se produjeran a partir de dicho momento».*

al reingreso solicitado por el trabajador, lo que viene a suponer la voluntad de ruptura del vínculo jurídico-laboral que mantiene con el mismo, y las de simple omisión de respuesta a la solicitud de reingreso o de aplazamiento.

En el primer caso, es decir, en el supuesto de negación rotunda empresarial a la reincorporación del trabajador, la jurisprudencia ha advertido que *«quien redacta el escrito, debe ser responsable de los términos en que se expresa y no puede ampararse en oscuridades ni ambigüedades»*⁸⁰. Por tanto, el despido es la calificación merecedora de la decisión unilateral del empresario sin justificación razonable cuando no se ha cubierto el puesto de trabajo con otro trabajador contratado ni se ha amortizado el mismo asumiendo otro trabajador sus funciones en el ejercicio del poder de dirección⁸¹. La acción a ejercitar sería la de despido, dentro del plazo de caducidad que previene el artículo 59.3 del ET, en tanto que para el segundo de los supuestos⁸² se considera que la acción oportuna es la del reconocimiento del derecho al reingreso con el plazo de prescripción de un año del artículo 59 ET. Así lo ha reconocido recientemente el TSJ de Andalucía, Sevilla, en su sentencia de 30 junio de 2021⁸³.

En definitiva, enlazando las acciones posibles con las diferentes respuestas empresariales a la solicitud de reingreso del trabajador excedente, deben distinguirse dos supuestos. El primero, la acción declarativa de reconocimiento de existencia de vacante, tramitada por el procedimiento laboral ordinario, para los casos en los que la empresa no niega la existencia de la relación laboral entre las partes ni el derecho al reingreso, pero rechaza por

⁸⁰ STSJ de Andalucía, Granada, de 25 de junio de 2020 (rec. 149/2020).

⁸¹ Igualmente, *Vid.* STSJ de Andalucía, Granada, de 25 de junio de 2020 (rec. 149/2020).

⁸² Ejemplo de este supuesto: la actitud adoptada por el Ayuntamiento de Estepona ante la solicitud de reingreso, oportuna y reiteradamente, formulada por el hoy demandante recurrente se encuadra en la segunda de las conductas señaladas, *«al contestar en dos ocasiones a la peticiones de reingreso al puesto de trabajo efectuadas por el trabajador, manifestándole que se carecía de puesto de trabajo adecuado a la sazón pero que se tomaba nota de su petición en el expediente personal y, en la última, dando la llamada por respuesta, sin manifestar su voluntad de dar por extinguida la relación laboral»* (STS de 22 de noviembre de 2007, rec. 2364/2006).

⁸³ *«En el caso que nos ocupa la empresa, no ha negado vínculo entre las partes, sino que ha expresado que no existen vacantes que permitan reincorporarse a su puesto de trabajo a la trabajadora y además que no era previsible que las hubiera a lo largo del año 2019. Esta respuesta de la empresa, que insistimos no niega el vínculo laboral, cualquiera que sea la situación en la que se encuentre, (la trabajadora alega que esta negociando el cierre del centro de trabajo, aunque nada de ello figura en los hechos probados de la sentencia ni se ha intentado introducir por vía de revisión fáctica), ni supone una extinción del contrato, ni cabe deducir que tal sea la intención de la empresa al no deducirse una voluntad unilateral de dar por extinguida la relación laboral y la aplicación de la doctrina antes expuesta al caso examinado, obliga a desestimar el motivo de recurso que se estudia, porque efectivamente, no es la acción de despido la corresponde ejercitar, sino acción declarativa solicitando el reingreso...»* STSJ, Andalucía, Sevilla, de 30 de junio de 2021 (rec. 3909/2019).

el momento al reincorporación bajo el pretexto de que no existen vacantes⁸⁴. El segundo supuesto, se centra en la acción de despido improcedente, prevista para aquellos casos en que la negativa al reingreso evidencia no solamente el rechazo a la pretensión de reingreso, sino una voluntad clara de tener por extinguido el vínculo laboral. Un ejemplo de este tipo de litigio lo aporta la sentencia del TSJ de Cataluña, de 22 de julio de 2021⁸⁵, que niega abiertamente la no reincorporación al trabajador excedente argumentando que el actor mientras estuvo en situación de excedencia voluntaria prestaba servicios en una compañía directamente competidora con realizando las mismas funciones de prevención de riesgos laborales, coordinación de seguridad y salud, o salud laboral. La acción adecuada fue interpuesta por el trabajador, es decir, la de despido, y el recurso fue desestimado al no haberse producido las infracciones que se denunciaban, confirmando el tribunal la declaración de improcedencia del despido.

Por tanto, frente a la negativa del empresario al reingreso el trabajador excedente dispone de dos acciones alternativas, y no optativas, para impugnar tal decisión. Es decir, que el excedente no es libre para optar por una u otra acción, sino que deberá escoger aquella que corresponda según las circunstancias del caso. Esta afirmación no resulta baladí; la importancia del cauce procesal que debe emprenderse, es decir, el proceso ordinario o el de despido, deriva de ser una materia de derecho necesario que afecta al orden público del proceso y, por

⁸⁴ Así lo advierte la STS de 21 de diciembre de 2.000, dictada en función unificadora, con cita de otras anteriores: «(...) a su vez, la Sentencia de la propia Sala de fecha 23 de enero de 1996 razona que «constante doctrina jurisprudencial, reiterada de manera precisa por nuestra Sentencia de 19 de octubre de 1994, según la cual ante la negativa empresarial a la petición de reingreso desde la situación de excedencia voluntaria quedan abiertas al trabajador dos vías, alternativas y no optativas, para impugnar tal decisión: el proceso de despido cuando dicha negativa, por las circunstancias en que se produce, manifiesta no el mero rechazo del derecho a la reincorporación, sino voluntad inequívoca, aunque se produzca tácitamente, de tener por extinguido el vínculo laboral hasta entonces en suspenso; y el proceso ordinario en aquellos otros supuestos en que la negativa denota simple desconocimiento del mencionado derecho, pero sin negar la persistencia de la relación de trabajo, aunque con voluntad de que se conserve en suspenso», y añade, «(...) sigue argumentando esta resolución que 'la utilización en uno y otro caso de las mencionadas vías no queda al arbitrio del trabajador al que se niega su eventual derecho al reingreso; para que su pretensión alcance éxito, resulta obligado seguir la procedente, pues son distintas las reglas aplicables y las consecuencias que derivan de la diferente postura adoptada por la empresa al responder, expresa o tácitamente, a la petición efectuada por el excedente voluntario en orden a su reingreso». Esta doctrina es reiterada en STS de 22 de noviembre de 2007 (rec. 2364/2006) de la siguiente manera: «distingue, claramente, entre las situaciones de negativa rotunda e irrevocable de la empresa al reingreso solicitado por el trabajador, lo que viene suponer la voluntad de ruptura del vínculo jurídico-laboral que mantiene con el mismo y las de simple omisión de respuesta a la solicitud de reingreso o de aplazamiento de este último para el momento en que se produzca vacante adecuada para la categoría y puesto de trabajo a desempeñar por el trabajador excedente. Para el primer supuesto, se entiende por la Sala, que la acción a ejercitar es la de despido, en tanto que para el segundo de los supuestos expuestos se considera que la acción a ejercitar es la del reconocimiento del derecho al reingreso».

⁸⁵ Rec. 1395/2021.

tanto, el trabajador no puede decidirse por una u otra a su libre albedrío⁸⁶. Si lo hiciera, es decir, si el excedente se decantara por emprender la acción no acertada el efecto sería la desestimación del recurso, tanto si se utiliza el proceso ordinario cuando debería haberse cursado el de despido⁸⁷, o viceversa⁸⁸.

Finalmente, no debe olvidarse que la no reincorporación o reincorporación de forma irregular del excedente puede ocasionar acciones de responsabilidad por daños y perjuicios. A estos efectos se hace preciso tener en cuenta las siguientes conclusiones aportadas por los Tribunales: 1) se presume que la reincorporación tardía del trabajador excedente da lugar a una indemnización de daños y perjuicios; 2) la cuantía de la indemnización se cifra en principio en los salarios dejados de percibir a causa de la conducta de incumplimiento de la empresa desde la conciliación o reclamación administrativa previas a la reclamación judicial, o desde esta última si por una u otra razón se ha interpuesto antes; 3) corresponde al trabajador la acreditación de daños y perjuicios superiores que considere se han producido; y 4) corresponde al empresario la acreditación de los hechos impeditivos de las indemnizaciones reclamadas.⁸⁹

6. BIBLIOGRAFÍA

ARGÜELLES BLANCO, A. R.: *La excedencia laboral voluntaria*, Aranzadi, Pamplona, 1997.

CRUZ VILLALÓN, J.: «La doctrina jurisprudencial en materia de excedencia voluntaria», *Revista de Política Social*, n. 145, 1985.

⁸⁶ Tampoco puede ejercitar las acciones de manera simultánea porque procesalmente resulta incompatible, y su planteamiento sucesivo ocasionaría la excepción de litispendencia (STSJ de Andalucía, Sevilla, de 15 de agosto de 2007 (rec. 3818/2006).

⁸⁷ STSJ de País Vasco, de 27 de junio de 2017, rec. 1199/2017: «Por todo lo expuesto, el cace procesal que se debió utilizar es el del proceso ordinario, siendo inadecuada la modalidad procesal de despido por la que sea tratado el litigio».

⁸⁸ En el caso ahora enjuiciado, no podía el trabajador abrigar duda alguna acerca de que la empresa en la que pretendía reincorporarse no se limitaba a impedirle el reingreso en ese momento por no darse entonces los condicionamientos legal o convencionalmente precisos para la incorporación de un excedente voluntario, sino que lo que la empleadora estaba impidiéndole era el reingreso en ningún momento, porque le negaba la condición misma de trabajador a su servicio, ni siquiera en situación de excedencia, siendo claros los términos de la carta de fecha 14 de mayo de 1996 («ha de entenderse que al solicitar su renuncia voluntaria en esta última empresa [se refiere a «Telefónica Servicios Móviles SA»], se produce también la extinción del contrato de trabajo que le ligaba con «Telefónica de España, SA», por lo que no procede acceder a su solicitud de reingreso en la misma»), de suerte que la reacción eficaz frente a tal comunicación debió haber sido –conforme a la invocada doctrina de esta Sala– la demanda por despido, y no la que se planteó, en reclamación de reconocimiento de derecho a través del proceso ordinario (STS de 21 de diciembre de 2000, rec. 856/2000).

⁸⁹ STS de 4 de febrero de 2015 (rec. 148/2014). Vid. recientemente, STSJ de Cataluña, de 8 de noviembre de 2021 (rec. 4547/2021).

- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, V.: «Otros tipos de excedencia: voluntaria, por nacimiento de hijos y por ejercicio de funciones sindicales», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 7, 1981.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «Medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas en la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma laboral», en *La regulación del mercado laboral*, Lex Nova, Valladolid, 2012.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R., «Cuestiones controvertidas sobre el reingreso en la excedencia voluntaria», *Información Laboral*, n. 8, 2015.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las excedencias en derecho del trabajo*, Comares, Granada, 1998.
- HERRAIZ MARTÍN, M. S.: *La excedencia voluntaria*, Tirant lo Blanch, laboral, n. 260, Valencia, 2019.
- INDA ERREA, M.: «Comentario a la STSJ de Cataluña, de 30 de enero de 2013 (2013,971)», *Aanzadi Doctrinal*, n. 4/2013.
- PALOMIO SAURINA, P.: «La determinación de la existencia de vacante en la excedencia voluntaria. Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2017», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 49, mayo 2018.
- PEDRAJAS MORENO, A.: *La excedencia laboral y funcionarial*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1983, pp. 152-183.
- PÉREZ BOTIJA, E.: «Aportaciones del Derecho Administrativo al Derecho del Trabajo». *Estudios en homenaje a Jordana de Pozas*, Tomo III, vol. 3, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 196.
- RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: «El reingreso del trabajador con excedencia voluntaria», *Relaciones Laborales*, 1987, t. 1.
- VIDA SORIA, J.: «Suspensión del contrato de trabajo», en AAVV, *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, Edersa, 1983, t. IX.

SEXTA PARTE

ESPECIALIDADES

CAPÍTULO XXI

EL TIEMPO DE TRABAJO EN LA MODALIDAD DE TRABAJO A DISTANCIA Y EN SUPUESTOS HÍBRIDOS *

ÁNGEL LUIS DE VAL TENA

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Zaragoza

1. LA NUEVA REGULACIÓN JURÍDICA DEL TRABAJO A DISTANCIA: TEXTO Y CONTEXTO

Primero el Gobierno dictó el RD-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia¹, que de seguido, tras ser convalidado por el Congreso de los Diputados², fue tramitado como proyecto de ley, aprobándose finalmente la Ley 10/2021, de 9 de julio, del mismo nombre³ (en adelante, LTAD). Esta

(*) Este capítulo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación «Las nuevas dimensiones del tiempo de trabajo y el papel de la negociación colectiva» (PID2020-114556GB-I00), financiado por la Agencia Estatal de Investigación (Ministerio de Ciencia e Innovación).

¹ BOE de 23 de septiembre de 2020.

² Resolución de 15 de octubre de 2020, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del RD-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia (BOE de 22 de octubre de 2020).

³ BOE de 10 de julio de 2021.

norma, como ley especial, contiene el marco normativo aplicable al –así denominado– trabajo a distancia, separado del vigente texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores⁴ (en adelante, LET), que se limita, ahora, a corroborar que las personas trabajadoras podrán prestar trabajo a distancia en los términos previstos en la citada ley (art. 13 LET).

La opción ha sido reenviar desde la legislación laboral común a la legislación *ad hoc* del trabajo a distancia. De esta manera, a modo de relación laboral especial⁵, se ha pretendido, como se podrá comprobar, identificar el trabajo a distancia, «entendido como trabajo que se realiza fuera de los establecimientos y centros habituales de la empresa y del que el teletrabajo es una subespecie que implica la prestación de servicios con nuevas tecnologías» (Exposición de motivos LTAD), y desarrollar parcialmente su régimen jurídico, esto es, tan solo las singularidades que resultarán aplicables cuando aquella sea la forma de organizar el trabajo o de realizar la actividad laboral, modulando el marco laboral común de referencia para el trabajo presencial, es decir, el que se presta en el centro de trabajo o en el lugar determinado por la empresa.

No se había recurrido a esta fórmula para regular el trabajo a domicilio, como antecedente, y el trabajo a distancia. En efecto, como precedente más próximo⁶, la redacción del artículo 13 LET ha sido muy diferente.

Hay que destacar, de entrada, el cambio –muy significativo, por cierto– en la denominación: el tradicional trabajo a domicilio se mudó al trabajo a distancia.

Si el precepto estatutario regulaba antes el contrato de trabajo a domicilio⁷, tras la reforma laboral de 2012, inicialmente por el RD-ley 3/2012, de 10 de febrero⁸, y meses más tarde por la Ley 3/2012, de 6 de julio⁹, ambas de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, se reguló *ex novo* el trabajo a distancia, reconociendo el teletrabajo como una particular forma de organización del trabajo que encajaba perfectamente en el modelo productivo y económico, al favorecer la flexibilidad de las empresas en la organización del

⁴ RD-Leg. 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE de 24 de octubre de 2015).

⁵ Sin ser una relación laboral especial, como subraya SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Caracterización formal sobre la Ley de trabajo a distancia», en *El trabajo a distancia. Una perspectiva global*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, p. 50.

⁶ Sobre su evolución normativa, *Vid.* QUINTANILLA NAVARRO, R. Y.: *El teletrabajo en las Administraciones Públicas: ámbitos estatal y autonómico*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 32-37.

⁷ Cfr. Artículo 13 LET, en la versión del RD-Leg. 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

⁸ BOE de 11 de febrero de 2012.

⁹ BOE de 7 de julio de 2012.

trabajo, incrementar las oportunidades de empleo y optimizar la relación entre tiempo de trabajo y vida personal y familiar. Su contenido era el siguiente:

– Delimitación. Tendrá la consideración de trabajo a distancia aquel en que la prestación de la actividad laboral se realice de manera preponderante en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar libremente elegido por este, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa.

– Acuerdo de trabajo a distancia. El acuerdo por el que se establezca el trabajo a distancia se deberá formalizar por escrito; tanto si el acuerdo se estableciera en el contrato inicial como si fuera posterior, le serán de aplicación las reglas contenidas en el artículo 8.4 LET para la copia básica del contrato de trabajo.

– Derechos de las personas trabajadoras a distancia. Tendrán los mismos derechos que los que prestan sus servicios en el centro de trabajo de la empresa, salvo aquellos que sean inherentes a la realización de la prestación laboral en el mismo de manera presencial. En especial, la persona trabajadora a distancia tendrá derecho a percibir, como mínimo, la retribución total establecida conforme a su grupo profesional y funciones. La empresa deberá establecer los medios necesarios para asegurar el acceso efectivo de estas personas trabajadoras a la formación profesional para el empleo, a fin de favorecer su promoción profesional. Asimismo, para posibilitar la movilidad y promoción, deberá informar a las personas trabajadoras a distancia de la existencia de puestos de trabajo vacantes para su desarrollo presencial en sus centros de trabajo.

– Seguridad y salud laboral. Las personas trabajadoras a distancia tienen derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud, resultando de aplicación, en todo caso, lo establecido en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales¹⁰ (en adelante, LPRL), y su normativa de desarrollo.

– Derechos sindicales. Las personas trabajadoras a distancia podrán ejercer los derechos de representación colectiva conforme a lo previsto en la LET. A estos efectos, dichas personas trabajadoras deberán estar adscritos a un centro de trabajo de la empresa.

Como se puede observar, fueron muy pocas las particularidades expresadas, más bien se trató de subrayar algunos derechos a disfrutar por las personas trabajadoras a distancia, que no por prestar de ese modo su actividad laboral

¹⁰ BOE de 10 de noviembre de 1995.

dejaban de ser titulares de los mismos o, incluso, deberían garantizarse o reforzarse por ello.

Sobre esa base normativa opera la modificación y ampliación del marco regulador del trabajo a distancia.

Sin duda, el impulso dado a trabajo a distancia, por diversos motivos, estructurales unos y coyunturales otros, ha traído, en paralelo, otro régimen jurídico, más extenso que el anterior, actualizado y mejorado, sin que sea completo.

El trabajo a distancia ha sido objeto de ordenación tanto en el espacio europeo e internacional como en el ámbito interno.

Es suficiente destacar, a nivel comunitario, el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, suscrito por los interlocutores sociales europeos –Confederación Europea de Sindicatos (CES), la Unión de Confederaciones de la Industria y de Empresarios de Europa (UNICE), la Unión Europea del Artesanado y de la Pequeña y Mediana Empresa (UNICE/UEAPME) y el Centro Europeo de la Empresa Pública (CEEP)– el 16 de julio de 2002, revisado posteriormente, a fin de dar más seguridad a las personas teletrabajadoras por cuenta ajena en la Unión Europea. Este Acuerdo entendió esta modalidad del trabajo a distancia como un medio para modernizar la organización del trabajo para las empresas y organizaciones de servicios públicos y para dar una mayor autonomía en la realización de sus tareas a las personas trabajadoras, otorgando a las personas trabajadoras a distancia la misma protección global que a las que ejercen sus actividades en los locales de la empresa.

Por otra lado, en el Convenio núm. 177 y en la Recomendación núm. 184 de la Organización Internacional del Trabajo, adoptados el 20 de junio de 1996, se reguló el trabajo a domicilio, considerando que esta modalidad se produce cuando se realiza la actividad laboral en el domicilio de la persona trabajadora o en otro local que esta escoja, distinto de los locales de trabajo de la empresa, a cambio de una remuneración y con el fin de elaborar un producto o prestar un servicio conforme a las especificaciones de la misma.

Con estas referencias, en el derecho español se modificó la regulación del tradicional trabajo a domicilio –como se ha dicho *ut supra*– para dar acogida al trabajo a distancia, basado en el uso intensivo de las nuevas tecnologías.

Ese orden internacional favorable al desarrollo del trabajo a domicilio y del teletrabajo favoreció una primera intervención del legislador reformista, desarrollando el trabajo a distancia. Sin embargo, años más tarde, se mostró claramente insuficiente el contenido expuesto del artículo 13 LET, en la redacción incorporada por la reforma laboral de 2012.

En el contexto de la pandemia originada por la COVID-19, ante la situación de emergencia de salud pública y sus consecuencias económicas y sociales, el Gobierno aprobó el RD 463/2020, de 14 de marzo, que declaró el estado de alarma para la gestión de la crisis sanitaria¹¹. El Ejecutivo adoptó el rol excepcional de legislador, aprobando, desde entonces, numerosas disposiciones de urgencia, a destacar –por lo que interesa ahora– el RD-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID¹². Entre las medidas excepcionales de naturaleza laboral, una singular fue la promoción del teletrabajo, como forma prestación del trabajo en aquellos sectores de actividad donde resultara posible, con la finalidad última de garantizar que la actividad empresarial y las relaciones de trabajo siguieran desarrollándose con regularidad mientras se prolongaba la situación de excepcionalidad. El legislador de urgencia se manifiesta a favor de establecer «sistemas de organización que permitan mantener la actividad por mecanismos alternativos, particularmente por medio del trabajo a distancia, debiendo la empresa adoptar las medidas oportunas cuando sea técnica y razonablemente posible y si el esfuerzo de adaptación necesario resulta proporcionado»; y lo que es más importante, «estas medidas alternativas, particularmente el trabajo a distancia, deberán ser prioritarias frente a la cesación temporal o reducción de la actividad» (art. 5, párrafo segundo, RD-ley 8/2020).

Configurado como un derecho preferente¹³ de las personas trabajadoras a prestar servicios a distancia, su alcance era limitado y de difícil articulación cuando el empleador no introducía las modificaciones organizativas necesarias o cuando no facilitaba los instrumentos materiales para la prestación de los servicios. A la esta crítica se añadía que la regulación del trabajo a distancia, en esos momentos, se consideraba insuficiente, sin que la negociación colectiva hubiera completado ese marco jurídico, salvo en algún sector o en grandes empresas.

Sorprende, no obstante, que la regulación parcial del trabajo a distancia incorporada por el RD-ley 28/2020, primero, y por la LTAD, después, no resultara de aplicación al trabajo a distancia implantado excepcionalmente según lo dispuesto en el artículo 5 del RD-ley 8/2020 o como consecuencia de las medidas de contención sanitaria derivadas de la COVID-19, puesto que, mientras estas se mantuvieran, «le seguirá resultando de aplicación la normativa laboral ordinaria», por más que siempre las empresas queden obligadas «a

¹¹ BOE de 14 de marzo de 2020.

¹² BOE de 18 de marzo de 2020.

¹³ Vid. DE VAL TENA, Á. L.: «Derechos de los trabajadores en tiempos de COVID-19», *Actualidad del Derecho en Aragón*, núm. 45, 2020, pp. 30-31.

dotar de los medios, equipos, herramientas y consumibles que exige el desarrollo del trabajo a distancia, así como al mantenimiento que resulte necesario», y tenga que ser la negociación colectiva la que establezca «la forma de compensación de los gastos derivados para la persona trabajadora de esta forma de trabajo a distancia, si existieran y no hubieran sido ya compensados» (disp. trans. tercera RD-ley 28/2020 y LTAD).

En suma, con ese haz de argumentos, sumados a otras intervenciones normativas –como la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales¹⁴, que establece por primera vez, de manera expresa, y recogiendo la jurisprudencia nacional, comunitaria e internacional, un conjunto de derechos relacionados con el uso de dispositivos en el ámbito laboral, entre otros, el derecho a la intimidad y el derecho a la desconexión digital, o como el RD-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación¹⁵, que modificó el artículo 34.8 LET, anticipándose al contenido de la Directiva 2019/1158 (UE) del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, en la cual se establece un auténtico derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar a través del uso de las formas flexibles de trabajo, incluidas la fórmulas de trabajo a distancia–, la necesidad de dotar al trabajo a distancia de una nueva regulación jurídica era una demanda a considerar, por el Gobierno y por el legislador, a fin de potenciar de una manera ordenada, urgente y con garantías el uso y la expansión de aquella forma de organizar y prestar el trabajo, alejados del centro de trabajo y con el uso intensivo de las nuevas tecnologías informáticas y de la comunicación.

En ese contexto social ha surgido el vigente texto legal, que ordena y regula el trabajo a distancia, bien es verdad que la LTAD solamente se aplica a las relaciones de trabajo¹⁶ en las que concurren las condiciones descritas en el artículo 1.1 LET, que se desarrollen a distancia «con carácter regular», entendiéndose *ex lege* que, como regla general, «es regular el trabajo a distancia que se preste, en un periodo de referencia de tres meses, un mínimo del treinta por ciento de la jornada, o el porcentaje proporcional equivalente en función de la duración del contrato de trabajo» (art. 1 LTAD); no obstante, los convenios o

¹⁴ BOE de 6 de diciembre de 2018.

¹⁵ BOE de 7 de marzo de 2019.

¹⁶ En el ámbito de las Administraciones Públicas, cfr. RD-ley 29/2020, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones Públicas y de recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19 (BOE de 30 de septiembre de 2020). Extensamente, *Vid. QUINTANILLA NAVARRO, R. Y.: El teletrabajo en las Administraciones Públicas: ámbitos estatal y autonómico, cit.*, pp. 48-59.

acuerdos colectivos podrán regular «un porcentaje o periodo de referencia inferiores a los fijados en la presente Ley a los efectos de calificar como «regular» esta modalidad de ejecución de la actividad laboral» (disp. adic. primera LTAD). A *sensu contrario*, el trabajo a distancia «no regular» queda excluido del ámbito de aplicación de la ley especial y, en consecuencia, se regirá por lo dispuesto en la legislación laboral común.

2. EL TRABAJO A DISTANCIA: DELIMITACIÓN Y CARACTERÍSTICAS

El legislador nacional, al mismo tiempo que delimita el ámbito de aplicación de la LTAD, aporta un concepto que determina qué trabajo a distancia es el regulado por la ley especial, pues no incluye toda prestación de servicios de trabajo por cuenta ajena a distancia. También, en la misma línea –en cuanto a su formulación y orden expositivo– que muchas normas comunitarias, se aportan definiciones¹⁷ jurídicas de términos que resultan clave para la aplicación de la nueva norma, en aras a preservar el principio de seguridad jurídica.

De las mismas definiciones legales y del texto articulado, asimismo, podemos deducir algunas características del trabajo a distancia.

A) Trabajo presencial vs. trabajo a distancia. El teletrabajo

Con carácter general, aunque se afirme que solo «a los efectos de lo establecido en esta Ley», se explicita qué se entiende por trabajo a distancia y por teletrabajo.

Así, el trabajo a distancia es una «forma de organización del trabajo o de realización de la actividad laboral conforme a la cual esta se presta en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por esta, durante toda su jornada o parte de ella, con carácter regular» [art. 2.a) LTAD]. Ciertamente, sin tener en cuenta las tres últimas palabras, el concepto aportado de trabajo a distancia puede aplicarse o servir de referencia cuando se trate de identificar una prestación de servicios como tal. Se contrapone al trabajo presencial, que es aquel que «se presta en el centro de trabajo o en el lugar determinado por la empresa» [art. 2.c) LTAD].

¹⁷ En la doctrina, por todos, QUINTANILLA NAVARRO, R. Y.: «Concepto y modalidades del trabajo a distancia. Trabajo presencial. Teletrabajo», en *El trabajo a distancia. Una perspectiva global*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 161 y ss.

El teletrabajo es una forma de trabajo a distancia o, con las palabras de la Exposición de motivos de la LTAD, «una subespecie» del mismo, delimitado como «aquél a distancia que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación» [art. 2.b) LTAD]. Deducimos, empero, que lo característico del teletrabajo es que, resultando ser trabajo a distancia, implica la prestación de servicios con las nuevas tecnologías.

Queda marginado, en el sentido de excluido, a la par que superado, el trabajo a domicilio, modalidad que describía *–stricto sensu–* la ejecución de la actividad laboral en el domicilio de la persona trabajadora, a cambio de una remuneración y con el fin de elaborar un producto o prestar un servicio conforme a las especificaciones de la empresa, sin el control directo por parte de la empleadora; bien es verdad que, en sentido amplio, se podría incluir también los supuestos de realización de la actividad laboral en un lugar distinto de los locales de trabajo de la empresa escogido por la persona trabajadora.

En la actualidad, sin duda, más que trabajo a domicilio existe un trabajo remoto y, por lo general, flexible, que permite que el trabajo se realice en nuevos entornos que no requieren la presencia de la persona trabajadora en el centro de trabajo, por más que el domicilio también pueda ser el lugar de trabajo, uno entre otros.

Particularmente con el teletrabajo, se desvincula a la persona trabajadora de un lugar e, incluso, de un tiempo concretos, lo que conlleva notables ventajas, si bien también presenta posibles inconvenientes. Entre otras ventajas, desde la perspectiva exclusivamente laboral: mayor flexibilidad en la gestión de los tiempos de trabajo y los descansos; más posibilidades, en algunos casos, de una autoorganización, con consecuencias positivas para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral; reducción de costes en los puestos de trabajo y ahorro de gastos en los desplazamientos; o rebaja de la tasa de absentismo. En cambio, como inconvenientes: horario continuo y fatiga informática; conectividad digital permanente; mayor aislamiento laboral, con deficiencias en el intercambio de información entre las personas que trabajan presencialmente y aquellas que trabajan a distancia; o traslado a la persona trabajadora de costes de la actividad productiva sin compensación alguna, entre otros.

El trabajo a distancia está cogiendo auge frente a la organización empresarial tradicional, lo que sin duda trae consigo prácticas novedosas y más flexibles, estimula cambios organizativos en las empresas y fortalece la formación y empleabilidad de las personas trabajadoras.

B) El trabajo a distancia «regular» y su caracterización

Un concepto propio, de máxima relevancia, hasta el punto de que condiciona la aplicación o no del nuevo régimen jurídico especial, es el de del trabajo a distancia «regular».

El ámbito de aplicación de la LTAD, en efecto, se refiere a aquellas relaciones de trabajo en las que concurren las condiciones descritas en el artículo 1.1 LET y que «se desarrollen a distancia con carácter regular». La llamada al primero de los preceptos del Estatuto de los Trabajadores se hace para excluir el trabajo a distancia por cuenta propia¹⁸, en contraposición al trabajo a distancia por cuenta ajena, es decir, aquel que se presta por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de un empleador, a cambio de una retribución. En cambio y con distinto alcance, la precisión sobre cuándo es regular o no el trabajo a distancia determinará si a una persona trabajadora a distancia se le aplica la LTAD o, por el contrario, queda fuera de su ámbito de aplicación¹⁹.

Tomando como referencia el factor tiempo²⁰, con distintas variables, se entiende que «es regular el trabajo a distancia que se preste, en un periodo de referencia de tres meses, un mínimo del treinta por ciento de la jornada, o el porcentaje proporcional equivalente en función de la duración del contrato de trabajo». Esas variables son dos: por una parte, un periodo de referencia o de cómputo y, por otra, un porcentaje de la jornada. La ley, como regla común²¹, establece el periodo de referencia en tres meses y la jornada de trabajo en un mínimo del treinta por ciento; no obstante, los convenios colectivos o los acuerdos colectivos podrán regular «un porcentaje o periodo de referencia inferiores a los fijados en la presente Ley a los efectos de calificar como «regular» esta modalidad de ejecución de la actividad laboral» (disp. adic. primera LTAD).

¹⁸ Sobre trabajo a domicilio, teletrabajo y arrendamiento de servicios, *Vid. TORRENTE GARI, S.*: «El trabajo a distancia como medida de flexibilidad y de conciliación», en *Crisis económica y empleo: la experiencia judicial aplicativa de las últimas reformas laborales*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 239-244.

¹⁹ Por todos, *THIBAUT ARANDA, X.*: «Ámbito de aplicación de la nueva Ley del trabajo a distancia: definición y calificación jurídica», en *El trabajo a distancia*, Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2021, pp. 102 y ss.

²⁰ *MALDONADO MONTOYA, J. P.*: «Ordenación y desordenación del tiempo de trabajo en el trabajo a distancia», en *El trabajo a distancia. Una perspectiva global*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, p. 453.

²¹ Téngase en cuenta que, como excepción, en los contratos de trabajo celebrados con menores y en los contratos formativos «solo cabrá un acuerdo de trabajo a distancia que garantice, como mínimo, un porcentaje del cincuenta por ciento de prestación de servicios presencial, sin perjuicio del desarrollo telemático, en su caso, de la formación teórica vinculada a estos últimos» (art. 3 LTAD); si bien, los convenios o acuerdos colectivos podrán regular «un porcentaje de trabajo presencial de los contratos formativos diferente al previsto en el mismo, siempre que no se celebren con menores de edad» (disp. adic. primera LTAD).

El acuerdo de trabajo a distancia, que ha de celebrarse obligatoriamente por escrito, debe incorporar, como parte de su contenido mínimo, el porcentaje y la distribución entre trabajo presencial y trabajo a distancia, en su caso; dato que servirá, de ajustarse al mismo la prestación de servicios, para determinar o concluir si el trabajo a distancia es, a aquellos efectos, regular o no.

Que se hayan fijado criterios objetivos para la calificación del trabajo a distancia como «regular» proporciona la necesaria seguridad jurídica, se comparta o no su cuantificación, desapareciendo expresiones imprecisas en su definición, como antes en la redacción dada al artículo 13.1 LET por la ley de reforma de 2012: tendrá la consideración de trabajo a distancia –se afirmaba– aquel en que la prestación de la actividad laboral se realice de manera *preponderante* en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por este, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa. Cuándo era preponderante el desarrollo del trabajo de manera no presencial en el centro de trabajo, no dejaba de ser un criterio a valorar primero por las partes de la relación contractual y, en caso de disconformidad, por los jueces y tribunales del orden social de la jurisdicción.

De todos modos, cuando el trabajo a distancia por cuenta ajena no sea «regular», su no calificación como tal, como única consecuencia relevante, supondrá que su régimen jurídico será el laboral común, conformado por la LET y sus normas de desarrollo, no el régimen jurídico especial que ha introducido la LTAD. Diferencia de trato, de unas personas trabajadoras frente a otras, que significará el reconocimiento de unos derechos añadidos o formulados de una manera distinta, por su proyección sobre una realidad laboral diferenciada.

El legislador ha delimitado, bajo ese único criterio, el trabajo a distancia al que resulta de aplicación la norma especial, si bien, en paralelo, identifica unas notas caracterizadoras de esa forma de prestar los servicios que, en verdad, son comunes a todo el trabajo por cuenta ajena desarrollado a distancia, de modo que no distinguirían, por si mismas, el calificado como «regular» del «no regular».

El trabajo a distancia se caracteriza por ser voluntario para la persona trabajadora y para la empresa, atributo común a todo tipo de trabajo. Con todo, las consecuencias de reconocer esa «voluntariedad del trabajo a distancia»²² tiene un singular reflejo en su régimen jurídico particular²³.

²² Ese es el título la Sección 1.ª del Capítulo II –«El acuerdo de trabajo a distancia»– de la LTAD.

²³ Vid. SALA FRANCO, T.: «La voluntariedad en el teletrabajo», en *Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo vigente*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 58-

Así, se requiere un acuerdo por escrito que deberá recoger un conjunto de informaciones, incluidas las especificidades que derivan del trabajo a distancia y que permiten garantizar, con claridad y transparencia, el contenido de sus elementos esenciales, más allá de que puedan deducirse de la normativa laboral de carácter general. Junto a las obligaciones formales del acuerdo de trabajo a distancia, que podrá incorporarse al contrato de trabajo en el momento inicial de su celebración o en un momento posterior, pero siempre antes de que se inicie la prestación a distancia (art. 6.1 LTAD), lo más trascendente es que esta modalidad de organización o prestación de la actividad laboral no resulta de los poderes de dirección y organización empresariales, ni de la modificación sustancial de condiciones de trabajo, sino que, sin excepciones, es una opción voluntaria para ambas partes, que precisa de un acuerdo bilateral; dicho con otras palabras, el trabajo a distancia «no puede ser impuesto en aplicación del artículo 41 LET» (art. 5.1. LTAD), sin perjuicio del derecho al trabajo a distancia que pueda reconocer la legislación o la negociación colectiva. Se refuerza dicha voluntariedad, aún más, al establecer que la negativa de la persona trabajadora a trabajar a distancia no será causa justificativa de la extinción de la relación laboral ni de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 5.2 LTAD).

Del contenido «mínimo obligatorio» del acuerdo de trabajo a distancia enumerado²⁴ *ex lege*, con la regulación que puedan recoger los convenios y acuerdos colectivos, interesa destacar que debe señalar, en su caso, el porcentaje y distribución entre trabajo presencial y trabajo a distancia [art. 7. d) LTAD], así como el preaviso para el ejercicio de la reversibilidad de la prestación de servicios total o parcialmente a distancia [art. 7.g) LTAD], además de la duración del propio acuerdo [art. 7. l) LTAD].

También la modificación de las condiciones establecidas en el acuerdo de trabajo a distancia, incluido el porcentaje de presencialidad, debe ser objeto de acuerdo entre la empresa y la persona trabajadora, formalizándose por escrito con carácter previo a su aplicación (art. 8.1 LTAD). Se pone de manifiesto, otra vez, la voluntariedad del trabajo a distancia, con unas condiciones determinadas siempre de mutuo acuerdo, inicialmente o cuando surja cualquier vicisitud, sin que puedan cambiarse unilateralmente, tampoco por causas empresa-

63; también, MONREAL BRINGSVAERD, E.: «La voluntariedad del trabajo a distancia y su carácter reversible», en *El trabajo a distancia*, Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2021, pp. 132 y ss.

²⁴ Distingue, acertadamente, LAHERA FORTEZA, J.: «El acuerdo individual y los requisitos formales del trabajo a distancia regular y estructural», en *Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo vigente*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 73-77, entre «cláusulas de configuración del trabajo a distancia», «cláusulas de condiciones económicas y laborales del trabajo a distancia» y «cláusulas de protección de datos personales y seguridad informática».

riales *ex* artículo 41 LET. Lo confirma el legislador, cuando –al tratar sobre la igualdad de trato y de oportunidades y no discriminación– señala que las personas que desarrollen trabajo a distancia no podrán sufrir «la modificación en las condiciones pactadas, en particular en materia de tiempo de trabajo o de retribución, por las dificultades, técnicas u otras no imputables a la persona trabajadora, que eventualmente pudieran producirse, sobre todo en caso de teletrabajo» (art. 4.2 LTAD).

El trabajo a distancia, asimismo, se caracteriza por impulsar una forma flexible de prestar servicios, al permitir que el trabajo se realice en nuevos entornos, sin requerir la presencia de la persona trabajadora en el centro de trabajo, y con la posibilidad de organizar el tiempo de trabajo con mayor grado de flexibilidad²⁵. La nueva regulación del trabajo a distancia «regular» prevé una mayor protección, proporcionando la necesaria seguridad jurídica, y garantiza la demandada flexibilidad en su uso, para que se acomode a las distintas circunstancias e intereses concurrentes de las personas trabajadoras y de las empresas.

Que, por lo general, el trabajo a distancia sea un trabajo flexible o, al menos, potencialmente más flexible si comparado con el presencial en el centro de trabajo, ha de tener reflejo en las condiciones a las que se sujeta la relación laboral. En tanto las personas trabajadoras prestan servicios para una empresa, aun desarrollando su trabajo a distancia, se beneficiarán de los mismos derechos que la legislación y los convenios colectivos aplicables garantizan a las personas comparables que trabajen o, de existir, trabajasen, en los locales de la empresa, «sin que dicha modalidad de organización suponga cambio alguno en el estatus jurídico de la persona trabajadora, ni constituya causa justificativa por sí misma para modificar las condiciones laborales ni para extinguir la relación de trabajo» (Exposición de Motivos LTAD). No obstante, teniendo en cuenta las peculiaridades del trabajo a distancia, se recogen, por un lado, aspectos complementarios, que resultan necesarios precisamente para confirmar que se mantiene el mismo nivel de protección, e instrumentos jurídicos que aportan flexibilidad en la prestación de los servicios, por otro lado, lo que pueden ser ventajas tanto para las empresas como para las personas trabajadoras, así la reducción del absentismo o la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

²⁵ Como señala GIL PLANA, J.: «El tiempo de trabajo en el trabajo a distancia», en *El trabajo a distancia*, Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2021, p. 230, es una opinión ampliamente compartida que el trabajo a distancia viene caracterizado por ofrecer una economía de tiempos y singularmente «un alto grado de autonomía al trabajador en la organización de su tiempo de trabajo que supone, a su vez, un alto grado de flexibilidad que permite una mayor disponibilidad de tiempo libre, permitiendo cohonestar los intereses del empresario y los del trabajador».

No resulta extraño que el nuevo marco legal se ocupe de cuestiones como: la entrega e instalación de equipos y medios necesarios para el desarrollo del trabajo a distancia; los costes asociados a su uso y mantenimiento; el ejercicio de acciones formativas adecuadas y específicas; la identidad de acceso, de trato y conocimiento puntual en las oportunidades de promoción profesional; la instalación de medios de control y vigilancia; la correcta aplicación de las medidas de seguridad y salud; las limitaciones al acceso del lugar de trabajo cuando coincide con el domicilio de la persona trabajadora; la organización del tiempo de trabajo, incluidas la flexibilidad, los periodos de disponibilidad y el adecuado registro; la protección de la intimidad, los datos personales y la desconexión digital, ante el uso dominante de dispositivos digitales en el ámbito laboral; o la vinculación necesaria a un centro de trabajo, entre otras. Todas son condiciones esenciales que deben regularse expresamente, sin perjuicio de la legislación estatutaria común y de los convenios colectivos aplicables.

De igual manera, se han de establecer, en la medida precisa, la extensión o proyección de las facultades de control y organización que corresponden a la empresa, para garantizar un uso y conservación adecuados de los equipamientos entregados, las limitaciones de uso personal de los equipos y conexiones, el cumplimiento por la persona trabajadora de sus obligaciones y deberes laborales y las instrucciones necesarias para preservar a la empresa frente a posibles brechas de seguridad.

Sin duda alguna, el trabajo a distancia –no solo el teletrabajo y sus formas más actuales, como el *smart working*– trae consigo prácticas novedosas y más flexibles, a la vez que estimula cambios organizativos en las empresas y fortalece empleabilidad de las personas trabajadoras. La regulación especial del trabajo a distancia, fruto de la concertación social, ha buscado el justo equilibrio de intereses, con el objetivo de alumbrar un marco jurídico garantista y flexible.

3. EL TIEMPO DE TRABAJO EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS A DISTANCIA

Sobre la premisa general antes enunciada –las personas trabajadoras que prestan su trabajo a distancia tienen los mismos derechos que la legislación y los convenios colectivos aplicables garantizan a las personas comparables que trabajen presencialmente en los centros o lugares de trabajo de la empresa–, el estatus jurídico de la persona trabajadora a distancia debería ser idéntico al del resto de las personas asimilables que integran la plantilla de esa empresa.

La categoría común de persona trabajadora lleva ineludiblemente a deducir esa equiparación en derechos y obligaciones, si bien las circunstancias de lugar y tiempo propias de la prestación de servicios a distancia puede aportar condiciones de trabajo específicas aplicables a las personas así trabajan y, en consecuencia, la oportunidad de reforzar algunas garantías.

Tras mantener esta última afirmación, sorprende que no todas las personas que prestan servicios a distancia mantengan esa igualdad material de derechos en su relación laboral, máxime cuando se articula su régimen jurídico especial bajo el principio general de igualdad de trato y de oportunidades y no discriminación, respecto de aquellas otras que se ocupan en el centro de trabajo de la empresa. En efecto, se reconoce que las personas que desarrollan un trabajo a distancia «regular», que son las únicas incluidas en el ámbito de aplicación de la ley especial, «tendrán los mismos derechos que hubieran ostentado si prestasen servicios en el centro de trabajo de la empresa, salvo aquellos que sean inherentes a la realización de la prestación laboral en el mismo de manera presencial, y no podrán sufrir perjuicio en ninguna de sus condiciones laborales, incluyendo retribución, estabilidad en el empleo, tiempo de trabajo, formación y promoción profesional» (art. 4.1 LTAD). A *sensu contrario*, las restantes personas que desarrollan trabajo a distancia «no regular» no tendrían esa cobertura, si bien la conclusión ha de ser favorable a una igual protección según deriva de la Constitución (art. 14 CE) y de la legislación laboral (art. 17 LET).

Al margen de esa crítica, lo cierto es que las condiciones de trabajo comunes en la empresa resultan aplicables a las personas trabajadoras a distancia y, además, las específicas de esa modalidad de prestación de servicios, marcadas por el lugar y los medios utilizados para la prestación del trabajo. Un ejemplo puede ser la ordenación del tiempo de trabajo, que viene dispuesta en la legislación estatutaria y en los convenios colectivos aplicables, de ahí que la opción haya sido tomar como referencia la misma e introducir reglas particulares en relación con los tiempos máximos de trabajo y los tiempos mínimos de descanso, la distribución flexible del tiempo de trabajo o aspectos preventivos relacionados básicamente con la fatiga física y mental. Solo después de conocer las normas que contempla el Estatuto de los Trabajadores sobre el tiempo de trabajo podremos valorar si la regulación estatutaria resultaba suficiente o, por contra, se requería una nueva ordenación parcial de esta materia, como ha supuesto el legislador, al incorporar al nuevo marco normativo referencias a la distribución de la jornada, los descansos, los periodos de disponibilidad y la garantía desconexión.

Se entiende, empero, que no es posible dar un tratamiento homogéneo a la ordenación del tiempo de trabajo²⁶, debiendo diferenciar según la modalidad de prestación, ya sea presencial, ya sea a distancia.

A) La ordenación flexible del tiempo de trabajo (marco común)

Desarrollando el mandato constitucional de garantizar «el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados» (art. 40.2 CE) y tomando como referencia las normas internacionales y de la Unión Europea²⁷, el vigente texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, dentro del Título I, «de la relación individual de trabajo», en su capítulo II, sobre el «contenido del contrato de trabajo», en la sección 5.ª, regula el «tiempo de trabajo» (arts. 34 a 38 LET).

Si las intervenciones legislativas inicialmente tuvieron como finalidad la reducción del tiempo de trabajo efectivo y la protección de la salud de las personas trabajadoras, limitando la duración de la jornada y garantizando los periodos de descanso, a partir de la reforma laboral de 1994 se advierte un cambio de tendencia, sin que ello signifique la ausencia de aquellos objetivos. En efecto, Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social²⁸, renovó —entre otros— todos los artículos del Estatuto de los Trabajadores referidos al tiempo de trabajo, en una actuación del legislador que buscaba incidir en los aspectos relacionados con una gestión más flexible de los recursos humanos en la empresa. En la misma dirección, desde entonces, se posicionan otras reformas legislativas más recientes, de modo que se puede afirmar que a las normas de derecho necesario absoluto se adicionan otras de derecho necesario relativo e incluso dispositivas, con espacios abiertos a la ordenación colectiva o individual de la distribución del tiempo de prestación de servicios.

A continuación, siguiendo el orden de exposición en el texto estatutario, se describe la regulación general del tiempo de trabajo, en una visión de con-

²⁶ En este sentido, POQUET CATALÁ, R.: *El teletrabajo. Análisis del nuevo marco jurídico*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020, p. 78.

²⁷ Vid. DE VAL TENA, Á. L.: «La flexibilidad en el tiempo de trabajo», en *Tiempo de trabajo y descanso*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, Huelva, 2021, pp. 17-18.

²⁸ BOE de 23 de mayo de 1994.

junto que permitirá subrayar las posibilidades de una disposición flexible, con mayor protagonismo de los pactos colectivos e individuales, incluso también –en última instancia– de las facultades del empleador, según las necesidades de la empresa.

a) LA REGULACIÓN DE LA JORNADA COMO TIEMPO EFECTIVO DE TRABAJO:
EXTENSIÓN, DESCANSOS, DISTRIBUCIÓN IRREGULAR Y REGISTRO

El legislador determina, por una parte, que «la duración de la jornada será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo» y, por otra, que «la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo, de promedio, en cómputo anual» (art. 34.1 LET). Bajo estas dos previsiones se asienta la regulación de la jornada de trabajo, como tiempo de trabajo efectivo, no como referencia al día de trabajo.

Del tenor literal de ese precepto, destaca la llamada formal y directa al convenio colectivo²⁹ –de cualquier ámbito, se entiende, pues nada se especifica– o al contrato de trabajo –sea el acuerdo en el propio contrato o en pactos específicos o accesorios– para establecer la duración de la jornada, siempre con respeto a los mínimos de derecho necesario.

La duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo se establece en cuarenta horas semanales de trabajo efectivo, de promedio, en cómputo anual. Se enuncia así una norma de derecho necesario relativo, de manera que la duración máxima se podrá regular en sentido más favorable para las personas trabajadoras, ya sea por convenio colectivo, ya sea por contrato de trabajo. Al establecer la jornada máxima en cuarenta horas semanales de promedio anual, se permite una distribución irregular por semanas, siempre que en cómputo anual no sobrepase el límite indicado.

Es importante advertir que la jornada ordinaria es de trabajo efectivo, entendiendo por tal el que se computa³⁰ de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria la persona trabajadora se encuentre en su puesto de trabajo (art. 34.5 LET).

²⁹ Se ha considerado nulos los pactos individuales suscritos en masa que sustituyen el horario establecido en convenio colectivo, por vulnerar el derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios (SSTC 105/, de 1 de julio, y 238/2005, de 26 de septiembre).

³⁰ STJUE de 21 de febrero de 2018, C-518/15.

También como norma imperativa, el periodo de descanso entre jornadas, esto es, entre el final de una y el comienzo de la siguiente, será, como mínimo, de doce horas (art. 34.3, párrafo primero, LET).

De igual manera, se establece que el número de horas ordinarias de trabajo efectivo no podrá ser superior a nueve horas; a estos efectos, no se computa el exceso de horas trabajadas para prevenir o reparar siniestros u otros daños extraordinarios y urgentes. Ahora bien, siempre que se respete el descanso mínimo entre jornadas y sobre la base de la distribución irregular de la jornada diaria, se podrá, por convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de las personas trabajadoras, establecer otra distribución del tiempo de trabajo (art. 34.3, párrafo segundo, LET).

Como límite absoluto, las personas trabajadoras menores de dieciocho años no podrán realizar más de ocho horas diarias de trabajo efectivo, incluyendo, en su caso, el tiempo dedicado a la formación y, si trabajasen para varios empleadores, las horas realizadas para cada uno de ellos (art. 34.3, párrafo tercero, LET).

Según se ha señalado en varias ocasiones, cabe una distribución irregular de la jornada, semanal o diaria, a lo largo del año, que se podrá establecer «mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores»; y, en ausencia de pacto, «la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el diez por ciento de la jornada de trabajo» (art. 34.2, párrafo primero, LET). En todo caso, dicha distribución deberá respetar los periodos mínimos de descanso diario y semanal y la persona trabajadora deberá conocer, con un preaviso mínimo de cinco días, el día y la hora de la prestación de trabajo resultante de aquella (art. 34.2, párrafo segundo, LET). Ese plazo de preaviso se podrá ampliar, como mejora para la persona trabajadora, pero no reducirlo³¹.

En definitiva, se permite acordar, en convenio colectivo o por pacto con los representantes de las personas trabajadoras en la empresa, la distribución irregular de la jornada sin limitación alguna, por cuanto el límite del diez por ciento solo opera en defecto de pacto. La bolsa de horas que se establezca en convenio colectivo es una forma de distribución irregular de la jornada y, en consecuencia, su recurso por el empleador debe cumplir el plazo mínimo de preaviso³².

³¹ SSTs de 16 de abril de 2014 (rec. 183/2013) y de 11 de diciembre de 2019 (rec. 147/2018).

³² STS de 21 de mayo de 2019 (rec. 80/2018).

Está prevista 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. Para ello, será exigible lo acordado en convenio colectivo o por acuerdo entre la empresa y los representantes de las personas trabajadoras³³; y, 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 (art. 34.2, párrafo tercero, LET), siendo nulo el precepto convencional que establezca lo contrario³⁴.

La compensación del tiempo trabajado por tiempo equivalente de descanso supondrá que no se consolide un exceso de jornada, sino que aflorará un supuesto de distribución irregular de la jornada, de estar prevista en el convenio colectivo³⁵ o pacto de empresa.

A los efectos de poder comprobar el cumplimiento de las normas sobre duración de la jornada, se dispone *ex lege* que «la empresa garantizará el registro diario de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora, sin perjuicio de la flexibilidad horaria» (art. 34.9, párrafo primero, LET). Ello puede resultar relevante, por ejemplo, cuando se extingue la relación de trabajo, de modo que en el momento de elaborar el finiquito se debe regular el desajuste para evitar un enriquecimiento indebido por una de las partes³⁶.

De nuevo, se recurre a la «negociación colectiva o acuerdo de empresa o, en su defecto, decisión del empresario previa consulta con los representantes legales de los trabajadores en la empresa» para organizar y documentar este registro de jornada (art. 34.9, párrafo segundo, LET).

Además, la empresa conservará los registros durante cuatro años y permanecerán a disposición de las personas trabajadoras, de sus representantes legales y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (art. 34.9, párrafo tercero, LET).

La flexibilidad en la regulación de la jornada ordinaria de trabajo, en suma, la advertimos en el reducido número de normas que conforman el bloque de derecho necesario absoluto, propiamente el descanso mínimo entre jornadas y la limitación de las horas de trabajo efectivo diario para las personas trabajadoras menores de edad, gozando de un amplio margen los convenios colectivos y los acuerdos de empresa para establecer la duración anual, mensual, semanal o diaria de la jornada de trabajo; asimismo, se puede establecer la distribución irregu-

³³ STS de 11 de octubre de 2017 (rec. 255/2016).

³⁴ STS de 3 de febrero de 2015 (rec. 7/2014).

³⁵ SAN de 21 de marzo de 2019 (rec. 21/2019).

³⁶ STSJ del País Vasco de 16 de junio de 2015 (rec. 817/2015).

lar de la jornada de trabajo, superando el número de horas ordinarias de trabajo efectivo y también la jornada máxima semanal. Incluso, esa flexibilidad en cuanto a la duración de la jornada de trabajo admite acuerdos contractuales y, en cuanto a la distribución irregular de la jornada, ante la inexistencia de pacto colectivo, el poder empresarial alcanza la facultad de imponerla, con el límite del diez por ciento de la jornada anual y cumpliendo la formalidad de preavisar a la persona trabajadora o personas trabajadoras afectadas cinco días antes de su implantación o ejecución.

b) LAS HORAS EXTRAORDINARIAS

Con palabras del legislador, se consideran horas extraordinarias aquellas horas de trabajo efectivo que se realicen sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo (art. 35.1 LET). Puede parecer un concepto confuso, por cuanto no queda claro si el término de referencia es la duración máxima legal o la duración máxima fijada por convenio colectivo o contrato de trabajo, aunque es más lógica esta segunda interpretación. Por consiguiente, no tendrán la consideración de horas extraordinarias las horas de trabajo que superen la jornada máxima semanal, pero no sobrepasen la jornada ordinaria anual en la distribución que se hubiera pactado en convenio colectivo o contrato de trabajo *ex* artículo 34.1 LET.

Determinados colectivos de personas trabajadoras tienen prohibida la realización de horas extraordinarias: los menores de dieciocho años (art. 6.3 LET); las personas trabajadoras nocturnas (art. 36.1, párrafo segundo, LET), las personas trabajadoras con un contrato formativo [arts. 11.2.k) y 11.3.h) LET] y las personas trabajadoras a tiempo parcial [art. 12.4.c) LET].

Del régimen jurídico de las horas extraordinarias, hay que subrayar que deberán ser compensadas. La fórmula de compensación se establecerá en convenio colectivo o, en su defecto, en contrato individual, pudiendo optar entre:

- Abonar la hora extraordinaria en la cuantía que se fije, que en ningún caso podrá ser inferior al valor de la hora ordinaria, lo que constituye una norma legal imperativa, si bien de derecho necesario relativo. Los convenios colectivos, muchos, suelen asignar a las horas extraordinarias un valor económico superior al de la hora ordinaria.

- Compensar cada hora extraordinaria por tiempo equivalente de descanso retribuido. Esta equivalencia en la compensación por descanso es un mínimo mejorable, pudiéndose fijar el descanso compensatorio por un tiempo superior al realizado.

Si no hay pacto expreso, se entenderá que las horas extraordinarias realizadas deberán ser compensadas mediante descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización.

Se ha confirmado válida una regulación en el convenio colectivo que atribuya el derecho de opción entre la retribución o el descanso a la persona trabajadora, en el caso de realizar horas extraordinarias obligatorias, o a la empresa, de ser horas extraordinarias voluntarias³⁷.

Por otra parte, se limita el número de horas extraordinarias que –como regla general– no podrá ser superior a ochenta al año; y para las personas trabajadoras que por la modalidad o duración de su contrato realicen una jornada en cómputo anual inferior a la jornada general en la empresa, el número máximo anual de horas extraordinarias se reducirá en la misma proporción que exista entre tales jornadas (art. 35.2, párrafo primero, LET). A efectos de cómputo, debe matizarse que no se suman las que hayan sido compensadas mediante descanso, dentro de los cuatro meses siguientes a su realización (art. 35.2, párrafo segundo, LET); tampoco el exceso de horas trabajadas para prevenir o reparar siniestros u otros daños extraordinarios y urgentes, aun cuando deben ser compensadas como horas extraordinarias (art. 35.3 LET). Excepcionalmente, el Gobierno podrá reducir o ampliar el número máximo de horas extraordinarias por tiempo determinado, con carácter general o para ciertas ramas de actividad o ámbitos territoriales, por razones de empleo, esto es, para incrementar las oportunidades de colocación de las personas trabajadoras en situación de desempleo (art. 35.2, párrafo tercero, LET).

Salvo que se haya pactado lo contrario en convenio colectivo o en contrato individual, la prestación de horas extraordinarias de trabajo tiene carácter voluntario para la persona trabajadora (art. 35.4 LET). Así pues, resultan obligatorias cuando el pacto se ha producido, pudiendo incurrir aquella, de incumplirlo, en un supuesto de desobediencia.

Para facilitar el cómputo de horas extraordinarias, se dispone la obligación de registrar día a día la jornada de cada persona trabajadora y de totalizarla en el periodo fijado para el abono de las retribuciones, entregando copia del resumen a la persona trabajadora en el recibo correspondiente. Se trata de salvar las dificultades aplicativas que supone el criterio jurisprudencial de que las horas extraordinarias deben ser probadas hora a hora. De extrapolarse las consecuencias lógicas del precepto, habría que afirmar que del incumplimiento de dicha obligación por la empresa se derivarían no solo sanciones administrativas, sino, en un plano procesal, una inversión de la carga de la prueba,

³⁷ SAN de 1 de marzo de 2017 (rec. 11/2017).

afirmación que es discutida en la doctrina judicial³⁸, según la regla de facilidad probatoria que corresponde a la empresa³⁹. No se advierte, sin embargo, la necesidad de registrar diariamente las compensaciones de prolongación de jornada⁴⁰.

Por último, en los supuestos de distribución irregular de la jornada de trabajo a lo largo del año debemos advertir que hasta su conclusión no podremos conocer con certeza si se ha superado o no la jornada ordinaria máxima de trabajo.

c) HORARIO DE TRABAJO

El horario de trabajo viene determinado por el principio y el final de la jornada diaria, distribuyendo los periodos de trabajo efectivo y de descanso. Se fijará, como el resto de condiciones de trabajo, por convenio colectivo o en el contrato individual, no pudiendo quedar su determinación a la decisión unilateral de cualquiera de las partes⁴¹ y menos aún su modificación.

a') *Jornada continuada, jornada partida y jornada intensiva*

No se articula, propiamente, una regulación del horario de trabajo, aunque sí se establecen algunas reglas mínimas sobre la jornada diaria continuada y se reconoce la posibilidad de solicitar el horario flexible para hacer efectivo el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

La jornada continua es aquella en la que el tiempo de trabajo transcurre seguido, todas las horas, sin interrupción, salvo los periodos de descanso obligatorios. La jornada partida, en cambio, permite fraccionar el tiempo de trabajo en, al menos, dos periodos, con interrupción entre ellos. La jornada intensiva consiste en realizar una jornada continuada, pero inferior a la habitual, y se suele establecer en la negociación colectiva para determinados días –los previos al fin de semana o a un día festivo– o periodos del año –verano o Navidad, por ejemplo–.

³⁸ A favor, STSJ de Castilla y León/Valladolid de 9 de julio de 2017 (rec. 765/2017); en contra, STSJ del País Vasco de 15 de abril de 1996 (rec. 1385/1995) y STSJ de Navarra de 29 de octubre de 1996 (rec. 399/1996).

³⁹ STS de 22 de julio de 2014 (rec. 2129/2013).

⁴⁰ STS de 4 de diciembre de 2019 (rec. 82/2018).

⁴¹ STS de 5 de marzo de 2010 (rec. 155/2009).

Sobre la jornada continuada, la ley establece que si la duración de la jornada diaria continuada excede de seis horas, límite mínimo, se debe establecer un periodo de descanso durante la misma no inferior a quince minutos, planteándose la duda sobre si dichos minutos deben ser considerados como de trabajo efectivo. La regulación legal no le otorga tal carácter, salvo cuando esté expresamente establecido así en convenio o contrato de trabajo (art. 34.4, párrafo primero, LET). En el caso de personas trabajadoras menores de dieciocho años que realizan jornada continuada, el periodo de descanso tendrá una duración mínima de treinta minutos, siempre que la duración de la jornada diaria continuada exceda cuatro horas y media trabajo (art. 34.4, párrafo segundo, LET).

Finalmente, se ha de tener en cuenta, a la hora de determinar los periodos de descanso durante la jornada de trabajo, la siguiente previsión legal: la empresa que organice el trabajo según un cierto ritmo deberá aplicar el principio general de adaptación del trabajo a la persona, especialmente para atenuar el trabajo monótono y repetitivo en función del tipo de actividad y de las exigencias en materia de seguridad y salud de las personas trabajadoras (art. 36.5 LET).

b') *Horario flexible vs. rígido. Las adaptaciones del horario*

Cuando se fija un módulo horario predeterminado e invariable estamos ante un horario rígido, que obliga a las personas trabajadoras a permanecer en su puesto de trabajo y desarrollar su actividad laboral desde la hora de inicio hasta la final de su jornada. El incumplimiento del horario dará lugar a faltas de puntualidad e, incluso, al abandono anticipado del puesto de trabajo. Queda marcado un claro contraste con el horario flexible, que permite a las personas trabajadoras iniciar y concluir la jornada dentro de unos márgenes, con libertad para fijar el momento inicial y final de su jornada diaria, pudiendo establecerse un periodo de coincidencia en el trabajo con el resto de personas trabajadoras, todas o algunas.

Resulta destacable el derecho reconocido *ex lege* a las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, es decir, del horario, incluida la aplicación del horario flexible.

Así, se reconoce a las personas trabajadoras, con carácter general, el «derecho a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral» (art. 34.8, párrafo primero, LET). En el caso de personas trabajadoras que tengan hijos o hijas, el derecho a efectuar dicha solicitud se reconoce hasta que los hijos o hijas cumplan doce años.

En todo caso, esas adaptaciones deben ser razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa⁴². Se llama expresamente a la negociación colectiva para pactar los términos de su ejercicio, que se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre personas trabajadoras de uno y otro sexo. Solo en ausencia de previsión en la negociación colectiva, ante la solicitud de adaptación de jornada, la empresa abrirá un proceso de negociación con la persona trabajadora durante un periodo máximo de treinta días y, finalizado dicho periodo, la empresa, por escrito, podrá: bien comunicar la aceptación de la petición, bien plantear una propuesta alternativa que posibilite las necesidades de conciliación de la persona trabajadora o bien manifestar la negativa a su ejercicio, indicado, en este último caso, las razones objetivas en las que se sustenta la decisión.

Igual que se reconoce aquel derecho, en los términos expuestos, la persona trabajadora tendrá «derecho a solicitar el regreso a su jornada o modalidad contractual anterior una vez concluido el periodo acordado o cuando el cambio de las circunstancias así lo justifique, aun cuando no hubiese transcurrido el periodo previsto» (art. 34.8, párrafo cuarto, LET).

Además de estos derechos, singularmente las personas trabajadoras que tengan la consideración de víctimas de violencia de género o de víctimas del terrorismo tienen derecho «a la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa» (art. 37.8, párrafo primero, LET). Este derecho se podrá ejercitar en los términos concretos que se establezcan en los convenios colectivos o en los acuerdos entre la empresa y los representantes legales de las personas trabajadoras, o conforme al acuerdo entre la empresa y las personas trabajadoras afectadas; en su defecto, la concreción de estos derechos corresponderá a estas (art. 37.8, párrafo segundo, LET).

En todos los supuestos enunciados, las discrepancias surgidas entre la dirección de la empresa y la persona trabajadora serán resueltas por la jurisdicción social a través del procedimiento establecido en el artículo 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social⁴³ (en adelante, LRJS).

⁴² *Vid.*, ampliamente y con la interpretación judicial, TORRENTE GARI, S.: «El trabajo a distancia como medida de flexibilidad y de conciliación», *cit.*, pp. 256-264, con especial referencia a los supuestos en los que la adaptación de la jornada se realiza por medio del trabajo a distancia.

⁴³ BOE de 11 de octubre de 2011.

d) EL TRABAJO NOCTURNO Y EL TRABAJO A TURNOS

a') *El trabajo nocturno*

Se considera trabajo nocturno el realizado entre las diez de la noche y las seis de la mañana (art. 36.1, párrafo primero, LET). Este concepto, ofrecido por el legislador, viene confinado por dos hitos temporales, que determinarán aquella consideración a efectos legales.

Por persona trabajadora nocturna se entiende aquella que realice normalmente en periodo nocturno una parte no inferior a tres horas de su jornada diaria de trabajo, así como aquella que se prevea que puede realizar en tal periodo una parte no inferior a un tercio de su jornada de trabajo anual (art. 36.1, párrafo tercero, LET). Por consiguiente, más que constar la realización *a posteriori* de la realización de un trabajo nocturno, se considera la programación del trabajo nocturno para aplicar *ex ante* las limitaciones de jornada y sus particularidades; de lo contrario, si hubiera que esperar al cómputo real a final del año natural, no podría aplicarse⁴⁴.

Conviene dejar sentado que cuando las previsiones de la empresa sean que las personas trabajadoras a turnos realicen en horario nocturno un tercio de su jornada de trabajo anual, se considerarán también, a todos los efectos, personas trabajadoras nocturnas⁴⁵.

En cuanto al régimen jurídico del trabajo nocturno, se establece que la jornada de trabajo de las personas trabajadoras nocturnas no puede exceder de ocho horas diarias de trabajo efectivo, de promedio, en un periodo de referencia de quince días. No obstante, el Gobierno queda habilitado para establecer limitaciones y garantías adicionales para la realización de trabajo nocturno en ciertas actividades o para determinada categoría de trabajadores, en función de los riesgos que comporten para su salud y seguridad.

La empresa debe informar de su realización a la autoridad laboral, si el trabajo nocturno se realiza de forma regular.

El trabajo nocturno debe tener una retribución específica que vendrá fijada en convenio colectivo, salvo que el salario se haya establecido atendiendo a que el trabajo sea nocturno por su propia naturaleza –supuesto que, además de difícil de imaginar en la práctica, presupone ya la existencia de una mayor retribución– o que se haya acordado la compensación del trabajo nocturno por tiempo de descanso.

⁴⁴ SSTS de 23 de mayo de 2011 (rec. 126/2010) y de 16 de enero de 2014 (rec. 98/2013).

⁴⁵ STS de 23 de mayo de 2011 (rec. 126/2010).

Debe mantenerse, respecto de las personas trabajadoras nocturnas, un nivel de protección en materia de seguridad y salud, adaptado a la naturaleza de su trabajo. Concretamente, la empresa debe garantizarles una evaluación gratuita de su estado de salud, antes de su afectación a un trabajo nocturno y, posteriormente, a intervalos regulares, en los términos establecidos en el artículo 22 de la LPRL, y en sus normas de desarrollo. Asimismo, las personas trabajadoras nocturnas a las que se reconozcan problemas de salud ligados al hecho de su trabajo nocturno tendrán derecho a ser destinadas a un puesto de trabajo diurno que exista en la empresa y para el que sean profesionalmente aptos. El cambio de puesto de trabajo se llevará a cabo conforme a lo dispuesto en los artículos 39 (movilidad funcional) y 41 (modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo) LET, en su caso. Por último, si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo para la seguridad y la salud de las trabajadoras, sobre el embarazo o la lactancia, la empresa adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada, medidas que incluirán, cuando resulte necesario, la no realización de trabajo nocturno.

El RD 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo⁴⁶, establece excepciones a los límites de jornada de las personas trabajadoras nocturnas y limita la jornada máxima de estas en trabajos con riesgos especiales o tensiones importantes (arts. 32 y 33). En efecto y aunque las personas trabajadoras nocturnas no pueden realizar horas extraordinarias, se permite su realización excepcional o la ampliación del período de referencia de quince días previsto para el cómputo de las ocho horas diarias máximas de promedio, con sujeción a unas concretas condiciones y límites, en alguno de estos supuestos: 1) ampliaciones de jornada por razón de la actividad; 2) si resulta necesario para prevenir y reparar siniestros u otros daños extraordinarios y urgentes; 3) en el trabajo a turnos, en el caso de las irregularidades en el relevo de los turnos por causas no imputables a la empresa.

b') *El trabajo a turnos*

El trabajo a turnos se considera una forma de organización del trabajo en equipo, de manera que las personas trabajadoras ocupan sucesivamente los mismos puestos de trabajo, según un cierto ritmo, continuo o discontinuo, implican-

⁴⁶ BOE de 26 de septiembre de 1995.

do para la persona trabajadora la necesidad de prestar sus servicios en horas diferentes en un periodo determinado de días o de semanas (art. 36.3 LET).

En las empresas con procesos productivos continuos durante las veinticuatro horas del día, la organización del trabajo por turnos tendrá en cuenta que se establezca la rotación entre los distintos turnos establecidos, así como que ninguna persona trabajadora esté en el turno de noche más de dos semanas, salvo adscripción voluntaria.

Si, por la naturaleza de la actividad, se debe realizar trabajo a turnos, incluidos domingos y festivos, se podrá efectuar por equipos de personas trabajadoras que desarrollan su actividad por semanas completas o también contratando –a tiempo parcial, se deduce– personal para completar los equipos necesarios durante uno o más días a la semana.

Se establecen normas sobre seguridad y salud laboral para las personas trabajadoras a turnos, similares a las del trabajo nocturno.

Por último, la norma reglamentaria sobre jornadas especiales de trabajo, establece algunas reglas complementarias del régimen legal (art. 19 RD 1561/1995):

– En las empresas en que se realicen actividades laborales por equipos de personas trabajadoras en régimen de turnos, cuando así lo requiera la organización del trabajo, se podrá acumular por períodos de hasta cuatro semanas el medio día del descanso semanal, previsto en el artículo 37.1 LET, o separarlo del correspondiente al día completo para su disfrute en otro día de la semana.

– En dichas empresas, cuando al cambiar la persona trabajadora de turno de trabajo no pueda disfrutar del descanso mínimo entre jornadas –doce horas (art. 34.3 LET)– se podrá reducir el mismo, en el día en que así ocurra, hasta un mínimo de siete horas, compensándose la diferencia hasta las doce horas establecidas con carácter general en los días inmediatamente siguientes.

e) EL CALENDARIO LABORAL

El legislador articula la obligación empresarial de elaborar anualmente, tras consulta y previo informe –que resulta obligado de no alcanzarse un acuerdo en la consulta⁴⁷– de los representantes de las personas trabajadoras, el calendario laboral, debiendo exponerse un ejemplar del mismo en un lugar visible de cada centro de trabajo (art. 34.6 LET).

⁴⁷ STS de 18 de noviembre de 2014 (rec. 2730/2013).

El calendario laboral debe ser anual y único. Es obligatorio que incluya las fiestas y las vacaciones de las personas trabajadoras, pero no los horarios y los turnos de trabajo, ya que no es lo mismo un calendario que un cuadro horario, aunque sea habitual incluirlos en los calendarios⁴⁸.

De no seguir los trámites señalados, el calendario se podrá impugnar ante los órganos de la jurisdicción social.

f) EL DESCANSO SEMANAL

Las personas trabajadoras tienen derecho a un descanso mínimo semanal de día y medio ininterrumpido, acumulable por periodos de hasta catorce días, que, como regla general, comprenderá el domingo y la tarde del sábado o la mañana del lunes (art. 37.1 LET). No obstante, para los menores de dieciocho años la duración del descanso semanal será, como mínimo, de dos días ininterrumpidos.

Por otra parte, el derecho al descanso semanal se perfecciona progresivamente durante cada día de la jornada semanal y siempre será retribuido, según el salario que corresponda a la jornada pactada o, en su defecto, legal de cada actividad; dicho con otras palabras, de cada día de trabajo nace la parte proporcional del descanso semanal, de modo que la retribución de la semana completa se genera con el trabajo de cinco días y medio. Cuando, excepcionalmente y por razones técnicas u organizativas, no se pudiera disfrutar el descanso semanal, la empresa está obligada a abonar a la persona trabajadora, además de los salarios correspondientes a la semana, el importe de las horas trabajadas en el período de descanso semanal, incrementadas en un 75 por 100, como mínimo, salvo descanso compensatorio (art. 47 RD 2001/1983). Un convenio colectivo no puede reducir la retribución reglamentaria del descanso semanal no disfrutado⁴⁹.

No cabe solapar el descanso semanal con el descanso entre jornadas, puesto que ambos descansos deben disfrutarse de forma diferenciada⁵⁰.

Finalmente, al igual que en la jornada, se regulan regímenes alternativos en el RD 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, conforme autoriza el artículo 34.7 LET. Así, en las actividades de comercio y hostelería, mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes legales de las personas trabajadoras podrá establecerse la acu-

⁴⁸ SSTS de 18 de noviembre de 2014 (rec. 2730/2013) y de 20 de julio de 2015 (rec. 192/2014).

⁴⁹ STS de 27 de junio de 2018 (rec. 192/2014).

⁵⁰ STS de 23 de octubre de 2013 (rec. 2/2013).

mulación del medio día del descanso semanal previsto en el artículo 37.1 LET por períodos de hasta cuatro semanas, o su separación respecto del correspondiente al día completo para su disfrute en otro día de la semana (art. 6).

g) LOS DÍAS FESTIVOS

Las fiestas laborales, que tienen carácter retribuido y no recuperable, no podrán exceder de catorce al año, de las cuales dos serán locales (art. 37.2 LET). Cuando, excepcionalmente y por razones técnicas u organizativas, no se pudiera disfrutar el día de fiesta correspondiente, la empresa deberá abonar a la persona trabajadora el importe de las horas trabajadas en el día festivo, incrementado en un 75 por 100, como mínimo, salvo descanso compensatorio (art. 47 RD 2001/1983).

Cuando un día festivo coincida con un día de descanso de la persona trabajadora, la empresa no está obligada a trasladar el descanso a otro día, y ello porque la ley no garantiza catorce días de descanso en concepto de fiestas anuales, sino únicamente que en las fechas festivas no se trabaje⁵¹. Ahora bien, nada impide que el convenio colectivo o el pacto contractual reconozcan el derecho, en tales supuestos, a un día de asuntos propios en sustitución del día festivo.

En todo caso, se respetarán como fiestas de ámbito nacional las de la Natividad del Señor, Año Nuevo, 1 de mayo, como Fiesta del Trabajo, y 12 de octubre, como Fiesta Nacional de España. No obstante, respetando las fiestas mencionadas de ámbito nacional, el Gobierno podrá trasladar a los lunes todas las fiestas de ámbito nacional que tengan lugar entre semana, siendo, en todo caso, objeto de traslado al lunes inmediatamente posterior el descanso laboral correspondiente a las fiestas que coincidan con domingo.

Por su parte, las Comunidades Autónomas, dentro del límite anual de catorce días festivos, podrán señalar aquellas fiestas que por tradición les sean propias, sustituyendo para ello las de ámbito nacional que se determinen reglamentariamente y, en todo caso, las que se trasladen a lunes. Excepcionalmente, si alguna Comunidad Autónoma no pudiera establecer una de sus fiestas tradicionales por no coincidir con domingo un suficiente número de fiestas nacionales podrá, en el año que así ocurra, añadir una fiesta más, con carácter de recuperable, al máximo de catorce festivos. Asimismo, podrán hacer uso de la facultad de traslado a lunes prevista en el párrafo anterior.

Debe tenerse en cuenta, además, que anualmente se ordena la publicación de fiestas laborales por Comunidades Autónomas para el año siguiente, publica-

⁵¹ STS de 8 de febrero de 2017 (rec. 132/2016).

ción a la que se debe acudir para determinar con exactitud cuáles son las fiestas laborales de cada año en el ámbito territorial de esa Comunidad Autónoma.

h) LAS VACACIONES ANUALES

La Constitución –como se dijo *ab initio*– impone a los poderes públicos la obligación de garantizar «las vacaciones periódicas retribuidas», para preservar el descanso necesario (art. 40.2 CE). De ahí que la ley reconozca a las personas trabajadoras un periodo de vacaciones anuales retribuidas, no sustituible por compensación económica, cuya duración será pactada en convenio colectivo o contrato individual, sin que en ningún caso pueda ser inferior a treinta días naturales (art. 38.1 LET). Tanto a nivel internacional (Convenio núm. 132 OIT) como en el ámbito de la Unión Europea, se reconoce el derecho a vacaciones retribuidas, siendo incluso calificado como un principio de derecho social comunitario vinculado a la garantía de seguridad y salud de las personas trabajadoras⁵².

La duración de las vacaciones será, como mínimo, de treinta días naturales, por lo que se incluyen tanto días laborables como días festivos. Norma de derecho necesario relativo que podrá ser mejorada por convenio colectivo o contrato individual. Se configura como una obligación de la empresa, que debe conceder las vacaciones, y un derecho de la persona trabajadora, de carácter irrenunciable (art. 3.5 LET).

La regla es su devengo jornada a jornada de trabajo efectivo, a lo largo del año natural en el que deben disfrutarse; se asimila, a estos efectos, el tiempo de trabajo en que se esté en situación de incapacidad temporal. Cuando la prestación de servicios sea inferior a un año, se generará el derecho a la parte proporcional (art. 4.1 Convenio núm. 132 OIT). En los supuestos de despido improcedente, debemos distinguir: cuando la opción es por la indemnización, no se devengan vacaciones, puesto que tras el despido ya no hay trabajo efectivo; en cambio, si se opta por la readmisión, el tiempo de tramitación del proceso de despido es equiparable a tiempo de trabajo, dando derecho a salarios de tramitación y también a vacaciones, ya que la persona trabajadora no las disfrutó por causa no imputable a ella⁵³.

Se disfrutarán de forma efectiva, no siendo susceptibles de sustitución por compensación económica. Por ello, resultará nulo cualquier pacto, colec-

⁵² SSTJUE de 16 de marzo de 2006, C-131/04, y de 6 de abril de 2006, C-124/05.

⁵³ STS de 27 de mayo de 2019 (rec. 1518/2017).

tivo o individual, que establezca la permuta de las vacaciones por una cantidad de dinero. Solamente cuando la persona trabajadora deje de prestar servicios antes de disfrutar sus vacaciones será posible la compensación económica, prohibida con carácter general. Además, no cabe la reducción de vacaciones como sanción disciplinaria.

La persona trabajadora debe percibir lo pactado en convenio colectivo o, en su defecto, la retribución normal o media de los conceptos salariales correspondientes a la jornada normal; es decir, se calculará el promedio mensual de los ingresos anuales, incluyendo todos los conceptos salariales que se perciban de manera habitual⁵⁴. No se incluyen, por consiguiente, las horas extraordinarias⁵⁵.

La fijación del periodo de disfrute se hará de común acuerdo entre la empresa y la persona trabajadora, con arreglo a la planificación anual de vacaciones contenida en el convenio colectivo aplicable. De no haber acuerdo, la jurisdicción social fijará la fecha a través de un procedimiento sumario y preferente; la decisión será irrecurrible (arts. 125 y 126 LRJS).

Es posible el fraccionamiento de las vacaciones, siempre que una de las porciones sea de dos semanas laborales ininterrumpidas como mínimo, fraccionamiento que deberá pactarse, individual o colectivamente (art. 8.2 Convenio núm. 132 OIT).

El calendario de vacaciones se fijará en cada empresa. Salvo causas económicas o productivas que lo justifiquen, no pueden excluirse del ciclo vacacional determinados periodos, si bien se podrá establecer así en el convenio colectivo o mediante acuerdo específico sobre las vacaciones⁵⁶. Cuando el convenio colectivo incluya la obligación de confeccionar el calendario de vacaciones mediante acuerdo con los representantes legales de las personas trabajadoras, pero en la empresa no exista la misma, no cabe exigir una actuación específica a ese empleador, como el acuerdo individual con cada miembro de la plantilla⁵⁷.

La persona trabajadora conocerá las fechas que le correspondan dos meses antes, al menos, del comienzo de su disfrute.

En relación con los supuestos de suspensión del contrato de trabajo y su solapamiento con las vacaciones, debe tenerse en cuenta que cuando el periodo de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones de la empresa coincida en el tiempo con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o

⁵⁴ STS de 21 de diciembre de 2017 (rec. 276/2016).

⁵⁵ STS de 8 de junio de 2016 (rec. 112/2015).

⁵⁶ STS de 24 de noviembre de 2015 (rec. 270/2014).

⁵⁷ STS de 16 de octubre de 2019 (rec. 140/2018).

la lactancia natural o con el período de suspensión del contrato de trabajo previsto en los apartados 4, 5 y 7 del artículo 48 LET, se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal o a la del disfrute del permiso que por aplicación de dichos preceptos le correspondiera, al finalizar el período de suspensión, aunque haya terminado el año natural a que correspondan.

Cuando el período de vacaciones coincida con una incapacidad temporal por contingencias distintas a las señaladas en el párrafo anterior que imposibilite a la persona trabajadora disfrutarlas, total o parcialmente, durante el año natural a que corresponden, la persona trabajadora podrá hacerlo una vez finalice su incapacidad y siempre que no hayan transcurrido más de dieciocho meses a partir del final del año en que se hayan originado.

Por último, se debe recordar que el legislador ha establecido una modalidad especial para el trámite de las reclamaciones sobre la fijación de la fecha de disfrute de las vacaciones (arts. 125 y 126 LRJS). Otras reclamaciones sobre aspectos diferentes del régimen jurídico de las vacaciones se deberán tramitar por el cauce del procedimiento ordinario.

i) OTROS ASPECTOS RELACIONADOS CON EL TIEMPO DE TRABAJO

a') *Permisos retribuidos*

La persona trabajadora, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, por alguno de los motivos y por el tiempo establecido en cada caso (art. 37.3 ET). En realidad, son supuestos⁵⁸ de interrupción de la actividad laboral con fundamentos muy diversos y que se configuran como «derechos mínimos», mejorables para el trabajador por convenio colectivo o pacto individual⁵⁹. El precepto legal tiene la consideración de derecho necesario relativo.

b') *Supuestos especiales de reducción de jornada*

La regulación estatutaria contempla varios supuestos especiales (art. 37.4, 5, 6 y 8 LET). Dichas reducciones de jornada constituyen un derecho indivi-

⁵⁸ Vid., ampliamente, una clasificación y una enumeración en DE VAL TENA, Á. L.: «La flexibilidad en el tiempo de trabajo», *cit.*, pp. 40-44.

⁵⁹ STS de 25 de enero de 2011 (rec. 216/2009).

dual de las personas trabajadoras, hombres o mujeres. No obstante, si dos o más personas trabajadoras de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, se podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa.

La concreción horaria y la determinación de las reducciones de jornada corresponderán a la persona trabajadora dentro de su jornada ordinaria. No obstante, los convenios colectivos podrán establecer criterios para la concreción horaria de la reducción de jornada, en atención a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de la persona trabajadora y a las necesidades productivas y organizativas de las empresas. La persona trabajadora, salvo fuerza mayor, deberá preavisar a la empresa con una antelación de quince días o la que determine el convenio colectivo aplicable, precisando la fecha en que iniciará y finalizará el permiso de cuidado del lactante o la reducción de jornada.

Las discrepancias surgidas entre la empresa y la persona trabajadora sobre la concreción horaria y la determinación de los períodos de disfrute serán resueltas por la jurisdicción social, a través del procedimiento establecido en el artículo 139 LRJS.

Hasta aquí la exposición del marco jurídico general que ordena el tiempo de trabajo en la prestación de servicios, por cuenta ajena, de una persona trabajadora. Del conjunto, interesa insistir que muchas de las intervenciones del legislador reformista, desde años atrás, han tenido como objetivo configurar un marco jurídico flexible, que facilite la ejecución del trabajo.

Ese será el ordenamiento del tiempo de trabajo que se aplicará a todas las personas trabajadoras a distancia, a las «no regulares» en su totalidad y también a las «regulares» con las particularidades o especialidades —claro está— que establece la LTAD, enumeradas y analizadas a continuación.

B) Normas específicas sobre tiempo de trabajo aplicables a las personas que trabajan a distancia de manera «regular» (reglas especiales)

Entre las ventajas del trabajo remoto, que desvincula o deslocaliza a la persona trabajadora de un lugar y un tiempo concretos, se han identificado varias: una mayor flexibilidad en la gestión de los tiempos de trabajo y los descansos, con una racionalización de horarios, así como mayores posibilidades, en algunos casos, de una autoorganización, con consecuencias positivas, en estos supuestos, para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

Siendo –según se reitera, aun con excepciones– la flexibilidad en la organización y desarrollo del trabajo una nota intrínseca de la prestación de servicios a distancia, el legislador ha previsto diversas normas aplicables a las personas que trabajan a distancia de manera «regular». Incluso enuncia unos «derechos con repercusión en el tiempo de trabajo»⁶⁰ que, en principio, podrían parecer novedosos, si bien, como se verá, son más una confirmación que una primicia, en tanto se reconocen al conjunto de las personas trabajadoras por la norma estatutaria común.

a) DERECHO AL HORARIO FLEXIBLE Y OBLIGACIÓN DE DISPONIBILIDAD

Si la base o fundamento principal del régimen jurídico del trabajo a distancia es la voluntariedad y su reflejo directo es la firma de un acuerdo de trabajo a distancia entre las partes de la relación contractual, el «horario de trabajo de la persona trabajadora y dentro de él, en su caso, reglas de disponibilidad» [art. 7.c) LTAD] forma parte del contenido mínimo, en el sentido de obligatorio, de dicho pacto *ad hoc*, que podrá formar parte del contrato inicial o formalizarse en un momento posterior, siempre antes de comenzar la prestación de servicios a distancia.

Precisamente como derecho específico de las personas trabajadoras a distancia, se reconoce el «derecho al horario flexible en los términos del acuerdo», con lo que se supedita o condiciona dicho derecho a la voluntad de las partes manifestada en el acuerdo de trabajo a distancia. Si esa es una deducción directa del enunciado o título del derecho reconocido, cuando de seguido se describe ese derecho queda confirmado tal referente, además de otras condiciones impuestas por la normativa autónoma y heterónoma, puesto que «de conformidad con los términos establecidos en el acuerdo de trabajo a distancia y la negociación colectiva, respetando los tiempos de disponibilidad obligatoria y la normativa sobre tiempo de trabajo y descanso», solo en su global consideración «la persona que desarrolla trabajo a distancia podrá flexibilizar el horario de prestación de servicios establecido» (art. 13 LTAD).

Si el legislador solamente hubiera establecido que «la persona que desarrolla trabajo a distancia podrá flexibilizar el horario de prestación de servicios establecido», de seguro que habría reconocido un derecho pleno de estas personas trabajadoras a distancia, esto es, la flexibilidad horaria existiría aunque no se

⁶⁰ Ese es el título la Sección 3.ª del Capítulo III –«Derechos de las personas trabajadoras a distancia»– de la LTAD.

incorporara al acuerdo de trabajo a distancia, mediante pacto expreso. Sin embargo, interpretar que la flexibilidad horaria es inherente al trabajo y que esta existe –como derecho– aunque no se pacte⁶¹, supone desconocer las condiciones previas y externas a las que se sujeta tal derecho, puesto que, imperativamente, se podrá ejercer «de conformidad con los términos establecidos en el acuerdo de trabajo a distancia y la negociación colectiva, respetando los tiempos de disponibilidad obligatoria y la normativa sobre tiempo de trabajo y descanso».

En efecto, el derecho al horario flexible reconocido a las personas trabajadoras a distancia queda muy condicionado, primero y en general, como para el conjunto de personas trabajadoras, por la normativa sobre tiempos de trabajo y descanso, legal o convencional colectiva, que establecen el número máximo de horas ordinarias de trabajo efectivo, los periodos mínimos de descanso según sea la jornada continuada diaria y el periodo de descanso entre una jornada y el comienzo de la siguiente, como normas de derecho necesario absoluto o relativo. Y también –hay que ponerlo de relieve– por lo pactado en el acuerdo de trabajo a distancia sobre el horario de trabajo y las reglas de disponibilidad, materias que forman parte de su contenido obligatorio, así como, en su caso, en la regulación recogida al respecto en los convenios y acuerdos colectivos. En suma, podría restringirse incluso más el derecho al horario flexible para un trabajador a distancia «regular» que para un trabajador presencial o a distancia «no regular», cuando la *voluntas legislatoris*, expresada en la Exposición de motivos de la LTAD, es optimizar la relación entre tiempo de trabajo y vida personal y familiar, con la distribución flexible del tiempo de trabajo.

Ciertamente, de la *voluntas legis*, esto es, de la voluntad objetiva e inmanente del texto legal promulgado⁶², cabe colegir la posibilidad de una restricción mayor para poder fijar un horario flexible, según se haya establecido en la negociación colectiva o en el acuerdo de trabajo a distancia. Aunque no deja de ser una mera hipótesis, incluso resultaría contrariado el principio de igualdad de trato y no discriminación, también formulado y consolidado por la ley especial, ya que «las personas que desarrollan trabajo a distancia tendrán los mismos derechos que hubieran ostentado si prestasen servicios en el centro de trabajo de la empresa, salvo aquellos que sean inherentes a la realización de la

⁶¹ Así, tras la LTAD, lo sostiene MALDONADO MONTOYA, J. P.: «Ordenación y desordenación del tiempo de trabajo en el trabajo a distancia», *cit.*, pp. 434-435; incluso, mantiene que el disfrute de ese derecho no exige petición previa a la empresa y no se condiciona a causas concretas, siendo suficiente que la persona trabajadora a distancia comunique a la empresa el uso concreto que va a hacer de la flexibilidad horaria. Con reservas, SALA FRANCO, T.: «El Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, sobre el trabajo a distancia», en *El teletrabajo*, Tirant lo Blanch, 2020, p. 192, concluye que la persona trabajadora goza «de una cierta libertad, si bien limitada, para fijar un horario flexible de trabajo».

⁶² STS –Sala de lo Civil– de 18 de enero de 2011 (rec. 228/2007).

prestación laboral en el mismo de manera presencial, y no podrán sufrir perjuicio en ninguna de sus condiciones laborales, incluyendo retribución, estabilidad en el empleo, *tiempo de trabajo*, formación y promoción profesional» (art. 4.1 LTAD).

Realmente, de pretender reforzar el derecho al horario flexible, hubiera bastado con reconocerlo así, cuando el convenio colectivo de aplicación a la empresa no lo contemplara o, incluso, en el supuesto de que lo limitara, de modo que las personas trabajadoras a distancia, excepcionando lo dispuesto en el norma colectiva y por habilitación legal, pudieran beneficiarse de un horario flexible, en los términos marcados en el acuerdo de trabajo a distancia ⁶³.

Las cautelas establecidas *ex lege* para poder implantar el horario flexible quizá tengan su origen en la diversidad ⁶⁴ de manifestaciones del trabajo a distancia. Y ello porque, en realidad, el trabajo a distancia no siempre equivale a trabajo flexible, con autonomía en la gestión del tiempo de trabajo. Ya sea por la voluntad de las partes, inducida por el interés del empleador, ya por las características de la actividad empresarial, puede imponerse o ser necesaria una exacta determinación del horario de trabajo, careciendo de margen para establecer una mínima o más amplia flexibilidad.

⁶³ Para mayor seguridad jurídica, como advierte BAZ RODRÍGUEZ, J.: *Los nuevos derechos digitales de las personas trabajadoras en España*, Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2021, p. 261, hubiera sido preferible que la libertad de horario quedase condicionada a su reconocimiento expreso en el acuerdo de trabajo a distancia. No obstante, indirectamente el acuerdo de trabajo a distancia puede limitar o anular la flexibilidad horaria cuando el pacto establezca un horario de trabajo rígido o cerrado, lo que —a nuestro entender— no será abusivo, ni requerirá justificarlo aportando razones organizativas o de producción; por ejemplo, cuando el trabajo a distancia es reflejo preciso del tiempo de trabajo presencial que la persona trabajadora venía realizando previamente, que presta algunos días o que ejecuta otras personas trabajadoras. El silencio del acuerdo de trabajo a distancia y del convenio colectivo sobre la flexibilidad horaria no significará que todas las horas de trabajo son flexibles (GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: *La nueva regulación del trabajo a distancia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 85), debiendo reparar en si el acuerdo de trabajo a distancia establece un horario de trabajo más o menos rígido o cerrado.

⁶⁴ La STSJ Cataluña de 15 de enero de 2019 (rec. 5609/2018) pone de relieve que «la realidad del teletrabajo [en general, del trabajo a distancia] es muy diversa, ya que son posibles prácticas en las que lo único exigible sea el resultado, con independencia de la distribución del tiempo, y otras en las que, por el tipo de actividad, se deban cumplir horarios concretos». La propia sentencia diferencia supuestos en los que se puede gozar de total libertad horaria y otros en los que se deba respetar el horario pactado, con un mixto con límites temporales con flexibilidad pactada. En el mismo sentido, la STSJ Madrid de 8 de julio de 2020 (rec. 19/2020) señala que «el concepto de teletrabajo [por extensión, también de trabajo a distancia] puede comprender supuestos muy diferentes unos de otros, puesto que incluye tanto los casos de trabajo en el propio domicilio del trabajador, como los casos de trabajo en lugares preestablecidos por la empresa y dotados de infraestructura para ello, siempre que no sean fijos y el trabajador pueda elegir entre ellos, como los casos en que el trabajador puede elegir libremente el lugar desde donde presta los servicios, usando para ello medios electrónicos portátiles para su conexión y/o prestación. Por otra parte el régimen de flexibilidad horaria puede ser variable entre el extremo de que el trabajador haya de estar conectado y/o prestando servicios en un horario concreto hasta el otro extremo en que tenga plena libertad para decidir los momentos en que se conecta y/o presta sus servicios».

Reconocido el derecho al horario flexible en aquellos términos, es acertado afirmar su configuración como un «derecho débil»⁶⁵, en el sentido de limitado o condicionado, al estar sujeto, como no podía ser de otra manera, a las normas imperativas sobre ordenación del tiempo de trabajo y, específicamente, a lo que establezca el convenio colectivo de aplicación. Será al establecer el horario de prestación de servicios en el acuerdo de trabajo a distancia cuando se aceptará o no la flexibilidad, según se facilite a la persona trabajadora a distancia iniciar y/o concluir la jornada dentro de unos márgenes, con libertad para fijar el momento inicial y final de su jornada diaria, aun con un periodo de coincidencia en el trabajo con otras personas trabajadoras de su centro de trabajo o empresa. Al depender, en definitiva, el reconocimiento del derecho al horario flexible de lo pactado en el acuerdo de trabajo a distancia, sin el beneplácito de la parte empleadora no podrá ejercer la persona trabajadora aquel derecho, que quedará anulado cuando se concrete el horario de trabajo, si este cierra cualquier margen de disposición.

Obsérvese que la literalidad de los artículos 7.c) y 13 LTAD otorga libertad a las partes de la relación contractual de trabajo a distancia para establecer un horario abierto o cerrado⁶⁶, sin que se tenga que justificar por razones objetivas vinculadas a la actividad a desarrollar, sean ligadas a la empresa o vinculadas a la persona trabajadora.

Ahora bien, en todo caso, pactado un horario de trabajo, con mayor o menor grado de flexibilidad, las partes han de cumplirlo. Una conducta de la persona trabajadora que no lo respete o no se ajuste a lo acordado podrá dar lugar a exceptuar el pago de las correspondientes horas⁶⁷ y su cómputo como tiempo de trabajo⁶⁸; más todavía, a la imposición una sanción por faltas de puntualidad o asistencia al trabajo, que puede ser el despido disciplinario⁶⁹, incluso.

⁶⁵ Expresión de GIL PLANA, J.: «El tiempo de trabajo en el trabajo a distancia», *cit.*, p. 242, que reafirma su calificación al comprobar cómo en el anteproyecto no se sometía a lo previamente pactado en la negociación colectiva ni en el acuerdo individual de trabajo.

⁶⁶ TALÉNS VISCONTI, E. E.: «La jornada laboral en el trabajo a distancia», en *El trabajo a distancia en el RDL 28/2020*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 194. A favor de establecer, por ejemplo, una referencia general, más o menos abierta, con estimaciones horarias u horquillas de inicio, descanso y finalización de la jornada, como sucede en un buen número de convenios colectivos, se pronuncia HIERRO HIERRO, F. J.: «El acuerdo de trabajo a distancia: un instrumento en el que compendiar las condiciones de la nueva prestación de servicio», en *El trabajo a distancia. Una perspectiva global*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, p. 293.

⁶⁷ STS de 12 de julio de 2021 (rec. 182/2019), confirmando que «durante el tiempo en que el trabajador no presta servicios laborales, teniendo obligación de hacerlo, sin justificación alguna, el carácter sinalagmático del contrato de trabajo supone que no se devenga salario, sin que ello suponga una multa de haber».

⁶⁸ STSJ Castilla y León/Valladolid de 3 de febrero de 2016 (rec. 2229/2015).

⁶⁹ STSJ Cataluña de 15 de enero de 2019 (rec. 5609/2018).

Cuando se pacte el horario de trabajo en el acuerdo de trabajo a distancia, dentro de este, en su caso, se deberán fijar también las «reglas de disponibilidad» de la persona trabajadora [art. 7.c LTAD]. Presupone que el horario pactado es flexible y que, siempre o en determinadas circunstancias, se podrá requerir a la persona trabajadora que preste servicios en una determinada franja horaria o en más de una⁷⁰. Obviamente, por el contrario, cuando el horario de trabajo sea rígido, completando el total de horas de la jornada diaria, no se incluirán pautas sobre la disponibilidad de la persona trabajadora, pues su compromiso ya es conocido y queda determinado; es más, de exigirse esa disponibilidad más allá del horario preestablecido, podría dar lugar al reconocimiento de horas extraordinarias.

Se admite, por consiguiente, la posibilidad de pactar la disponibilidad «*intra* jornada», no siendo obligatorio —«en su caso», se dice— hacer constar dicha disponibilidad de la persona trabajadora en el acuerdo de trabajo a distancia, de no ser necesaria para la ejecución de la prestación de servicios, aun acordado un horario flexible.

En los términos expuestos y resultando ser un condicionante más del derecho al horario flexible, lo que se impone es una obligación para la persona trabajadora a distancia. Al ser factible pactar un horario rígido, sin margen para la flexibilidad horaria, difícilmente se presentarán situaciones abusivas⁷¹, por innecesarias o desproporcionadas; pero sí, en cambio, podrían surgir escenarios discriminatorios cuando a dos personas trabajadoras a distancia, desempeñando funciones idénticas o similares, a una se le exija mayor disponibilidad horaria que a otra, sin concurrir una justificación objetiva.

Disímil situación se planteará cuando la disponibilidad se exija fuera del horario de trabajo reflejado en el acuerdo de trabajo a distancia, sobre todo cuando se trate de concretar si ese tiempo de disponibilidad es computable como tiempo de trabajo efectivo. Tal disponibilidad «*extra* jornada» se asimila a las guardias que realizan las personas trabajadoras, independientemente de si su actividad laboral es presencial, a distancia o híbrida.

Al respecto, la doctrina judicial comunitaria ha señalado que «el factor determinante para la calificación de «tiempo de trabajo», en el sentido de la Directiva 2003/88, es el hecho de que el trabajador está obligado a hallarse

⁷⁰ Obsérvese cómo el artículo 13 LTAD utiliza el plural —«tiempos de disponibilidad obligatoria»— cuando condiciona igualmente el derecho al horario flexible. Lo advierte MALDONADO MONTOYA, J. P.: «Ordenación y desordenación del tiempo de trabajo en el trabajo a distancia», *cit.*, p. 439, de lo que deduce «que no es preciso que se trate de un único periodo continuado dentro de la jornada de trabajo, sino que es posible —siempre que el convenio no lo impida— que se trate de espacios temporales fraccionados, asimétricos o fraccionados y asimétricos simultáneamente dentro de la jornada».

⁷¹ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: *La nueva regulación del trabajo a distancia*, *cit.*, p. 85.

físicamente presente en el lugar determinado por el empresario y a permanecer a disposición de este para poder prestar sus servicios inmediatamente en el caso de necesidad», obligaciones «que impiden que los trabajadores afectados elijan su lugar de estancia durante los períodos de guardia», por lo que «deben considerarse comprendidas en el ejercicio de sus funciones». No ocurre lo mismo en la situación en la que «el trabajador efectúa una guardia según el sistema de guardia localizada, que implica que esté accesible permanentemente sin, no obstante, deber estar presente en el lugar de trabajo pues, «aunque esté a disposición de su empresario en la medida en que debe estar localizable, en esta situación el trabajador puede administrar su tiempo con menos limitaciones y dedicarse a sus intereses personales», de manera que, en estas circunstancias, «solo debe considerarse ‘tiempo de trabajo’, en el sentido de la Directiva 2003/88, el tiempo dedicado a la prestación efectiva de servicio»⁷².

En esa misma línea de interpretación, la jurisprudencia nacional confirma que «las guardias de disponibilidad se consideran tiempo de trabajo cuando obligan al trabajador a permanecer en las instalaciones de la empresa, o en cualquier otro lugar designado por el empleador –incluido el propio domicilio–, para acudir en un breve plazo de tiempo al requerimiento empresarial, y que se desenvuelven, por lo tanto, en condiciones que limitan su libertad de deambulación e impiden administrar a voluntad el tiempo para poder dedicarse a sus intereses personales y a la libre realización de aquellas actividades que considere oportunas»⁷³.

Trasladando esta doctrina sobre las guardias a los tiempos de disponibilidad «*extra* jornada», la clave para decidir si el periodo de disponibilidad de las personas trabajadoras a distancia constituye tiempo de trabajo o, por el contrario, tiempo de descanso, será atender a las específicas condiciones en las que deba desarrollarse y así: será tiempo de trabajo cuando exija la obligada permanencia en un determinado espacio físico y dar respuesta inmediata en caso de llamamiento, porque en tales circunstancias el trabajador se encuentra en el ejercicio de sus funciones laborales; mientras que se considerará como tiempo de descanso si el trabajador puede dedicarse a las actividades personales y de

⁷² STJUE de 21 de febrero de 2018, C-518/15. En dicho Asunto se trató de una guardia localizada sin presencia física en el lugar de trabajo, pero sí en otro determinado por la empresa y debiendo ser atendido el requerimiento en un tiempo de 8 minutos, desde la recepción de la llamada. Más reciente, en el mismo sentido, SSTJUE de 9 de marzo de 2021, C-344/19 y C-580/19.

⁷³ STS de 18 de junio de 2020 (rec. 242/2018). En el caso de autos queda probado que las personas trabajadoras no estaban obligadas a permanecer en ningún concreto lugar durante las guardias de disponibilidad, ni tampoco a atender la incidencia en un determinado y breve plazo temporal desde que recibían el aviso, por lo que podían dedicarse libremente a las actividades sociales, personales y de ocio que estimaran oportunas.

ocio que libremente quiera realizar, en las que solo será tiempo de trabajo el dedicado a la prestación efectiva de servicios que requiera la intervención necesaria para atender la llamada⁷⁴. En este último supuesto, no toda la franja horaria de disponibilidad pactada se computará como periodo efectivamente trabajado, sino exclusivamente el tiempo ocupado en prestar servicios en la modalidad a distancia, desde su domicilio o desde otro lugar designado o no por la empresa.

Por último, y aunque no se recoja en la ley especial, se debe recordar el derecho atribuido a todas las personas trabajadoras a solicitar a la empresa adaptaciones en la duración y distribución de la jornada de trabajo, es decir, del horario, incluida la aplicación del horario flexible. Así, en concreto, se reconoce el «derecho a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la *ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia*, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral» (art. 34.8, párrafo primero, LET). De aceptar la empresa la prestación de trabajo a distancia, una posibilidad adicional será pactar un horario flexible, con o sin tiempos de disponibilidad obligatoria. En estos supuestos singulares, la persona trabajadora tendrá derecho a solicitar el regreso a su jornada o modalidad contractual anterior una vez concluido el periodo acordado o cuando el cambio de las circunstancias así lo justifique, aunque no hubiese transcurrido el periodo previsto (art. 34.8, párrafo cuarto, LET).

b) DERECHO AL REGISTRO HORARIO ADECUADO

Con carácter general, «la empresa garantizará el registro diario de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora, sin perjuicio de la flexibilidad horaria» (art. 34.9, párrafo primero, LET). Se reenvía a la negociación colectiva o al acuerdo de empresa o, en su defecto, a la decisión de la empresa previa consulta con los representantes legales de los trabajadores en la empresa, para que se organice y documente este registro de jornada, quedando obligada la empresa a conservar los datos anotados durante cuatro años, a disposición de las personas trabajadoras, de sus representantes legales y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

⁷⁴ SSTS de 18 de junio de 2020 (rec. 242/2018), de 2 de diciembre de 2020 (rec. 28/2019) y de 17 de febrero de 2020 (rec. 123/2020).

El RD-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo⁷⁵, introdujo *ex novo* la obligación empresarial de llevar un registro diario de la jornada de trabajo⁷⁶, a los efectos de poder comprobar el cumplimiento de los límites en materia de jornada, de crear un marco de seguridad jurídica, tanto para las personas trabajadoras como para las empresas, y de posibilitar el control por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Con ello, se facilita la resolución de discrepancias en cuanto a la jornada y, en consecuencia, sobre el salario, y se sientan las bases para acabar con un elemento de precariedad de las relaciones laborales, reconociendo el papel de la negociación colectiva en la ordenación del registro.

Cuando la organización del trabajo se basa en fórmulas de flexibilidad del tiempo de trabajo, como puede suceder en el trabajo a distancia con horarios flexibles, dentro siempre de los límites legales y convencionales aplicables, el registro diario de jornada ni obsta a su implantación ni constituye impedimento alguno a su operatividad. A efectos de anotación, no es un problema la variabilidad de la jornada diaria de trabajo, que se reflejará día a día, si bien su cómputo para determinar el cumplimiento de la jornada preestablecida sobre parámetros temporales superiores –semanal, mensual o anual– deberá ponderarse y globalizarse para la contabilización del tiempo de trabajo efectivo en dichas secuencias superiores a la diaria⁷⁷.

Formulado como un derecho, en verdad, el legislador especial reitera la obligación empresarial de organizar y documentar un registro diario de jornada, que se regula en el artículo 34.9 LET, de conformidad con lo establecido en la negociación colectiva, y, en particular, ese registro «deberá reflejar fielmen-

⁷⁵ BOE de 12 de marzo de 2019.

⁷⁶ La SAN de 4 de diciembre de 2015 (rec. 301/2015) señaló que «el registro de jornada, que no de horas extraordinarias, es el requisito constitutivo para controlar los excesos de jornada». Y, a mayor abundamiento, precisó que la inexistencia del registro «coloca a las personas trabajadoras en situación de indefensión que no puede atemperarse porque las horas extraordinarias sean voluntarias, puesto que el único medio de acreditarlas es, precisamente, el control diario». Aunque esta interpretación no fue confirmada, en tanto el artículo 35.5 LET «no exige la llevanza de un registro de la jornada diaria efectiva de toda la plantilla para poder comprobar el cumplimiento de los horarios pactados, cual establece la sentencia recurrida», la STS de 23 de marzo de 2017 (rec. 81/2016) sí afirmó que «de *lege ferenda* convendría una reforma legislativa que clarificara la obligación de llevar un registro horario y facilitara al trabajador la prueba de la realización de horas extraordinarias...».

⁷⁷ Por ejemplo, cuando la flexibilidad horaria exige el cumplimiento de una determinada jornada mensual, libremente distribuida por el trabajador, el hecho de que el registro horario diario compute excesos de jornada no se interpretará como trabajo extraordinario o por encima del pactado si, analizados los registros de los restantes días del mes, queda acreditado el cumplimiento de la jornada mensual ordinaria. *Vid. Guía sobre el registro de jornada*, elaborada –en su momento– por el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. Puede consultarse en: <https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/GuiaRegistroJornada.pdf> (última entrada el día 29 de marzo de 2022).

te el tiempo que la persona trabajadora que realiza trabajo a distancia dedica a la actividad laboral, sin perjuicio de la flexibilidad horaria, y deberá incluir, entre otros, el momento de inicio y finalización de la jornada» (art. 14 LTAD). Por más que se invierta el orden de los términos que definen aquella obligación empresarial, ningún añadido sustancial incorpora el artículo 14 LTAD, más allá de insistir en que el registro ha de «reflejar fielmente» el tiempo dedicado a la actividad laboral por parte de la persona trabajadora a distancia, si bien ello ya está implícito en el deber de la empresa *ex* artículo 34.9 LET, de ahí que se trate de un simple recordatorio de su obligatoriedad⁷⁸, también en el trabajo a distancia. De ahí que, con razón, se haya calificado como «una previsión superflua e innecesaria»⁷⁹ porque, por una parte, se remite íntegramente a la regulación estatutaria sobre el registro de jornada, y, por otra, no aporta ninguna referencia singularizada respecto al trabajo a distancia.

A diferencia del tenor literal del artículo 14 LTAD, el texto del anteproyecto de ley de trabajo a distancia describía un alcance más amplio de la obligación de registrar la jornada diaria de trabajo, con su hora de inicio y de finalización, ya que también debía reflejar «los tramos de actividad, el tiempo de activación y desactivación de los equipos, así como, en su caso, el tiempo dedicado a la preparación y realización de las tareas de cada una de las fases del ciclo de procesamiento y entrega». Es verdad que ambos textos, el proyectado y el definitivo, se formulan como contenido mínimo de datos a registrar, al mantener la expresión «entre otros», por lo que los convenios y acuerdos colectivos puede ampliar⁸⁰ los datos registrados, incluso también el propio empleador, lo que resultará conveniente para los intereses de ambas partes de la relación contractual. Precisamente, como el registro horario puede contener datos directos o indirectos que identifiquen a la persona trabajadora a distancia, con seguridad si se utilizan medios telemáticos para el desarrollo y control de la prestación laboral, se deberá garantizar el derecho a la intimidad y a la

⁷⁸ Lo pone de relieve CARRASCOSA BERMEJO, D.: «Derecho al registro horario adecuado y teletrabajo», en *El trabajo a distancia. Una perspectiva global*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 467 y 476; recordatorio de su obligatoriedad, en un intento de hacer reaccionar a las empresas incumplidoras, por el papel crucial que cumple en materia de prevención de riesgos laborales, especialmente vinculado al derecho a la desconexión digital.

⁷⁹ GIL PLANA, J.: «El tiempo de trabajo en el trabajo a distancia», *cit.*, p. 245. Con palabras de GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: *La nueva regulación del trabajo a distancia*, *cit.*, p. 89, el artículo 14 LTAD es un precepto «ocioso». En cambio, no comparte esa idea MALDONADO MONTOYA, J. P.: «Ordenación y desordenación del tiempo de trabajo en el trabajo a distancia», *cit.*, p. 452, destacando las dos diferencias, pero fundamentalmente que el artículo de la LTAD solo se refiere al registro horario, sin el adjetivo «diario», lo que daría a entender que se admite una referencia temporal superior.

⁸⁰ Así, pueden ser objeto de registro los descansos *intra* jornada, las ausencias o cualquier otra interrupción o pausa que no tenga la naturaleza de tiempo de trabajo efectivo. *Vid.* GODINO REYES, M.: *Jornada de trabajo*, Ediciones Lefebvre, Madrid, 2020, p. 125.

protección de datos, en los términos previstos en la –ya citada– Ley Orgánica 3/2018. Piénsese, por ejemplo, en el registro horario realizado a partir de datos biométricos de la persona trabajadora a distancia o teletrabajadora.

Sobre el sistema de registro, la norma común y la especial guardan silencio, probablemente al considerar que las múltiples actividades sectoriales y modos de la prestación del trabajo pueden abrir diversas⁸¹ fórmulas e instrumentos para implantar y llevar al día el registro de la jornada diaria. Pese a esa libertad, el sistema de registro deberá ser objetivo, fiable y accesible⁸².

En el trabajo a distancia, como acabamos de indicar, y en el teletrabajo, sobre todo, la conexión *on line* a la intranet⁸³ de la empresa y su actividad en red, sin duda, facilitará implementar un sistema de registro, con datos fiables. Cuando, por el contrario, la prestación sea *off line*, sin conexión a una red de datos, el modo de registrar el horario de trabajo forzosamente será distinto y dificultoso, sin que ello justifique el incumplimiento de aquella obligación empresarial. Recuérdese que «el control del tiempo de trabajo es responsabilidad de la empresa», que en todo caso debe registrar la jornada diaria de la persona trabajadora, sin que, singularmente en el trabajo a distancia, pueda alegar limitaciones por tener que respetar el derecho a la intimidad y la inviolabilidad del domicilio, pues estos «son derechos del trabajador que mora en él y no de la empresa, por lo que no pueden ser invocados por esta en contra del trabajador»⁸⁴.

En ocasiones, un recurso válido será la propia declaración –por ejemplo, un «sistema auto declarativo»⁸⁵– de la persona trabajadora, sobre la base de la mutua confianza y del cumplimiento de las obligaciones conforme a la buena fe contractual. Si el empleador admite la firma por la persona trabajadora de documentos –bien en formato electrónico, bien en papel– o instrumentos similares de autogestión del tiempo de trabajo, tales serán válidos para dar cumpli-

⁸¹ Sobre los diversos sistemas para implementar la obligación de registro horario, *Vid.* CARRASCOSA BERMEJO, D.: «Derecho al registro horario adecuado y teletrabajo», *cit.*, pp. 486-489.

⁸² STJUE de 14 de mayo de 2019, C-55/18.

⁸³ Cfr. Acuerdo de registro horario y desconexión digital de Deutsche Bank S. A. E., firmado el 4 de diciembre de 2019. Puede consultarse en https://www.ccoo-servicios.es/archivos/deutschebank/Acuerdo_registro_horario_y_desconexion_digital_DEF_web.pdf (última entrada el día 29 de marzo de 2022).

⁸⁴ STSJ Castilla y León/Valladolid de 3 de febrero de 2016 (rec. 2229/2015).

⁸⁵ Así, *v.gr.* el acuerdo colectivo del BBVA sobre registro de jornada y desconexión digital, de 25 de septiembre de 2019, entre los modelos de registro de jornada incluye el «Sistema auto declarativo», basado en «la mutua confianza entre la persona trabajadora y la empresa», mediante una aplicación que «contará necesariamente con la información indispensable para que la persona trabajadora conozca de forma fehaciente su horario diario, así como las pausas mínimas obligatorias que no suponen tiempo de trabajo efectivo». Puede consultarse en <https://www.ccoo-servicios.es/archivos/bbva/20190925-ACUERDO-BBVA-REGISTRO-DE-JORNADA-DESCONEXION-DIGITAL.pdf> (última entrada el día 29 de marzo de 2022). La SAN de 9 de diciembre de 2020 (rec. 218/2020) considera que el sistema de fichaje autodeclarativo establecido en el sector de cajas y entidades financieras de ahorro cumple con las exigencias de objetividad y fiabilidad establecidas por el TJUE.

miento a la obligación legal, y ello sin perjuicio de la capacidad de control y poder de dirección del la parte empleadora para asegurar la veracidad de la declaración unilateral del trabajador⁸⁶.

Como singularidad para el trabajo a distancia y en contraste con lo dispuesto en el artículo 34.9 LET, se ha propuesto –de *lege ferenda*– introducir la posibilidad de establecer mecanismos de registro alternativos al control horario que revela la cantidad de horas trabajadas, de manera que se mida el tiempo de trabajo según la carga de trabajo⁸⁷, siendo esta el elemento delimitador de la jornada debida. Opción no fácil de articular y, con seguridad, problemática, fuente de conflicto entre las partes de la relación contractual de trabajo.

El derecho de la persona trabajadora a distancia al registro horario debe entenderse «adecuado» a la modalidad de trabajo a distancia, sin que el sistema de registro limite, en su caso, la flexibilidad horaria. Dicho con otras palabras, no cabe contraponer la flexibilidad horaria al registro de jornada, siendo compatible registrar el horario de trabajo y disfrutar la persona trabajadora a distancia de un horario flexible. Con el registro de la jornada diaria se cubrirá un doble objetivo: el cumplimiento, por parte de la empresa, de los límites de la jornada diaria y la observancia, por parte de la persona trabajadora, de tiempo de trabajo efectivo y de disponibilidad obligatoria.

c) DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL

Fuera de la Sección 3.^a –«Derechos con repercusión en el tiempo de trabajo»– del Capítulo III –«Derechos de las personas trabajadoras a distancia»– de la LTAD, en la Sección 5.^a –«Derechos relacionados con el uso de medios digitales»– del mismo Capítulo se reconoce el derecho a la desconexión digital estrechamente vinculado⁸⁸ con el derecho al registro horario y, en general, con la ordenación del tiempo de trabajo y los descansos. No es que por primera vez se admita o se garantice este derecho en las relaciones de trabajo por cuenta ajena. El propio legislador nos da la pista en sentido contrario, al expresar que «las personas que trabajan a distancia, particularmente en teletrabajo, tienen derecho a la desconexión digital fuera de su horario de trabajo *en los términos*

⁸⁶ Vid. *Guía sobre el registro de jornada*, elaborada –en su momento– por el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. Puede consultarse en: <https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/GuiaRegistroJornada.pdf> (última entrada el día 29 de marzo de 2022).

⁸⁷ Vid. THIBAUT ARANDA, X.: «Toda crisis trae una oportunidad: el trabajo a distancia», *Trabajo y Derecho*, núm. extr. 12, 2020, p. 9.

⁸⁸ MONEREO PÉREZ, J. L. y LÓPEZ VICO, S.: *El teletrabajo tras la pandemia del COVID-19*, Laborum, Murcia, 2022, p. 94.

establecidos en el artículo 88 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre» (art. 18.1, párrafo primero, LTAD).

La primicia hay que atribuirla a Ley Orgánica 3/2018 que, de manera expresa y recogiendo la jurisprudencia nacional, comunitaria e internacional, otorga a las personas trabajadoras un conjunto de derechos relacionados con el uso de dispositivos en el ámbito laboral: entre otros, el derecho a la intimidad y el derecho a la desconexión digital. Al respecto, se afirma que «los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar» (art. 88.1 LO 3/2018). El ejercicio de este derecho atenderá a la naturaleza y objeto de la relación laboral, potenciará el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar y se sujetará a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de las personas trabajadoras (art. 88.2 LO 3/2018). Como obligación conexa, el empleador, previa audiencia de los representantes de las personas trabajadoras⁸⁹, debe elaborar una política interna dirigida al colectivo de personas trabajadoras, incluidas las que ocupen puestos directivos, en la que definirá las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática; en particular, «se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del *trabajo a distancia*, así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas» (art. 88.3 LO 3/2018).

Nótese cómo antes de aprobar la ley especial sobre el trabajo a distancia, el derecho a la desconexión digital pasó a ocupar un lugar relevante, tras su reconocimiento general. Y es que aquella misma ley orgánica, coherentemente, añadió un nuevo artículo 20 bis en el vigente texto del Estatuto de los Trabajadores, titulado «Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión», en el que se reconoce que «los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales».

⁸⁹ No se requiere que sea mediante convenio o acuerdo colectivo. *Vid.*, en este sentido, SALA FRANCO, T.: «El Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, sobre el trabajo a distancia», *cit.*, p. 199.

Ni la norma general ni la especial indican qué se entiende por desconexión digital en el ámbito laboral, aunque podamos deducirlo. Será el derecho de las personas trabajadoras a que su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como su intimidad personal y familiar no se vean negativamente afectados por el uso de dispositivos digitales que pueda efectuar el empleador⁹⁰. *De facto*, implicará el derecho del trabajador a no contestar ningún requerimiento de la empresa fuera de la jornada de trabajo, pero también la obligación de la parte empleadora de no remitir comunicación de cualquier tipo y por cualquier vía a la persona trabajadora que pudiera invadir el tiempo de descanso⁹¹.

La limitación del uso de medios tecnológicos de comunicación y de trabajo fuera de la jornada diaria, aunque se formula como un derecho de las personas trabajadoras, también si trabajan a distancia, se proyecta en una doble dirección, obligando tanto al empleador, por supuesto y principalmente, como a la persona trabajadora, por más que se enuncie como una garantía para esta última.

El cuanto al alcance del derecho, sin perjuicio de que la negociación colectiva pueda ser la fuente de regulación, para los trabajadores a distancia –como novedad respecto de la norma común– se establece que «el deber empresarial de garantizar que la desconexión conlleva una limitación del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los periodos de descanso, así como el respeto a la duración máxima de la jornada y a cualesquiera límites y precauciones en materia de jornada que dispongan la normativa legal o convencional aplicables» (art. 18.1, párrafo segundo, LTAD). Del tenor de este precepto ha desaparecido la «limitación absoluta», lo que induce a pensar que en supuestos excepcionales cabría condicionar o limitar, sin anular, el derecho a la desconexión digital. Así se confirma cuando se admite que los convenios o acuerdos colectivos puedan regular «las posibles circunstancias extraordinarias de modulación del derecho a la desconexión» (disp. adic. primera LTAD). Más allá de que sean situaciones extraordinarias las que justifiquen esa modulación del derecho a la desconexión digital, la negociación colectiva debe asumir su función reguladora, estableciendo términos claros y precisos por estar limitando un derecho de la persona trabajadora.

⁹⁰ Definición que recoge el Diccionario panhispánico del español jurídico (<https://dpej.rae.es>).

⁹¹ Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y CALVO GALLEGO, F. J.: «Los derechos digitales de los trabajadores a distancia», *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 11, 2020, p. 1466, y GIL PLANA, J.: «El tiempo de trabajo en el trabajo a distancia», *cit.*, p. 248.

La llamada a la negociación colectiva se extiende más en el trabajo a distancia, superando el marco general que le permite establecer las modalidades de ejercicio de este derecho según la naturaleza y objeto de la relación laboral, con el fin de potenciar el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar. Así, «los convenios o acuerdos colectivos de trabajo podrán establecer los medios y medidas adecuadas para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la desconexión en el trabajo a distancia y la organización adecuada de la jornada de forma que sea compatible con la garantía de tiempos de descanso» (art. 18.2, párrafo segundo, LTAD). Sin embargo, ello no supone, en ningún caso, que el derecho a la desconexión digital de las personas trabajadoras a distancia precise, para desplegar plenos efectos, su efectivo reconocimiento por la negociación colectiva, resultando un derecho directamente exigible⁹². Será esta última la que puede completar ciertos aspectos que garanticen o excepcionalmente modulen su aplicación en el trabajo a distancia.

Reitera la ley especial una obligación de la empresa: elaborar «una política interna dirigida a personas trabajadoras, incluidas las que ocupen puestos directivos, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática»; en particular, «se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia, así como en el domicilio de la persona empleada vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas» (art. 18.2, párrafo primero, LTAD). La única⁹³ diferencia con lo dispuesto en el artículo 88.3 de la LO 3/2018 es que este último indica que dicha política interna se fijará por *el empleador*, «previa audiencia de los *representantes* de los trabajadores», mientras que el otro precepto señala que se requiere «previa audiencia de la *representación legal* de las personas trabajadoras» por parte de *la empresa*, concretando la clase de representación de los trabajadores: solamente la representación legal o unitaria, es decir, se oirá a los delegados de personas y/o al comité de empresa, excluyendo a la representación sindical o a cualquier otra articulada *ad hoc*.

⁹² TODOLÍ SIGNES, A.: «La regulación del trabajo a distancia», *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 11, 2020, p. 1498.

⁹³ Lo advierte GIL PLANA, J.: «El tiempo de trabajo en el trabajo a distancia», *cit.*, p. 250, que además, por un lado, critica la reiteración de esta obligación empresarial sin aportar ninguna singularidad debida al trabajo a distancia y, por otro lado, pone de manifiesto el error, por la mera trasposición, de mantener la referencia diferenciada entre el trabajo a distancia y el trabajo a domicilio.

La lesión del objeto o contenidos este derecho por la empresa, aunque no se tipifique singularmente, podrá dar lugar, entre otras, a la responsabilidad administrativa *ex* artículo 7.5 LISOS, que tipifica como infracción grave «la transgresión de las normas y los límites legales o pactados en materia de jornada, trabajo nocturno, horas extraordinarias, horas complementarias, descansos, vacaciones, permisos, registro de jornada y, en general, el tiempo de trabajo a que se refieren los artículos 12, 23 y 34 a 38 del Estatuto de los Trabajadores». Quizá la ley, como ha puesto de relieve la doctrina⁹⁴, podría haber previsto alguna medida o sanción específica⁹⁵ para garantizar, de manera efectiva, el cumplimiento empresarial de la obligación de respetar los tiempos de desconexión, como periodos de descanso, laguna que difícilmente puede cubrir la negociación colectiva. En definitiva, se echa en falta un mayor desarrollo legal en este punto, al menos.

Como la separación entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso puede resultar más difusa en el trabajo a distancia, la garantía de este derecho se verá afectada sobremanera en los supuestos de disfrutar la persona trabajadora de un horario flexible, de ahí la importancia de las reglas de disponibilidad en el acuerdo de trabajo a distancia [art. 7.c) LTAD]. Ahora bien, la flexibilidad horaria no puede ser una justificación para pretender la conexión permanente⁹⁶ y, por consiguiente, la completa disponibilidad de la persona trabajadora, pues el deber empresarial de garantizar la desconexión no se ve limitado, solo se permite su modulación por la negociación colectiva en circunstancias extraordinarias. Con mayor razón, si cabe, por la relación de este derecho con la prevención de riesgos laborales⁹⁷ (art. 16.1 LTAD).

⁹⁴ MARTÍN MUÑOZ, M. R.: «El derecho a la desconexión digital en España. Un análisis de su regulación legal y convencional», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 239, 2021, p. 92.

⁹⁵ Con palabras de SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y FOLGOSO OLMO, A.: «En torno a la “desconexión digital”», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 9, núm. 2, 2021, p. 59, «resulta ilustrativo que las sanciones que lleva aparejada su vulneración deban seguir articulándose a través de los preceptos de la LISOS destinados a la tutela del derecho al descanso».

⁹⁶ Como afirman MONEREO PÉREZ, J. L. y LÓPEZ VICO, S.: *El teletrabajo tras la pandemia del COVID-19*, *cit.*, p. 117, del hecho de que la tecnología digital haga posible una potencial conexión permanente, no puede entenderse en absoluto que el empleador ostente sobre el trabajador un poder de disponibilidad ilimitada.

⁹⁷ Así lo destacan MIÑARRO YANINI, M.: «El sistema de prevención de riesgos laborales como garantía de la efectividad del derecho a la desconexión digital», en *Vigilancia y control en el Derecho del trabajo digital*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020, pp. 577 y ss., y TODOLÍ SIGNES, A.: «Derecho a la intimidad y a la desconexión digital en el teletrabajo», en *Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo vigente*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, p. 236. Al respecto, la ley especial establece que en la evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva del trabajo a distancia «deberá tenerse en cuenta la distribución de la jornada, los tiempos de disponibilidad y la garantía de los descansos y desconexiones durante la jornada» (art. 16.1 LTAD).

4. A MODO DE CONCLUSIONES

La irrupción de la COVID-19 y, en nuestro país, la declaración del estado de alarma, con el confinamiento de la población como medida temporal de carácter extraordinario para proteger la salud y seguridad de los ciudadanos, contener la progresión de la enfermedad y reforzar el sistema de salud pública, han impulsado la expansión del teletrabajo y, en general, del trabajo a distancia, como una modalidad de prestar servicios útil y adecuada, sobre todo en algunos sectores de actividad. El lento retorno hacia la normalidad, según estamos observando, no va a suponer volver a la situación de partida, de manera que el trabajo a distancia –en sus múltiples manifestaciones, algunas de ellas híbridas, combinadas con el trabajo presencial– se ha consolidado, ante las ventajas que ofrece a las personas trabajadoras y también a las empresas.

Pronto se pudo advertir la insuficiencia del marco legal del trabajo a distancia, que se limitaba a lo dispuesto en el artículo 13 LET, si bien había superado, tras la reforma laboral de 2012, el –así denominado hasta entonces– «trabajo a domicilio». De ahí que primero el RD-ley 28/2020 pretendiera «llenar el vacío normativo» que existía, «igualando el tratamiento jurídico en los aspectos más importantes de esta forma de organización del trabajo, acudiendo en la medida necesaria a la negociación colectiva, que se considera instrumento imprescindible para completar la normativa aplicable en cada uno de los sectores específicos, estableciendo criterios propios»; en definitiva, proporcionando «una regulación suficiente, transversal e integrada en una norma sustantiva única» (Exposición de motivos LTAD). Sin embargo, la norma, aun después de ser tramitada como proyecto de ley (LTAD), no ha alcanzado el objetivo planeado, y ello porque, de un lado, una buena parte de sus contenidos carecen de verdadero potencial innovador y, de otro, en los supuestos en que sí se advierte, se plantean problemas que no se llegan a solucionar⁹⁸. Sin que la negociación colectiva, pese a las continuas llamadas desde el texto legal, pueda llegar a colmar el régimen jurídico, así como tampoco las previsiones del acuerdo de trabajo a distancia van a resolver todos los dilemas que se presenten.

Si, en verdad, «las novedades que aporta la nueva ley son bastantes menos de las que el legislador se atribuye»⁹⁹, pese a que se hacía necesaria una

⁹⁸ En este sentido, GOÉRLICH PESET, J. M.: «La regulación del trabajo a distancia. Una reflexión general», en *Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo vigente*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 48-49.

⁹⁹ THIBAUT ARANDA, X.: «Toda crisis trae una oportunidad: el trabajo a distancia», *cit.*, p. 8.

«regulación legal específica»¹⁰⁰ que atendiera las peculiaridades del lugar de trabajo y de la forma de organización del trabajo a distancia, la regulación del tiempo de trabajo confirma aquel primer aserto.

El previo silencio legal sobre la ordenación del tiempo de trabajo en esta modalidad suponía la aplicación de las reglas comunes, sobre la siguiente base: «los trabajadores a distancia tendrán los mismos derechos que los que prestan sus servicios en el centro de trabajo de la empresa, salvo aquellos que sean inherentes a la realización de la prestación laboral en el mismo de manera presencial» (art. 13.3, párrafo primero, LET –2015–). Como tampoco la norma reglamentaria sobre jornadas especiales de trabajo (RD 1561/1995) aportaba novedad alguna, tal equiparación de derechos en cuanto al tiempo de trabajo y al tiempo de descanso resultó problemática y originó conflictos a resolver por los jueces y tribunales.

La oportunidad de superar ese déficit de regulación, en lo que al tiempo de trabajo se refiere, no ha significado un aporte de reglas nuevas, por más que se formulen derechos de las personas trabajadoras «con repercusión en el tiempo de trabajo». Aunque se haya incluido una sección, con dos artículos, en el capítulo III de la LTAD, si nos esforzamos en destacar lo diferente respecto del marco legal común, poco vamos a poder señalar. El derecho al horario al horario flexible, el derecho al registro horario y el derecho a la desconexión digital, que *–a priori–* bien podrían identificarse como variación de régimen legal estatutario, tras su análisis se ha de concluir que las novedades son pocas y limitadas, incluso un mero ajuste de palabras para incluir el lenguaje inclusivo en cuanto al género.

En cada supuesto, el derecho al horario flexible queda enteramente condicionado por la normativa general sobre el tiempo de trabajo y descanso, por lo instituido en la negociación colectiva y por los términos establecidos en el acuerdo de trabajo a distancia, que respetará los tiempos de disponibilidad obligatoria. Solo atendiendo y ponderando esas fuentes de derechos y obligaciones, la persona trabajadora a distancia podrá flexibilizar el horario de prestación de servicios establecido. En suma, como el horario de trabajo y, dentro de él, las reglas de disponibilidad, en su caso, forman parte del contenido mínimo obligatorio, la flexibilidad horaria tendrá que ser pactada por la parte empleadora y la persona trabajadora o, en última instancia, deducirse de los tiempos de disponibilidad obligatoria.

¹⁰⁰ SALA FRANCO, T.: «Los precedentes normativos legales del teletrabajo», en *El teletrabajo*, Tirant lo Blanch, 2020, p. 71.

Al reconocer, por separado, el derecho al registro horario y el derecho a la desconexión digital, el propio legislador se remite a los preceptos que los regulan en otras normas. Formulado como un deber de la empresa, esta «garantizará el registro diario de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora, sin perjuicio de la flexibilidad horaria» (art. 34.9 LET). Ese registro, así hay que entenderlo, aunque no se dijera, «debe reflejar fielmente el tiempo que la persona trabajadora que realiza el trabajo a distancia dedica a la actividad laboral» (art. 14 LTAD). Ninguna particularidad o especialidad mínimamente relevante es destacable, por lo que sirve más como simple recordatorio de la obligación empresarial, también en el trabajo a distancia, no excepcionada, que como un derecho específico de las personas trabajadoras a distancia.

También enunciado como derecho a la desconexión digital fuera de su horario de trabajo, las personas que trabajan a distancia son titulares de ese derecho «en los términos establecidos en el artículo 88 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre» (art. 18.1, párrafo primero, LTAD). Además de la remisión, el contenido de ambos preceptos legales es –en parte– concordante, si bien se observa una relación de complementariedad. En efecto, el derecho a la desconexión digital conlleva la obligación de respetar el «tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de la intimidad personal y familiar» de la persona trabajadora (art. 88.1 LO 3/2018); en concreto, el deber empresarial de garantizar la desconexión comporta «una limitación del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los periodos de descanso, así como el respeto a la duración máxima de la jornada y a cualesquiera límites y precauciones en materia de jornada que dispongan la normativa legal o convencional aplicables» (art. 18.1, párrafo segundo, LTAD). Asimismo, las modalidades de ejercicio de este derecho deben atender «a la naturaleza y objeto de la relación laboral, potenciarán el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar y se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores» (art. 88.2 LO 3/2018). Singularmente en el trabajo a distancia, «los convenios o acuerdos colectivos de trabajo podrán establecer los medios y medidas adecuadas para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la desconexión en el trabajo a distancia y la organización adecuada de la jornada de forma que sea compatible con la garantía de tiempos de descanso» (art. 18.2, párrafo segundo, LTAD). Cumple así la ley especial su función de adaptar el derecho general a la desconexión digital a las particularidades del trabajo a distancia, aunque la negociación colectiva y los acuerdos colectivos son requeridos para acabar de perfilar aquel derecho.

No se entiende, sin embargo, la reiteración –por una mecánica reproducción– del deber de la empresa de elaborar «una política interna dirigida a trabajadores, incluidos los que ocupen puestos directivos, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática» (art. 88.3 LO 3/2019; también art. 18.2, párrafo primero, LTAD). Más cuando se subraya, en ambos preceptos, que «se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia, así como en el domicilio de la persona empleada vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas», lo cual tiene razón de ser cuando se regula el derecho a la desconexión digital con alcance general, no si se reconoce en el trabajo a distancia y, por ende, en el teletrabajo. Se muestra, en fin, una poco depurada técnica jurídica, sin que la urgencia pueda alegarse como causa justificativa.

En cierto modo, tan extensa ley especial se ha conformado de forma aluvial, trayendo a su articulado derechos ya reconocidos, que se recuerdan y, en algunos casos, se refuerzan. Puede que con un fin pedagógico, se enumeran *ex lege* los derechos con repercusión en el tiempo de trabajo, sin aportar a la persona trabajadora a distancia una mayor garantía en el ejercicio de los mismos, apelando a la negociación colectiva para una mayor concreción.

Mientras la negociación colectiva no asuma¹⁰¹ el extenso rol que le asigna la LTAD, simples son las cautelas que esta última incorpora en la ordenación del tiempo de trabajo, por mucho que se reconozcan derechos de las personas trabajadoras y, en el reverso, obligaciones para la empresa.

No hay que olvidar que la normativa común sobre tiempo de trabajo y descanso, la que agrupa a las leyes, con sus normas de desarrollo, y a la negociación colectiva, resulta aplicable al trabajo a distancia. En la ordenación legal concurren normas de derecho necesario absoluto y relativo, con una destacada regulación flexible del tiempo de trabajo, completada por los convenios y acuerdos colectivos. Esa misma estela ha de seguir la negociación colectiva

¹⁰¹ Ni antes de la entrada en vigor de la nueva legislación ni después, la negociación colectiva se ocupa extensamente de la ordenación del tiempo de trabajo en la prestación de servicios a distancia y en el teletrabajo. Vid. QUINTANILLA NAVARRO, R. Y.: «Negociación colectiva en el teletrabajo: conciliación y flexibilidad en el tiempo de trabajo», en *Teletrabajo y negociación colectiva*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2022, pp. 73-75, y, más actualizado, GOERLICH PESET, J. M.: «El trabajo a distancia en la negociación colectiva: primeras experiencias tras su reforma legal», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 9, núm. 2, 2021, pp. 22-23. Este último advierte la «la falta de interés que continúa manifestando la negociación colectiva a pesar de la importancia cuantitativa que ha adquirido el trabajo a distancia» (pp. 26-27).

cuando aborde la concreción del marco jurídico del tiempo de trabajo en la modalidad de prestación de servicios a distancia.

El silencio de la LTAD sobre aspectos clave de la jornada –con la posibilidad de su distribución irregular a lo largo del año– y los descansos (art. 34 LET), las horas extraordinarias (art. 35 LET), el trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmo de trabajo (art. 36 LET), descanso semanal, fiestas y permisos (art. 37 LET) y, también, las vacaciones anuales (art. 38 LET) supone la aplicación directa de ese marco jurídico¹⁰² al trabajo a distancia. Ahora bien, la traslación –como, por cierto, ocurría antes de la última intervención del legislador– de esas reglas comunes podrá ocasionar puntos de conflicto¹⁰³ cuando el trabajo se preste fuera de centro de trabajo y con disponibilidad para organizar el tiempo de trabajo y de descanso por las personas trabajadoras a distancia.

El principio de igualdad de trato y no discriminación (art. 4 LTAD) reafuerza la anterior conclusión, pues las personas que desarrollan trabajo a distancia deben tener los mismos derechos que hubieran disfrutado si prestaran servicios en el centro de trabajo de la empresa, por supuesto todos los relativos al tiempo de trabajo y de descanso, excepto aquellos que sean inherentes a la realización de la prestación laboral en el mismo de manera presencial.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ALARCÓN CARACUEL, M. R.: *La ordenación del tiempo de trabajo*, Tecnos, Madrid, 1988.
- ALFONSO MELLADO, C. L. (Coord.): *La regulación legal y convencional del tiempo de trabajo*, Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2020.
- ALFONSO MELLADO, C. L. y GARCÍA ORTEGA, J.: *Jornada y ordenación del tiempo de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- APARICIO TOVAR, J. y LÓPEZ GANDÍA, J. (Coords.): *Tiempo de trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2008.
- BASTERRA HERNÁNDEZ, M.: *Tiempo de trabajo y tiempo de descanso*, tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- BAZ RODRÍGUEZ, J.: *Los nuevos derechos digitales de las personas trabajadoras en España*, Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2021.

¹⁰² Se ha expuesto con detalle en el apartado 3. A) de este trabajo.

¹⁰³ Al respecto, *Vid.* GIL PLANA, J.: «El tiempo de trabajo en el trabajo a distancia», *cit.*, pág. 235-239, y MALDONADO MONTOYA, J. P.: «Ordenación y desordenación del tiempo de trabajo en el trabajo a distancia», *cit.*, pp. 444-450.

- BLASCO JOVER, C.: *Tiempo de trabajo y permisos del trabajador por motivos personales y sindicales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- CARRASCOSA BERMEJO, D.: «Derecho al registro horario adecuado y teletrabajo», en *El trabajo a distancia. Una perspectiva global*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021.
- DE VAL TENA, Á. L.: «Derechos de los trabajadores en tiempos de COVID-19», *Actualidad del Derecho en Aragón*, núm. 45, 2020.
- «La flexibilidad en el tiempo de trabajo», en *Tiempo de trabajo y descanso*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, Huelva, 2021.
- EZQUERRA ESCUDERO, L.: *Tiempo de trabajo: duración, ordenación y distribución*, Atelier, Barcelona, 2006.
- GARCÍA NINET, J. I.: «A vueltas con el tiempo de trabajo y la productividad, o sobre cómo flexibilizar más el tiempo de trabajo», *Tribuna Social*, núm. 164-165, 2004.
- GIL PLANA, J.: «El tiempo de trabajo en el trabajo a distancia», en *El trabajo a distancia*, Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2021.
- GODINO REYES, M.: *Jornada de trabajo*, Ediciones Lefebvre, Madrid, 2020.
- GOËRLICH PESET, J. M.: «El trabajo a distancia en la negociación colectiva: primeras experiencias tras su reforma legal», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 9, núm. 2, 2021.
- «La regulación del trabajo a distancia. Una reflexión general», en *Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo vigente*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021.
- GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: *La nueva regulación del trabajo a distancia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El derecho al disfrute efectivo de las vacaciones*, Tecnos, Madrid, 2014.
- «Trabajo decente y tiempo de trabajo», en *El trabajo decente*, Comares, Granada, 2018.
- «De nuevo sobre el derecho de las vacaciones y su disfrute efectivo en los casos de negativa empresarial a su retribución», *Iuslabor*, núm. 2, 2018.
- «Límites a la conciliación: de las necesidades de flexibilidad a la insuficiencia de las reducciones de jornada», *Trabajo y Derecho*, núm. 46, 2018.
- «Trabajo y necesidades familiares: la reducción y adaptación del tiempo de trabajo», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 48, 2018.
- *El tiempo flexible: la jornada irregular*, Tecnos, Madrid, 2018.
- «La conciliación desde la perspectiva del tiempo de trabajo en España: son malos tiempos para conciliar», *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. 69, núm. 273, 2, 2019.
- «La nueva regulación de la adaptación de la jornada: de la melancolía a una esperanza contenida», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 2, 2020.

- GORELLI HERNÁNDEZ, J. y GUTIÉRREZ PÉREZ, M.: «La regulación convencional de la retribución de las vacaciones anuales: últimas tendencias jurisprudenciales», *Trabajo y Derecho*, núm. 24, 2016.
- HIERRO HIERRO, F. J.: «El acuerdo de trabajo a distancia: un instrumento en el que compendiar las condiciones de la nueva prestación de servicio», en *El trabajo a distancia. Una perspectiva global*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021.
- IGARTUA MIRÓ, M. T.: *Ordenación flexible del tiempo de trabajo: jornada y horario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- LAHERA FORTEZA, J.: «El acuerdo individual y los requisitos formales del trabajo a distancia regular y estructural», en *Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo vigente*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021.
- LÓPEZ AHUMADA, J. E.: *Descansos laborales y tiempo de trabajo: régimen jurídico de los descansos diario y semanal y de los días festivos*, Consejo Económico y Social de España, Madrid, 2004.
- MALDONADO MONTOYA, J. P.: «Ordenación y desordenación del tiempo de trabajo en el trabajo a distancia», en *El trabajo a distancia. Una perspectiva global*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021.
- MARTÍN MUÑOZ, M. R.: «El derecho a la desconexión digital en España. Un análisis de su regulación legal y convencional», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 239, 2021.
- MIÑARRO YANINI, M.: «El sistema de prevención de riesgos laborales como garantía de la efectividad del derecho a la desconexión digital», en *Vigilancia y control en el Derecho del trabajo digital*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Tiempo de trabajo y ciclos vitales: estudio crítico del modelo normativo*, Comares, Granada, 2009.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y LÓPEZ VICO, S.: *El teletrabajo tras la pandemia del COVID-19*, Laborum, Murcia, 2022.
- MONREAL BRINGSVAERD, E.: «La voluntariedad del trabajo a distancia y su carácter reversible», en *El trabajo a distancia*, Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2021.
- PERÁN QUESADA, S. y MONEREO PÉREZ, J. L. (Coords.): *La ordenación del tiempo de trabajo en el siglo XXI: retos, oportunidades y riesgos emergentes*, Comares, Granada, 2014.
- POQUET CATALÁ, R.: *El teletrabajo. Análisis del nuevo marco jurídico*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020.
- QUINTANILLA NAVARRO, R. Y.: «Concepto y modalidades del trabajo a distancia. Trabajo presencial. Teletrabajo», en *El trabajo a distancia. Una perspectiva global*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021.

- *El teletrabajo en las Administraciones Públicas: ámbitos estatal y autonómico*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021.
 - «Negociación colectiva en el teletrabajo: conciliación y flexibilidad en el tiempo de trabajo», en *Teletrabajo y negociación colectiva*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2022.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y CALVO GALLEGO, F. J.: «Los derechos digitales de los trabajadores a distancia», *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 11, 2020.
- SALA FRANCO, T.: «El Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, sobre el trabajo a distancia», en *El teletrabajo*, Tirant lo Blanch, 2020.
- «Los precedentes normativos legales del teletrabajo», en *El teletrabajo*, Tirant lo Blanch, 2020.
 - «La voluntariedad en el teletrabajo», en *Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo vigente*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y FOLGOSO OLMO, A.: «En torno a la “desconexión digital”», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 9, núm. 2, 2021.
- SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Caracterización formal sobre la Ley de trabajo a distancia», en *El trabajo a distancia. Una perspectiva global*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021.
- TALÉNS VISCONTI, E. E.: «La jornada laboral en el trabajo a distancia», en *El trabajo a distancia en el RDL 28/2020*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- THIBAUT ARANDA, X.: «Toda crisis trae una oportunidad: el trabajo a distancia», *Trabajo y Derecho*, núm. extr. 12, 2020.
- «Ámbito de aplicación de la nueva Ley del trabajo a distancia: definición y calificación jurídica», en *El trabajo a distancia*, Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2021.
- TODOLÍ SIGNES, A.: «La regulación del trabajo a distancia», *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 11, 2020.
- «Derecho a la intimidad y a la desconexión digital en el teletrabajo», en *Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo vigente*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021.
- TORRENTE GARI, S.: «El trabajo a distancia como medida de flexibilidad y de conciliación», en *Crisis económica y empleo: la experiencia judicial aplicativa de las últimas reformas laborales*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021.
- TUDELA CAMBRONERO, G. y VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *Tiempo de trabajo y flexibilidad laboral*, Fundación Alternativas, Madrid, 2005.

CAPÍTULO XXII

**EL TIEMPO DE TRABAJO EN EL CONTRATO DE TRABAJO
ÁGIL EN ITALIA**

ANTONIO PRETEROTI
Profesor titular de Derecho del Trabajo
Università degli Studi de Perugia

STEFANO CAIROLI
Profesor titular de Derecho del Trabajo
Università degli Studi de Perugia*

1. LAS TRADICIONALES CONDICIONES RELATIVAS AL TIEMPO
Y LUGAR DEL TRABAJO ASALARIADO EN EL
ORDENAMIENTO ITALIANO

En el ordenamiento italiano, las condiciones relativas al tiempo y lugar no son elementos que caractericen a la causa del contrato de trabajo asalariado, sino que son elementos que, en su caso, pueden delimitar el objeto de la prestación laboral ¹.

* Profesores titulares de Derecho del Trabajo en la Università degli Studi de Perugia, Departamento de Derecho.

El escrito es el resultado de una reflexión común de los dos autores. Sin embargo, los párrafos 1, 2, 3 y 8 deben atribuirse a Stefano Cairolì, los párrafos 4, 5 y 7 deben atribuirse a Antonio Preteroti, los párrafos 6 y 9 deben atribuirse a ambos autores.

¹ Al respecto, SANDULLI, P.: *Tempo e durata della prestazione di lavoro*, Angeli, Roma, 1979, pp. 35 y ss.; ICHINO, P.: *Continuità, elasticità e collocazione temporale della prestazione lavorativa subordinata*, Milano, 1985, p. 210.

Asimismo, en la normativa laboral no queda previsto ningún deber relativo al desarrollo de la prestación laboral en los locales o sedes empresariales, ni una obligación de determinar de forma precisa cual es el lugar en el que se ejecutan dichas prestaciones².

De otro lado, la existencia de una jornada de trabajo como elemento vinculante para las partes de la relación laboral conoce también algunas excepciones, puesto que el artículo 17.5 del Decreto n.º 66/2003, en línea con la normativa europea (Directiva 2003/88), contempla varios supuestos en los que se exceptiona la aplicación de no pocas y variadas reglas y límites relativos al tiempo de trabajo.

2. LA JORNADA DE TRABAJO Y LA IDENTIFICACIÓN DE LA CUANTÍA DE TRABAJO DESDE UNA PERSPECTIVA GENERAL

Con carácter general, en las relaciones laborales, la determinación de tales elementos relativos al lugar y tiempo de trabajo se lleva a cabo a través de los poderes de organización del empresario, respetando los límites fijados por ley o convenio colectivo.

Y normalmente, la cuantía de trabajo se determina por medio del tiempo organizado por el empresario, que llamamos horario del trabajo/horas laborales.

En el código civil italiano, el artículo 2094 se coloca en el título relativo al «trabajo en la empresa», y esto era un *nomen omen*, como decían los antiguos latinos, porque geográficamente el trabajo era en los locales organizados por el empresario.

Fuera de este régimen general, referido a las relaciones laborales «dentro de la empresa»³, permanecía el trabajo a domicilio (art. 2128 Cod. Civil italiano), que sería la primera figura de trabajo a distancia que tuvo en el ordenamiento italiano una regulación especial (Leyes 264/1968 y 877/1973) fundamentada en una subordinación laboral, asimismo, de carácter especial, que se entiende concurrente por la mera inserción del trabajador a domicilio en el ciclo productivo de una empresa, sin que resulte necesaria una manifestación rigurosa del ejercicio de los poderes de dirección del empresario sobre el trabajador⁴.

Pero el trabajo a domicilio se refiere a hipótesis particulares, en las que se haya una transformación de la materia.

² Cfr. artículo 1, Decreto 152/1997, que admite la comunicación de un lugar de trabajo indeterminado.

³ PERSIANI, M.: «Prefazione», en MARTONE, M.: (Dir.): *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smart working oltre l'emergenza*, La Tribuna, Piacenza, 2020, p. 1.

⁴ MAGNANI, M.: «I tempi e i luoghi di lavoro: l'uniformita non si addice al post-fordismo», *WP CSDLE. IT*, 404/2019, p. 5; Sent. Cass., de 12 de marzo de 2007, n.º 5693; Sent. Cass., de 24 de febrero de 2005, n.º 3835.

3. Y EN EL TELETRABAJO (SEGUNDA Y TODAVÍA VIGENTE DISCIPLINA DEL TRABAJO A DISTANCIA)

Posteriormente, al socaire de los cambios tecnológicos de los computer y de internet, se ha introducido en Italia la noción de teletrabajo (o trabajo a distancia), con una regulación diversa según se trate de trabajadores del sector privado o del sector público⁵, sin perjuicio de una mayor homogeneidad por lo que se refiere a la tutela de seguridad y salud en el trabajo.

En el ámbito privado, la principal fuente normativa la constituye un acuerdo colectivo a nivel nacional de 2004 que, en esencia, replica el acuerdo marco europeo sobre teletrabajo de 2002, referido a aquellas prestaciones de trabajo que, por acuerdo de voluntades de ambas partes, se ejecutan regularmente fuera de los locales de la empresa con el auxilio de las tecnologías de la información.

En cambio, en el sector público, desde 1999 (Decreto 70/1999) se introdujo una regulación legal heterónoma bastante procedimental y confusa, que no ha cumplido el pretendido doble objetivo de incentivar y tutelar el trabajo a distancia⁶.

En términos globales, se puede afirmar que la experiencia italiana, tanto del trabajo a domicilio como del teletrabajo, se ha venido caracterizando por tratarse de mero pactos contractuales de deslocalización del lugar de ejecución de la prestación laboral a otro lugar determinado⁷, que no han ido acompañados, sin embargo, de una significativa flexibilidad en materia de tiempo de trabajo y que han tenido una difusión bastante por debajo de la media de la UE⁸.

Por otro lado, en el teletrabajo y trabajo a domicilio hay una presunción expresa que la duración de la prestación sea determinada por el trabajador, que permite por ejemplo de no observar la jornada laboral semanal, los descansos.

Pero hay que precisar dos cosas:

En primero lugar, por un lado, el trabajo a domicilio como he dicho no se utiliza mucho porque se refiere a tareas inherentes la transformación de mate-

⁵ GAETA, L. y PASCUCCHI, P.: «Una riflessione critica sul telelavoro», *Dir. merc. lav.*, 2001, p. 11 y ss.

⁶ GAETA, L. et al.: *Il telelavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Il Sole 24 Ore, Milano, 1999; MAIO, V.: «Il telelavoro», en PERSIANI, M. (Dir.): *I nuovi contratti di lavoro*, Torino, 2010, pp. 777 ss.

⁷ MAGNANI, M.: *ult. loc. cit.*

⁸ TIRABOSCHI, M.: «Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro», *WP CSDLE.it*, 335/2017, pp. 29 y 30.

ria, y por otro lado en el teletrabajo esta flexibilidad temporal no se utiliza mucho, porque hay un lugar preciso de trabajo.

En segundo lugar, eso es el «viejo» teletrabajo, porque el trabajo asalariado ágil no se identifica con él.

4. DEL TELETRABAJO AL «TRABAJO ÁGIL»: RASGOS DIFERENCIALES. DIFERENCIAS SOBRE TIEMPO Y LUGAR DE TRABAJO

Con todo, a partir del año 2013 se empezaron a registrar un buen número de convenios colectivos, mayoritariamente a nivel de empresa o a nivel de determinados sectores de actividad –v. gr. energético, financiero, telecomunicaciones–, que regulan el denominado «*smart working*», previendo la posibilidad de que algunos trabajadores puedan alternar el trabajo presencial y el trabajo a distancia mediante el uso de instrumentos de trabajo tecnológicos y otorgándole al trabajador la libertad para determinar el lugar de la prestación del trabajo a distancia y su distribución horaria⁹.

A diferencia de lo que ha ocurrido en otros países europeos¹⁰, en Italia estas experiencias son consideradas como algo diverso al teletrabajo, y algunas de las previsiones aprobadas al respecto en el ámbito del empleo público lo confirman.

Pues bien, en 2017 el legislador «interceptó» tales experiencias y aprobó una regulación de las mismas (Ley 81/2017). Con el fin de promover la difusión de dichas experiencias en orden a favorecer la competitividad empresarial y la conciliación de la vida laboral y familiar, se introdujo, en efecto, la figura del «trabajo ágil» (*lavoro agile*¹¹), que, siguiendo las orientaciones emanadas por el Parlamento Europeo¹² constituye una figura normativa, aplicable tanto al sector privado como al público, que concede un amplio margen a la autonomía contractual, sobre todo a la autonomía individual.

⁹ DAGNINO, E., et. al.: «*Il «lavoro agile» nella contrattazione collettiva oggi*», WP Adapt, 2016, p. 2.

¹⁰ Véase el acuerdo colectivo de la empresa AXA, que en Francia se refiere a teletrabajo y, en cambio, en Italia se refiere al «*smart working*».

¹¹ Traducción, a su vez, del término inglés «*smart working*».

¹² Resolución de 13 de septiembre 2016, que reconoce (punto 49) «el entorno digital emergente del «trabajo inteligente»» como modelo empresarial alternativo dirigido a un adecuado equilibrio entre vida privada y profesional, entendido tal «trabajo inteligente» (punto 48) «como un enfoque para organizar el trabajo combinando flexibilidad, autonomía y colaboración, que no requiere necesariamente la presencia del trabajador en el lugar de trabajo ni en ningún lugar predefinido y que le permite gestionar sus propias jornadas laborales, respetando no obstante los límites máximos de tiempo de trabajo diario y semanal, fijados por la ley y los convenios colectivos».

El ámbito material de esta figura normativa se identifica con las prestaciones de trabajo por cuenta ajena que, por acuerdo individual de las partes de la relación laboral (acuerdo de «trabajo ágil»), se caracterizan por una alternancia entre trabajo presencial y trabajo a distancia «sin ubicación fija»; lo que remite a una libertad de elección respecto al lugar de ejecución de la prestación laboral (v. art. 23 l. n. 81/2017)¹³.

Se aprecia, en este sentido, el elemento distintivo del «trabajo ágil» respecto al teletrabajo, el trabajo a domicilio u otras instituciones normativas referidas a la movilidad geográfica del trabajador. En el «trabajo ágil», ya no es sólo que el lugar de prestación del trabajo a distancia quede más o menos extramuros del alcance de los poderes empresariales, sino que es libremente escogido en cada momento por el propio trabajador, aunque éste deberá, en virtud de los principios generales en materia contractual, preservar los intereses organizativos de la empresa a la hora de llevar a cabo tal elección. Por lo demás, la norma legal no predetermina una proporción entre trabajo presencial y trabajo a distancia.

A tal flexibilidad espacial se le podrá unir fácilmente una flexibilidad en materia de tiempo de trabajo, en tanto que la ley permite pactos de «trabajo ágil» «sin límites específicos en cuanto al tiempo de trabajo, si bien se deberán respetar, en todo caso, aquellos límites que se refieran a la duración máxima de la jornada diaria y semanal previstos por la ley y la negociación colectiva (art. 18.1 Ley 81/2017).

Así, mediante el acuerdo individual se pueden pactar otros contenidos referidos a los medios tecnológicos necesarios para el desarrollo del trabajo a distancia y sobre quién asume las obligaciones referidas a su dotación o mantenimiento; sobre la organización de la prestación laboral por fases, ciclos y resultados; o fijando o no limitaciones específicas sobre el lugar y el horario de trabajo.

Resulta natural que, dada la amplia flexibilidad que concede la ley al trabajador respecto al trabajo a distancia en la modalidad de «trabajo ágil», hayan quedado, asimismo, previstas adicionales e inusitadas remisiones a la autonomía contractual de las partes respecto a otros elementos de la relación laboral¹⁴.

¹³ CAIROLI, S.: «La definizione di lavoro agile nella legge e nei contratti collettivi: sovrapposizioni e possibili distinzioni», en Gruppo giovani giuslavoristi Sapienza (cur.), *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale*, en WP CSDLE «Massimo D'Antona». Collective Volumes – 6/2017, p. 10; CASILLO, R.: «La subordinazione “agile”», en *Dir. lav. merc.*, 2017, 3, p. 544; LEVI, A., *Il lavoro agile nel contesto del processo di de- strutturazione della subordinazione*, en *Riv. giur. lav.*, 2019, 1, p. 27.

¹⁴ Hasta tal punto que convertirían al contrato de «trabajo ágil» en un contrato especial, según SANTORO-PASSARELLI, G.: «Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il tele-lavoro: un puzzle non facile da

Tan amplia libertad de modulación de la prestación laboral por parte de la autonomía individual no parece poder predicarse en el caso del trabajo a domicilio ni del teletrabajo, por lo que el «trabajo ágil» ha sido calificado como el «trabajo a distancia de tercera generación»¹⁵, dando lugar a una institución normativa con notable capacidad de adaptación a los procesos productivos digitalizados, particularmente en aquellos casos en que prima una orientación a resultados y se trata de prestaciones laborales con alto componente cognitivo o creativo.

La ley establece unos límites a la duración máxima de la prestación laboral que son más rígidos que en el caso del teletrabajo o del trabajo a domicilio¹⁶, tal vez porque se ha entendido que en el primer caso son mayores los riesgos de desdibujamiento entre el tiempo de trabajo y el tiempo de vida¹⁷ y, por tanto, para la conciliación de la vida laboral y personal.

Por lo que se refiere a los límites legales que debe respetar el acuerdo individual de «trabajo ágil», además de los señalados anteriormente en materia de duración máxima de la jornada, tal acuerdo no puede comportar unas condiciones, referidas al salario u otras condiciones de trabajo, inferiores en su conjunto a las previstas por los convenios colectivos firmados por las organizaciones sindicales más representativas¹⁸. Además, el acuerdo debe tener forma escrita y debe respetar la libertad de ambas para rescindir el acuerdo.

comporre in un'impresa in via di trasformazione», *WP CSDLE. IT*, 327/2017, p. 16; PERULLI, A.: «Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro», *WP CSDLE.it*, 341/2017, p. 14. En contra, PROIA, G.: «L'accordo individuale e le modalità di esecuzione e di cessazione della prestazione di lavoro agile», en FIORILLO, L. y PERULLI, A.: *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni. Decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81*, Giappichelli, 2018, p. 192.

¹⁵ RICCI, G.: «Il lavoro a distanza di terza generazione: la nuova disciplina del "lavoro agile"», en *Nuove leggi civ. comm.*, 3/2018, p. 655.

¹⁶ En este sentido, FENOGLIO, A.: «Il diritto alla disconnessione del lavoratore agile», en ZILIO G., G. y BIASI, M.: (Dir.) *Commentario breve allo Statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Padova, 2017, p. 557; RICCI, G.: *ult. op. cit. Contra*, LECCESE, V.: «Lavoro agile e misurazione della durata dell'orario per finalita» di tutela della salute: un ossimoro?», en *Riv. giur. lav.*, 2020, § 5.1; asimismo FERRARESI, M.: «Lavoro agile», en *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2017, p. 3.

¹⁷ Sobre el tema, GENIN, E.: «Proposal for a Theoretical Framework for the Analysis of Time Porosity», en *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 32/2016, p. 281; DEGRYSE, C.: *Digitalization of the economy and its impact on labour markets*, Working paper 2/2016, European Trade Union Institute, 2016 (www.etui.org), p. 41. Cfr., asimismo, el informe de Eurofound-ILO: «Working anytime, anywhere», 2017, p. 21.

¹⁸ FALSONE, M.: «Il lavoro cd. agile come fattore discriminatorio vietato», en ZILIO GRANDI, G. y BIASI, M. (Dir.): *Commentario breve allo Statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Padova, 2018, p. 567 y ss.

5. LA INTRODUCCIÓN DE MEDIDAS DE DESCONEXIÓN: ¿EL RECONOCIMIENTO DE UN DERECHO?

En Italia, el trabajo ágil fue el primer (y actualmente sigue siendo el único) ámbito jurídico en el que se puede discutir sobre el reconocimiento de un derecho a la desconexión¹⁹.

Un derecho introducido por primera vez en Francia, ahora también regulado en España²⁰, que ha pasado a ser objeto de una propuesta de directiva *ad hoc* para garantizar un nivel mínimo de protección común entre los Estados miembros para todos los trabajadores (§ 7).

El artículo 19 l. n. 81/2017 establece que el acuerdo de activación del trabajo ágil, además de definir los tiempos de descanso del trabajador, determina «las modalidades técnicas y organizativas necesarias para asegurar la desconexión del trabajador de los instrumentos tecnológicos de trabajo».

Esta disposición legislativa se aplica también en el empleo público, privatizado o no, dado que todas las disposiciones del trabajo ágil se aplican al trabajo empleado por las administraciones públicas, en la medida en que sean compatibles (artículo 18, párrafo 3), y en este supuesto no hay razón para considerar de manera diferente al trabajador público²¹.

El derecho del artículo 19 se configura literalmente como derecho al acuerdo y especificación de las medidas técnicas y organizativas adecuadas para asegurar la interrupción de la conexión de los instrumentos tecnológicos utilizados para la ejecución de la obra. Es importante referirse a medidas organizativas y no solo técnicas: esta disposición nos permite creer que el empresario, antes de la definición técnica de los métodos de desconexión, está obligado a distribuir la carga de trabajo por igual y disminuir la que pesa sobre cada trabajador.

¹⁹ FENOGLIO, A.: «Il diritto alla disconnessione del lavoratore agile», in ZILIO GRANDI, G., BIASI, M. (a cura di), «Commentario breve allo Statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile», Cedam, Padova, 2017, pp. 554 ss.

P. 554 y ss.; FERRANTE, V.: «Il lavoro a distanza e il diritto alla disconnessione», en OCCHINO, A. (Dir.): *Il lavoro e i suoi luoghi*, 2018, pp. 129 ss.; ALTIMARI, M.: «Il diritto alla disconnessione: un “Vecchio” diritto ineffettivo?», en OCCHINO, A. (Dir.): *Il lavoro...*, *op. cit.*, pp. 181 ss., spec. 184 ss.

²⁰ Se reenvía en esta obra colectiva a GIL PLANA, J.

²¹ Sobre el trabajo ágil en la P. A., SARTORI, A.: «Il lavoro agile nella pubblica amministrazione», en ZILIO GRANDI, G. y BIASI, M. (cur.), *Commentario, cit.*, pp. 471 ss.; CAIROLI, S.: «Prime questioni sulla fattispecie del lavoro in modalità agile alle dipendenze della pubblica amministrazione», en *Lav. pubbl. amm.*, 2018, 1, pp. 78 ss.; CASILLO, R. y TUFO, M.: «Il lavoro agile», in ESPOSITO, M., LUCIANI, V., ZOPPOLI, A., ZOPPOLI L. (cur.), «La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni», Torino, Giappichelli, 2018, pp. 204 ss.; CALDERARA, D.: «Il lavoro agile nella pubblica amministrazione: prime ipotesi applicative», en *Lav. pubbl. amm.*, 2018, 2, pp. 69 ss.; SPINELLI, C.: «Il lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni», en *Riv. giur. lav.*, 2018, I, pp. 126 ss.

Este reconocimiento formal ha generado dudas en doctrina sobre la existencia misma de un derecho a la desconexión, su efectividad y su aplicación²².

Por supuesto la norma se aplica en la hipótesis de uso de instrumentos tecnológicos: sólo puede haber desconexión en presencia de un teléfono o dispositivo telemático conectado, y no de cualquier dispositivo, sino de ese instrumento que se utiliza para realizar la ejecución del trabajo.

No obstante, la experiencia de la aplicación muestra que en el trabajo ágil, el rendimiento casi siempre lo proporcionan estos instrumentos, sean ellos propiedad del empleador o del propio trabajador²³.

El hecho de que la especificación en forma escrita se coloque *ad probationem* no implica que no existan consecuencias en caso de ausencia de reglamentación contractual o incluso de violación²⁴.

En realidad, el reconocimiento del derecho determina algunas consecuencias ya a nivel puramente formal, pero no solo.

En primer lugar, de conformidad con el artículo 19, ap. 1, l. n. 81/2017 el contrato escrito no se refiere simplemente a la activación del trabajo ágil, sino más bien al «método de trabajo ágil», por lo que debe incluir todos los contenidos a los que hace referencia la ley y entre estos, obviamente, también los tiempos de descanso y las modalidades de desconexión.

Tal configuración parece consistente y al mismo tiempo necesaria, ya que en ausencia de determinación de los tiempos de desconexión, e incluso antes del descanso, no es posible verificar la duración máxima de la jornada laboral, impuesta por el artículo 18, apartado 1, de la misma ley, así como el sistema eurounitario.

Por tanto, la no concreción de las medidas de desconexión conlleva la aplicación de la sanción administrativa por falta de los requisitos mínimos exigidos para la estipulación del convenio.

Un segundo efecto, no menos relevante, es que en ausencia de especificación de los métodos de uso de los instrumentos utilizados para el trabajo

²² Con varias matices ALLAMPRESE, A., P., F., «La tutela della salute e della sicurezza del lavoratore «agile»», in Riv. giur. lav., 2017, 2, pp. 316 ss.; MAIO, V.: «Il lavoro da remoto tra diritti di connessione e disconnessione», in MARTONE, M.(cur.), *op. cit.*, pp. 85 ss.; SPINELLI, C.: «Tecnologie digitali e lavoro agile», Cacucci, Bari, 2018, p. 155.

²³ Tal como desprende por la lectura del artículo 90, ap. 2, d.l. n. 34/2020 y, ya antes, del artículo 18, ap. 2, l. n. 18/2017: v. PRETEROTI, A.: «La responsabilità del datore di lavoro per gli strumenti assegnati al lavoratore agile», en ZILIO GRANDI, G. y BIASI, M. (cur.), «Commentario breve allo Statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile», Cedam, Padova, 2017, p. 599.

²⁴ FENOGLIO, A.: «Il tempo di lavoro nella *new automation age*: un quadro in trasformazione», en Riv. it. dir. lav., 2018, p. 645.

externo y / o fuera de los tiempos de descanso y / o de los métodos de desconexión (todos los elementos señalados por el artículo 19), los requisitos mínimos para la integración de conductas «externas» a la empresa que sean disciplinariamente relevantes de conformidad con el artículo 21, ap. 2, l. n. 81/2017²⁵, en el caso de que, por ejemplo, el trabajador no pueda ser contactado a través de los instrumentos tecnológicos utilizadas para la prestación del servicio.

6. PERFILES CRÍTICOS DE LA REGLAMENTACIÓN DE LA DESCONEXIÓN EN LA LEY N. 81/2017

Aunque se reconozca un derecho a desconectarse, eso no parece delimitado de manera clara por la ley en su extensión.

El presupuesto lógico y fenomenológico del derecho a desconectarse es la identificación del horario de trabajo ágil con el tiempo de conexión, es decir, un período en el que el trabajador está en conexión con el empleador y sus colaboradores jerárquicamente superiores.

Las horas de trabajo también pueden estar contenidas en franjas de contactabilidad, es decir, períodos de tiempo dentro de los cuales se puede requerir el desempeño de la prestación laboral, de una fracción de la misma o de una cantidad equivalente de trabajo, o en franjas de «tiempo de contactabilidad» que a veces son libremente elegidas por el trabajador.

No cabe duda de que exista una interrelación mutua entre la definición de las medidas de desconexión y la de los períodos de descanso (art. 19), que deben respetar los límites máximos de duración diaria y semanal establecidos por el d. lgs. n. 66/2003 en general y reafirmado específicamente por el artículo 18 l. n. 81/2017 para el trabajo ágil.

Ahora se trata de entender la relación entre el reconocimiento del derecho a desconectar con respecto al disfrute de períodos mínimos consecutivos de descanso. Se pueden configurar dos lecturas distintas.

Por un lado, el uso del descanso mínimo consecutivo, diario y semanal, no solo integra la consistencia mínima del derecho a desconectar, sino que representa su objetivo. Es decir, el derecho a desconectarse estaría pre-ordenado para asegurar, a nivel técnico-organizativo, el cumplimiento de los tiempos

²⁵ Sobre el tema MAINARDI, S.: «Il potere disciplinare e di controllo sulla prestazione del lavoratore agile», en FIORILLO, L., PERULLI, A. (cur.), «Il Jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile», Giappichelli, Torino, 2018, pp. 214-5.

mínimos de descanso consecutivos, permitiendo al trabajador recuperar energías físicas y psíquicas²⁶.

Sin embargo, según el texto de la l. n. 81 de 2017, también sería posible una interpretación diferente, que subraya uno de los dos valores jurídicos subyacentes al trabajo ágil, es decir, la conciliación entre vida y trabajo (v. el *nomen* del título segundo de la l. n. 81/2017, y el ap. 1 del mismo art. 18).

El trabajo ágil favorece la conciliación vida-trabajo, pero en sí mismo, sin límites, multiplica las oportunidades de contigüidad y superposición entre la vida laboral y la vida privada²⁷, ya que el trabajo se puede realizar en cualquier lugar, por lo tanto posiblemente también en los ambientes privados e íntimos del trabajador, y con gran flexibilidad horaria, especialmente donde la prestación laboral se organiza por fases, ciclos y objetivos. En este sentido, debe estar orientado a favorecer el efecto beneficioso de una mejor conciliación de la vida laboral y personal – *worklife balance* y ciertamente no al contrario de incrementar la injerencia de la vida laboral en la vida privada, la denominada *worklife blending*²⁸.

En este sentido, que como se verá parece adoptado incluso en una propuesta de directiva de la Unión Europea, el derecho a desconectarse correspondería normalmente al derecho del trabajador a no ser contactado de ninguna forma, y a la prohibición de que el empleador busque ponerse en contacto con el trabajador fuera del horario laboral o de intervalos de contacto específicos²⁹. No se trata de reflexiones sin implicaciones concretas: aceptando esta lectura, las medidas de desconexión no se limitarían a garantizar los periodos mínimos consecutivos de descanso diario y semanal, sino que podrían referirse a todos los periodos fuera del horario o jornada laboral.

²⁶ ROTA, A.: *Tutela della salute e sicurezza dei lavoratori digitali. Persona e pervasività delle tecnologie*, in TULLINI, P. (cur.), *Web e lavoro*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 174; DI MEO, R.: *Il diritto alla disconnessione nella prospettiva italiana e comparata*, en *Lab. Law & Issues*, 2017, 3, 2, pp. 31-32; SPINELLI, C., *Tecnologie*, cit., p. 155.

²⁷ Sobre el tema general, antes y después la l. n. 81/2017, v. *ex multis* RICCI, G.: *Tempi di lavoro e tempi sociali: profili di regolazione giuridica nel diritto interno e dell'UE*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 421 ss.; DAGNINO, E.: *La regolazione dell'orario di lavoro nell'era del working anytime, everywhere. Spunti dalla disciplina italiana del lavoro agile e del diritto alla disconnessione*, Working Paper, 5, 2021, Adapt, p. 17.

²⁸ WEISS, M.: «Digitalizzazione: sfide e prospettive per il diritto del lavoro», en *Dir. rel. ind.*, 2016, 3, p. 659; MILITELLO, M. G.: «Il work-life blending nell'era della on demand economy», en *Riv. giur. lav.*, 2019, 1, p. 53.

²⁹ MARESCA, A.: «Il nuovo mercato del lavoro e il superamento delle disegualianze: l'impatto della digitalizzazione e del remote working», 2022, 9, pp. 172-3; v. ya PRETEROTI, A., «Il diritto alla disconnessione nel lavoro agile nel lavoro agile alle dipendenze della pubblica amministrazione», en *Lav. Dir. Europa*, 2021, 3, pp. 4 ss., spec. p. 7.

Esta reflexión forma parte de aquellas, mucho más amplias, encaminadas a atribuir una dimensión jurídica propia y autónoma al tiempo libre del trabajador³⁰, más allá de la perspectiva de la prevención de riesgos para la salud y recuperación de energías para el cumplimiento de la prestación.

De hecho, parece posible no solo distinguir claramente el derecho a la desconexión del derecho al descanso, sino también reconocer la autonomía del primero del segundo en los perfiles delimitadores.

Ya se ha dicho, por un lado, la importancia de identificar los períodos de descanso de acuerdo con la ley núm. 81/2017. Sin duda, estos son esenciales de conformidad con el artículo 18, párrafo 1 para identificar la duración máxima diaria y semanal de la ejecución del trabajo: en términos de tiempo, el trabajo ágil también se puede realizar sin limitaciones de tiempo precisas, pero siempre debe respetar las limitaciones, y estas se pueden encontrar en el mínimo diario, y períodos de descanso semanales.

Pero la identificación de los períodos de descanso también es necesaria para realizar una función adicional, igualmente importante: delimitar las horas de trabajo del desempeño laboral, o al menos el área de contacto dentro de la cual entonces es posible para el empleador, público o privado, exigir la cantidad de trabajo acordada, que es fundamental para evitar abusos.

En el caso del empleo público, la cantidad de trabajo (por lo tanto las horas, si se mide por tiempo) tienden a no variar con respecto al realizado en presencia, por los principios de igualdad de remuneración fundamental para la misma clasificación (artículos 2 y 45 del Decreto Legislativo n. ° 165/2001) y no regresión del tratamiento económico-normativo.

Esta función de los tiempos de descanso puede repercutir directamente en los tiempos de desconexión, pero de ningún modo implica una equiparación entre el derecho al descanso y el derecho a la desconexión.

En cambio, la obligación del trabajador de hacerse accesible puede derivar de la naturaleza del servicio prestado o de un descanso específico, cumpliendo únicamente los límites de la razonabilidad y protección de la salud psicofísica del trabajador. La misma obligación de colaboración de conformidad con el artículo 2104 del Código Civil italiano puede justificar un temperamento con respecto a las conductas apodícticas de ambos lados, aunque ciertamente una especificación preventiva ayudará a evitar litigios.

No solo eso: hay márgenes para considerar acuerdos, individuales o colectivos, sobre la disponibilidad del trabajador fuera del horario laboral, por ejem-

³⁰ CESTER, C.: «Lavoro e tempo libero nell'esperienza giuridica», en Aa. Vv., *L'orario di lavoro*, en *Quad. giorn. dir. rel. ind.*, 1995, pp. 9 ss.

plo para rangos de contacto más extendidos que el horario laboral real, o como puede suceder por ejemplo en la hipótesis en la que la elección de la ubicación del servicio se deja al trabajador, o si faltan limitaciones de tiempo precisas.

Todos estos ejemplos muestran que los tiempos de desconexión pueden, pero no necesariamente tienen que coincidir con los tiempos mínimos de descanso, mientras que por regla general parece más adecuado identificarlos con los tiempos de inactividad, lo que hace que el alcance del derecho a la desconecta mucho más extenso y protector que el de los descansos.

Además, si sigue resistiendo el enfoque tradicional³¹ que, a pesar de las crecientes fluctuaciones en la jurisprudencia, considera que el tiempo de guardia es un tiempo de no trabajo indemnizado, también es posible que durante los tiempos de descanso el trabajador sea indemnizado por su obligación a quedar disponible: sin embargo, la peculiaridad del trabajo ágil, que, como se mencionó, multiplica las oportunidades de contigüidad entre la vida profesional y privada, induce en todo caso a la cautela hacia soluciones de este tipo.

Ciertamente se puede concluir que, por regla general, los tiempos de desconexión coinciden con los de ausencia de trabajo, es decir, fuera de la jornada laboral, salvo pactos concretos de distinta naturaleza. A su vez, estos últimos, por regla general, deben respetar necesariamente los tiempos de descanso mínimos consecutivos, sin superponerlos a los periodos de conexión ni asegurando eventualmente el cumplimiento de los periodos de descanso compensatorio.

Si fueran disciplinadas las medidas técnicas de desconexión, sin delimitación o indicación de su extensión temporal, se podría suponer que la referencia a medidas organizativas implique también la indicación de los tiempos relativos, y en este caso el empleador incurriría en una multa por irregularidad administrativa.

Como ya se ha dicho, un efecto es la irrelevancia disciplinaria por falta de respuesta.

No solo: el tiempo de desconexión de los instrumentos de trabajo podría coincidir con los tiempos externos a la jornada de trabajo observada en presencia, y entonces en ausencia de una indicación de tiempos de descanso para un trabajo ágil, la solución solo puede ser la de aplicar las horas de trabajo observadas en presencia.

Si, por el contrario, el empresario y el trabajador introduzcan «franjas horarias de contactabilidad», independientemente del hecho que la conexión efectiva sea remitida al trabajador o solicitada por el empleador, el problema parece más sencillo: el derecho de desconexión será ciertamente ejercitable

³¹ Y no cierto que resista, si leemos la sentencia TSJUE 9.3.2021, C-344/2019, spec. p. 37, comentada por BELLOMO S., ROCCHI L., *Orario di lavoro, reperibilità, fruizione del tempo libero, la Corte di Giustizia e il parziale superamento della sentenza Matzak del 2018*, en RIDL, 2021, II, 336 ss. Anteriormente TSJUE 21.2.2018, Matzak, C-517-518/2015, en Dir. rel. ind., 2018, 959, p. 63-66.

fuera de los rangos de contacto y estos rangos por supuesto respetaran por lo menos los tiempos mínimos de descanso consecutivos.

En la hipótesis, diferente, en la que se establezca en el pacto de trabajo ágil que no existen limitaciones de tiempo de trabajo precisas, en cambio, el pacto debe en todo caso indicar necesariamente los tiempos de descanso: en base a estos se puede determinar el inicio de la ejecución laboral y su duración máxima, y dentro de estos umbrales, dejando al margen las cuestiones sobre la remuneración de esta disponibilidad, el trabajador puede o debe estar conectado.

7. TIEMPO DEL TRABAJO A DISTANCIA ÁGIL EN LA EMERGENCIA COVID-19

El enfoque adoptado por el ordenamiento jurídico italiano para hacer frente a la emergencia epidemiológica, durante la primera y más aguda fase de confinamiento impuesta para proteger la seguridad pública, consistió en suspender todas las actividades económicas, excepto las relativas a sectores estratégicos y/o a bienes y servicios de primera necesidad y excepto en aquellos casos en que la actividad laboral pueda organizarse «a distancia o de forma ágil»³².

Al margen de otras cuestiones, una conclusión que emergió claramente desde los primeros decretos adoptados ante la situación de emergencia es la preferencia del legislador por la adopción del «trabajo ágil», permitiendo su imposición unilateral; posibilidad vetada en el caso de la figura del teletrabajo.

En efecto, sólo la modalidad del «trabajo ágil» ha podido ser aplicada por las empresa incluso en ausencia de acuerdo individual, respetando, en todo caso, los principios de la Ley 81/2017.

Y también en el empleo público (art. 87 Decreto n. 18/2020, convalidado por Ley 27/2020), se autorizó el recurso al «trabajo ágil» prescindiendo del acuerdo individual, disponiéndose incluso, durante una primera fase, que el mismo constituía la modalidad ordinaria de las prestaciones laborales.

Sin dudas, la eliminación del elemento consensual, junto con las limitaciones a la movilidad impuestas como consecuencia de la epidemia, han convertido el «trabajo ágil» en un mecanismo no demasiado congruente con sus elementos caracterizadores (véase *supra* 1). En este sentido, se ha puesto de

³² Decreto del Presidente del Consejo de Ministros, estableciendo medidas desde el 11 marzo hasta el 4 de mayo de 2020.

relieve como el mecanismo se transformó en algo más parecido a una suerte de combinación entre teletrabajo y trabajo a domicilio³³.

8. EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN TRAS LA EMERGENCIA COVID-19

Y por lo que pertenece al derecho a la desconexión, las consideraciones críticas ya expuestas se amplifican frente a la posibilidad para el empresario de activar unilateralmente el trabajo a distancia en la forma ágil.

También en el sector público, hasta la definición de la disciplina del trabajo ágil por convenios colectivos, cuando así se disponga, y, en todo caso, a más tardar el 31 de diciembre de 2021 (plazo así prorrogado, finalmente, por el art. 11-bis del d. lgs. n. 52/2021) la PA puede aplicar el trabajo ágil de forma unilateral.

En la legislación de emergencia vigente hoy, por tanto, se han creado dos regímenes de aplicación para el empleo público privatizado: el primero, el principal, dictado por negociación colectiva en cumplimiento de los preceptos de la ley núm. 81/2017.

El segundo y más extendido régimen regulatorio, indicado de manera subsidiaria por la misma norma: la P. A. Activar el trabajo de forma ágil, como se ha mencionado, de forma unilateral y «con medidas simplificadas», es decir, dejando de lado «los acuerdos individuales a que se refieren los artículos 18 y sigs. L. n. 81/2017.

En tales casos de activación unilateral para el gestor público que activa formas de trabajo ágil, queda la necesidad de indicar al trabajador, entre los diversos contenidos a que se refiere el artículo 19, las medidas de desconexión técnico-organizativa, y la necesidad de implementarlas a la hora de realizar los servicios de forma ágil.

La ley n. 61 de 2021, de fundamental importancia ya que, con motivo de la conversión del decreto legislativo n. 30 de 2021, reconoció expresamente el derecho a desconectar al trabajador ágil incluso en una emergencia epidemiológica, ante la activación unilateral por parte del empleador, ya sea público o privado (artículo 2, inciso 1-ter). También hay una referencia, entre los instrumentos tecnológicos, también a las plataformas informáticas.

Además, la norma no se refiere expresamente a la administración pública, pero ciertamente también contempla la obra pública, ya que comienza con la

³³ ZOPPOLI, L.: «Dopo la digi-demia: quale smart working per le pubbliche amministrazioni italiane?», WP C. S. D. L. E. «Massimo D'Antona». IT, 421/2020, p. 9.

frase «Sin perjuicio, para el sector público, de la disciplina de los institutos laborales ágiles establecidos por los convenios colectivos nacionales...». Para la desconexión, sin embargo, se especifica que la única disciplina colectiva que prevalece sobre la disciplina jurídica es la de los convenios colectivos nacionales.

La segunda aclaración relevante, quizás la única que pueda dar una significación sustancial precisa al derecho de desconexión, es que su ejercicio no puede repercutir en la relación laboral ni en los tratamientos retributivos. El principio quizás ya podría inferirse implícitamente antes, en el artículo 19 párrafo 1, ley n. 81/2017, pero el hecho de que se reconozca expresamente un efecto preciso del derecho a la desconexión sólo puede considerarse de forma positiva.

El tercer perfil relevante es que se reconoce el derecho a desconectar como «necesario para proteger el tiempo de descanso y la salud del trabajador»: este reconocimiento no implica que el derecho a desconectar se limite a la protección de estos derechos, pero ciertamente indica que el derecho a desconectar es imprescindible al menos para garantizar su uso.

De manera más general, la regla se entiende sin perjuicio de «cualquier acuerdo firmado por las partes (individuales)»: la aclaración ciertamente no significa que el derecho a desconectarse pueda cesar en presencia de un pacto de trabajo ágil, sino que simplemente implica que la vigencia de la previsión legislativa no puede ser una oportunidad para despedir o modificar las protecciones ya logradas en virtud de acuerdos con el empleador. Y además los acuerdos individuales, que ya en una P. A. en un estado de no emergencia, serían la solución ordinaria, ciertamente no podrían abandonar las protecciones relativas al derecho de desconexión incluso en la vigencia de la actual normativa de emergencia sobre trabajo ágil (artículo 263 d.l. n. 34/2020). De hecho, la forma simplificada permite ignorar los acuerdos individuales, no eliminar las protecciones que estos acuerdos pretenden garantizar.

Y, sin embargo, el pronóstico, aunque en un sentido muy amplio, es uno de esos, para usar el título de la disposición, «destinados a abordar la propagación de Covid-19», como medida corolario, funcional para una (mejor) aplicación de la disciplina de emergencia en el trabajo ágil. Precisamente esta consideración nos permite enmarcar la norma como una disciplina excepcional para la emergencia³⁴.

De todos modos, la evolución del derecho a la desconexión sigue en curso, llena de perspectivas.

³⁴ PRETEROTI, A.: «Il diritto alla disconnessione, *cit.*, pp. 13-14.

Inicialmente hubo quienes argumentaron que era un derecho a ser definido³⁵ e, después de varios años, la perspectiva de desarrollo de la ley es considerable.

De hecho, la desconexión parece destinada a recibir una regulación europea específica.

Durante el transcurso de 2020, el Parlamento Europeo³⁶ inició los trabajos, que concluyeron con una Resolución el 21 de enero de 2021, para formular recomendaciones a la Comisión sobre el derecho a la desconexión, debido a que actualmente no existe una legislación general en la materia. El Parlamento se ha centrado en este tema porque la digitalización, a raíz de la pandemia, ha supuesto enormes desventajas en cuanto a la organización del tiempo de trabajo, con efectos e implicaciones en relación con la obligación de seguridad y salud de los trabajadores³⁷, que sólo puede salvaguardarse con una adecuada provisión de un derecho a desconectar.

La resolución subraya que el derecho a la desconexión de los trabajadores se refiere esencialmente a la protección de su salud y bienestar físico y mental, así como a su protección frente a riesgos psicológicos y psicosociales³⁸ tanto en empresas públicas como privadas, pero corresponde también con el objetivo de crear mejores condiciones de trabajo.

En particular, se adjunta a la resolución una propuesta de directiva sobre el derecho a la desconexión.

La propuesta legislativa es considerable ya que especifica que «aplica a todos los sectores, tanto públicos como privados», por lo tanto, está dirigida «a todos los trabajadores, independientemente de su estatus y sus métodos de

³⁵ DAGNINO, E.: «Il diritto alla disconnessione: Legge n. 81 del 2017 e nell'esperienza comparata», en *Dir. rel. ind.*, 2017, 4, pp. 1041-1042, y v. también MAIO, V.: «Il lavoro da remoto tra diritti di connessione e disconnessione», in MARTONE, M. (cur.), *op. cit.* 93 ss.; CAIROLI, S.: «Tempi e luoghi di lavoro nell'era del capitalismo cognitivo e dell'impresa digitale», Jovene, Napoli, 2020, p. 241.

³⁶ Texto A9-0246/2020.

³⁷ DELOGU, A.: «La tutela della salute e sicurezza dei lavoratori durante l'emergenza epidemologica», en BELLOMO S., MARESCA A., SANTORO-PASSARELLI G. (cur.), *Lavoro e tutele al tempo del Covid-19*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 109 ss. DELOGU, A., «Obblighi di sicurezza: tutela contro gli infortuni e le malattie professionali nel lavoro agile», en Aa. Vv., *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva e individuale. Stato dell'arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi*, WP CSDLE. IT, 2017, 6, 108 ss.

³⁸ V. en este sentido, la comunicación de 28 de junio de 2021 sobre el «Marco estratégico de la UE para la salud y la seguridad en lugar de trabajo 2021-2027. La seguridad y la salud en el trabajo en un mundo laboral en evolución» (COM/2021/323 final), en el que (2.1) «La Comisión se propone... garantizar un seguimiento adecuado de la resolución del Parlamento Europeo sobre el derecho a desconexión «e (ibídem)»... invita a los interlocutores sociales a... encontrar soluciones concertadas para hacer frente a los retos que plantea el teletrabajo, de la digitalización y el derecho a la desconexión, basado en el acuerdo marco de los interlocutores sociales europeos sobre digitalización».

trabajo»³⁹, por lo tanto, no solo para ágiles o remotos trabajadores, y no sólo a los trabajadores del sector privado, sino también a los empleados de la administración pública⁴⁰.

La directiva propuesta contiene requisitos mínimos que permiten a los trabajadores utilizar instrumentos digitales para objetivos laborales y ejercer el derecho a la desconexión y que garantizan que los empleadores respeten el derecho de los trabajadores a la desconexión. Entre los puntos fundamentales de la propuesta, conviene señalar, en primer lugar, el artículo 2 que define el derecho a la desconexión como «el derecho de los trabajadores a no realizar funciones laborales o comunicaciones fuera del horario de trabajo por medio de instrumentos digitales, tales como llamadas telefónicas, correos electrónicos u otros mensajes... a desconectarse de los instrumentos de trabajo y no atender las solicitudes del empleador fuera del horario de trabajo, sin correr el riesgo de sufrir consecuencias negativas, tales como el despido y otras medidas de represalia»⁴¹.

Hay que destacar el amplio alcance del derecho a la desconexión, que abarca todos los períodos de no trabajo, fuera de la jornada laboral, y no sólo los períodos de descanso mínimo consecutivos. El proyecto de directiva, por tanto, encomienda a los Estados miembros la tarea de establecer, previa consulta a los interlocutores sociales, los procedimientos detallados para permitir a los trabajadores ejercer el derecho a la desconexión y para garantizar «que los empresarios apliquen este derecho de forma justa y transparente».

Además, los mismos Estados pueden «encomendar a los interlocutores sociales la tarea de celebrar convenios colectivos a nivel nacional, regional, sectorial o empresarial que establezcan o integren condiciones de trabajo» para que el derecho a la desconexión esté realmente garantizado (art. 4, inciso 2). Se atribuye, por tanto, a los interlocutores sociales un papel muy impor-

³⁹ Artículo 1 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el derecho a la desconexión.

⁴⁰ Ver considerando F) de la «Resolución del Parlamento Europeo de 21 de enero de 2021 con recomendaciones a la Comisión sobre el derecho a la desconexión (2019/2181 [INL]) según la cual «se modifican las medidas adoptadas como consecuencia de la crisis del COVID-19 los métodos de trabajo y demostró la importancia de las soluciones digitales, incluido el uso de esquemas de teletrabajo por parte de empresas, trabajadores autónomos y organismos de la administración pública en toda la Unión».

⁴¹ Véase el considerando 10 de la propuesta de directiva anexa a la Resolución del Parlamento Europeo de 21 de enero de 2021 (2018/2181) sobre desconexión, donde también se especifica que «Por otra parte, los empresarios no deben imponer trabajadores a trabajar fuera del horario de trabajo» (en el mismo sentido, considerando 20 de la misma Resolución). Conformemente al considerando núm. 10, además, «Los empleadores no deben promover una cultura laboral del «siempre conectados» que favorece claramente a los trabajadores que renuncien al derecho a la desconexión. No se penalizarán trabajadores que denuncien casos de incumplimiento del derecho a la desconexión en el cumplimiento de la prestación laboral».

tante tanto en la definición del marco legislativo como en la «conclusión de convenios colectivos para la aplicación de la legislación sobre desconexión».

El papel de las partes colectivas es más ancho, cuando se reconoce que las modalidades prácticas para el ejercicio del derecho a la desconexión por parte del trabajador y para la implementación de este derecho por parte del empleador deben ser acordadas por los interlocutores sociales por medio de un convenio colectivo o a nivel individual (considerando 21 de la propuesta). El papel de las inspecciones nacionales del trabajo también encuentra un importante reconocimiento, pues se considera oportuno «que los empleadores proporcionen a los trabajadores una declaración en la que se establezcan estas modalidades prácticas» (ibíd.). Además, la propuesta reconoce una fuerte protección contra el trato desfavorable. A tal fin, se prevé que los Estados miembros deben garantizar la prohibición de «discriminaciones, tratos menos favorables, despidos y otras medidas desfavorables por parte de los empresarios por el hecho de que el trabajador haya ejercido o intentado ejercer el derecho a la desconexión» (artículo 5, párrafo 1). Esta protección se extiende expresamente también a los representantes de los trabajadores. Estas protecciones, especifica el proyecto de directiva, deben ir acompañadas de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias (artículo 8). Las medidas incluyen la provisión de acceso a protección urgente (Derecho de apelación, Artículo 6, párrafo 1). En este punto, merece especial atención la disposición sobre la carga de la prueba (Considerando 29 y artículo 5). Si los trabajadores creen que han sido despedidos o han sufrido otro trato desfavorable, por haber ejercido o intentado ejercer el derecho a la desconexión, y presentan ante el tribunal hechos susceptibles de hacer presumir que han sido despedidos o han sufrido otro trato desfavorable por ello, la carga de la prueba recae en el empleador, quien debe demostrar que el despido o trato desfavorable se basó en causas diferentes, en la línea de lo observado en el artículo 40 del Código de igualdad de oportunidades. Para completar el cuadro presentado en el proyecto de directiva, destacamos la disposición que obliga a los empresarios a facilitar a cada trabajador, por escrito, información clara, suficiente y adecuada sobre el derecho a la desconexión, incluida una declaración en la que se especifiquen los términos de los convenios colectivos u otros acuerdos aplicables (artículo 7). La idea a discutir en el contexto europeo, por tanto, es proporcionar un umbral mínimo de protección efectiva y efectiva del derecho a la desconexión de todos los trabajadores, así como garantizar el derecho del trabajador a recibir información transparente y predecible conforme a la directiva 1152/2019 del Parlamento europeo y del consejo. Se hace referencia expresa a la directiva en el preámbulo de la recomendación de 21 de enero de 2021, precisamente para permitir una mejora de las condiciones de trabajo, fomentando un empleo más transparente y previsible.

9. TIEMPO DE TRABAJO ÁGIL Y CUANTÍA SALARIAL: RIESGOS DE NUEVAS FORMAS DE DUMPING CONTRACTUAL

En el ordenamiento italiano, en el cual no existe un salario mínimo legal, la cuantía salarial mínima tiene que ser proporcionada a la calidad y a la cuantía salarial (art. 36, ap. 1, Cost.).

Es imposible negar que la determinación la cuantía salarial se efectúa tradicionalmente con atención al tiempo, entendido como horario (jornada laboral) organizado por el empresario, también en trabajo asalariado a destajo, donde la tarifa de destajo exprime una cantidad estándar (determinada por la contratación colectiva) de trabajo dentro de una unidad temporal predefinida: normalmente, sesenta minutos.

Frente a las «retribuciones de productividad», que remuneran la mayor renta, o la mayor diferencia entre tiempo y renta, o que corresponden a una organización del trabajo en fases, ciclos u objetivos, desde tiempo la doctrina reconoce que tiene que tratarse de modalidades que añaden un tratamiento, y que nunca pueden afectar una adecuada remuneración de la cuantía de tiempo del trabajador en disponibilidad⁴².

El desarrollo, también a raíz de los nuevos procesos de automatización y organización del trabajo, de formas de organizar el desempeño por fases, ciclos y resultados, vuelve a plantear la cuestión y los riesgos de la remuneración como resultado del trabajo subordinado. Es un riesgo que ahora se agudiza, por un lado, para aquellas tareas que requieren una aportación programática o creativa y por tanto no cuantificable, y por otro lado, por las crecientes posibilidades de realizar el servicio a distancia, no sólo por medio del trabajo ágil.

Todos estos elementos contribuyen a determinar el problema de la mensurabilidad de la cantidad de trabajo, lo que se refleja en la correcta identificación de la remuneración que le es proporcional. Y no hay duda de que en esta perspectiva, frente a formas particularmente feroces de sindicalismo competitivo, la provisión de grandes rangos o proporciones no bien definidas de remuneración como resultado podría representar de hecho una forma (fraudulenta) de pagar menos por trabajo igual cantidad de trabajo.

Y ese riesgo en Italia es concreto, ya que no existe actualmente ni una retribución legal mínima intersectorial, ni una contratación asimilable a la «es-

⁴² SANDULLI, P.: *Tempo e durata della prestazione di lavoro*, Angeli, Roma, 1979, p. 44; VARDARO, G., *Tecnica, tecnologia e ideologia della tecnica nel diritto del lavoro*, en Pol. dir., 1986, pp. 95-6; CORTI MATTEO, en Gragnoli, Enrico, Id., *La retribuzione*, en Marazza, M. (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, IV, en Persiani, M., Carinci, F. (dirr.), *Trattato di diritto del lavoro*, Cedam Padova, 2012, pp. 1454-6.

tatutaria», con eficacia general para todas las empresas y todos los trabajadores del sector, y frente a esta libertad de acreditación contractual, ya en estos años, se observan a menudo contratos de nivel estatal que bajan el salario mensual a paridad de tareas.

Así, del mismo modo que se observa *dumping* en los procesos de variabilidad del tiempo de trabajo, cada vez más a menudo no remunerado adecuadamente en caso de uso de formas de flexibilidad, en el futuro podríamos ver formas de *dumping* basadas en la extensión del tiempo de trabajo, o en una remuneración inadecuada.

Con respecto a este problema, sin embargo, están involucrados tanto el ordenamiento jurídico europeo como la jurisprudencia europea, así como el inevitable precepto constitucional.

La Directiva 2019/1152 sobre condiciones de trabajo transparentes y previsibles, que entrará en vigor para los Estados miembros a partir del 1 de agosto de este año, exige que ciertas condiciones previsibles incluyan «la duración normal de la jornada o semana de trabajo, si la organización del trabajo es previsible», o, «si la organización del trabajo es impredecible», «.. las horas y días de referencia en los que el trabajador puede estar obligado a trabajar, el plazo mínimo de preaviso antes del inicio de una asignación, el número garantizado de horas pagadas horas «.

La jurisprudencia europea, pues, aporta indicaciones consistentes en las que interpreta con rigor la obligación de medir la jornada laboral (con la distinta finalidad de proteger la salud, pero con claras implicaciones sobre la dosificación de la cantidad de trabajo), salvo la hipótesis en la que el rendimiento del trabajo sea determinado enteramente por el trabajador⁴³.

Finalmente, según la interpretación constitucional consolidada, la remuneración resultante puede y debe desempeñar una función adicional en el cálculo de la contraprestación, pero no puede traducirse en formas de ablación de la remuneración.

En el caso del trabajo ágil, los peligros expresados anteriormente podrían verse exacerbados no solo por el método particular de ejecución del servicio, sino también por algunas posibilidades de aplicación de la disciplina.

⁴³ LECCESE, V.: «Lavoro agile e misurazione della durata dell'orario per finalità di tutela della salute: un ossimoro?», en Riv. giur. lav., 2020, 3, II, § 5.1 y v. también BELLOMO, S. y ROCCHI, L.: «Orario di lavoro, reperibilità, fruizione del tempo libero, la Corte di Giustizia e il parziale superamento della sentenza Matzak del 2018» (nt. CGUE 9.3.2021, C-344/2019), en Riv. It. Dir. Lav., II, p. 341.

En primer lugar, nos referimos a la posibilidad de organizar la ejecución ágil del trabajo por fases, ciclos o por resultado (art. 18, ap. 1, l. n. 18/2017)⁴⁴, sobre el que se pueden volver a proponer las consideraciones ya expresadas, pero con el añadido de que la disciplina específica sobre el trabajo ágil permite que el trabajador sea retribuido en términos «globales» no inferiores a los previstos para los trabajadores en presencia del colectivo comparativamente más representativo acuerdos de acuerdo a las normas del *Jobs Act* (artículo 51 del D. Lgs. n. 81/2015).

Frente a las cláusulas de *dumping* colectivo, esta prohibición de recurso, que se traduce en una consolidación sustancial del salario, podría suponer por sí sola la pérdida de numerosos emolumentos funcionales para el trabajador ágil, eliminando las ventajas de esta forma de trabajo.

Una segunda tendencia peligrosa en marcha es la de mezclar la libertad de determinar el rendimiento del trabajo (colocación de las horas de prestación) con los límites de duración máxima del rendimiento del trabajo, que por lo contrario representan el contenedor dentro del cual la prestación del trabajo puede ser realizada por el trabajador, pero no necesariamente debe y no debe variar en la duración de la prestación.

Reflejo de este concepto es la organización del trabajo por «bandas de contacto» potencialmente extendidas a la duración máxima del trabajo diario o semanal, sin criterios adecuados para identificar la duración de la ejecución del trabajo. En ausencia de éstos, la indeterminación puede representar una forma de no calcular la cantidad de trabajo efectivamente realizado, que puede ser superior a las horas de trabajo observadas en presencia, pero no remuneradas adecuadamente.

En realidad, también a la luz de la disciplina sobre el derecho a la desconexión, salvo pacto en contrario, la cantidad de trabajo debe identificarse en la cantidad de trabajo observado en presencia, que salvo pacto en contrario debe coincidir con la duración del servicio diario (el horario cantidad) normalmente observada, independientemente de quien determine la ubicación, que casi siempre es el trabajador.

Dentro de los rangos de contacto, el tiempo de trabajo normalmente coincide con el de la conexión telemática⁴⁵.

⁴⁴ CHIETERA, F.: «Il lavoro agile», en Garofalo, Domenico (cura), *La nuova frontiera del lavoro: autonomo – agile – occasionale*, ADAPT University Press, Bergamo, 2018, p. 352 y en un primer momento también CAIROLI, S.: *La definizione di lavoro agile nella legge e nei contratti collettivi*, cit., p. 14.

⁴⁵ Ya PRETEROTI, A.: «Il diritto alla disconnessione», cit., p. 5 y hoy también BAVARO VINCENZO: «L'orario di lavoro agile "senza precisi vincoli"», in *Lav. Dir. Europa*, 2022, 1, p. 9.

También es fundamental que el trabajador pueda elegir en estas fases cómo colocar su propio servicio, ya que de lo contrario se trataría de tiempo de disponibilidad o disponibilidad, para ser remunerado aún más⁴⁶.

Desde este punto de vista, la identificación de una medida del desempeño laboral separada del tiempo, incluso para el cálculo de la retribución fija, parece ser un ejercicio difícil y exento de riesgos.

Distintas previsiones darían lugar a incertidumbres en el cálculo, con efectos ablativos directos sobre la remuneración.

10. SOBRE EL TRABAJO ÁGIL «EN AUSENCIA DE LIMITACIONES PRECISAS DEL TIEMPO DE TRABAJO»: PARA UNA LECTURA EN RESPETO DE LA JURISPRUDENCIA EUROPEA Y DEL ARTÍCULO 36 DE LA CONSTITUCIÓN ITALIANA

Un malentendido recurrente sobre el trabajo ágil consiste en lo que muchos identifican como núcleo identificativo del trabajo ágil, es decir la prestación del servicio «sin restricciones precisas de lugar y tiempo de trabajo» (art. 18 ap. 1 Ley n. 81/2017)⁴⁷.

Desgraciadamente, tampoco escapan a este malentendido las centrales sindicales, que con el Acuerdo intercategoriaal CGIL, CISL, UIL sobre trabajo ágil de 7 de diciembre de 2021 (art. 3, ap. 1), establecen que «la jornada laboral realizada en modo ágil se caracteriza por la ausencia de horarios de trabajo precisos y de autonomía en la realización del servicio en el ámbito de los objetivos fijados».

Pero leyendo con mayor atención el apartado 1 del artículo 18, esta hipótesis presupone un acuerdo específico entre las partes, y fundamentalmente identificable en el caso de que la actuación se organice por fases, ciclos y resultados: sólo esta lectura, además, se ajustaría a la directiva de la Unión Europea mencionada anteriormente sobre condiciones de trabajo determinadas y previsibles, en un futuro próximo⁴⁸.

En realidad, en el trabajo ágil, las partes también pueden optar por pactar restricciones precisas de lugar y tiempo de trabajo, y si miramos la aplicación concreta, por regla general la ejecución del trabajo puede ser colocada libre-

⁴⁶ LECCESE V.: «Lavoro agile e misurazione della durata dell'orario per finalità di tutela della salute: un ossimoro?», en *Riv. giur. lav.*, 2020, 3, II, *Ibidem*; PRETEROTI, A., *op. cit.* p. 10.

⁴⁷ En este sentido DEL CONTE, M., «Problemi e prospettive del lavoro agile tra remotizzazione forzata e trasformazione organizzativa», en *Arg. dir. lav.*, 2021, 3, pp. 553 ss.

⁴⁸ CAIROLI, S.: «La definizione di lavoro agile», *cit.*, pp. 7 ss.

mente por el trabajador, pero respetando la cantidad de trabajo (horas, jornada laboral, o cantidad equivalente de trabajo) observada en presencia.

De lo contrario, los escenarios de imprecisión tendencial afectan al trabajador, que sería llamado a realizar un servicio remunerado como el presente, pero sin límites precisos, susceptible de insistir en mayores porciones de la jornada, con desvalorización del salario por hora⁴⁹.

Pero incluso en este caso, el artículo 36 de la Constitución italiana impediría que una remuneración pagada por las mismas tareas pero por un número de horas de trabajo superior a la actividad realizada personalmente se considere proporcional a la cantidad de trabajo.

11. CONCLUSIONES

Como se ha explicado, con la digitalización de los procesos productivos, la evolución de la organización empresarial (industria 4.0) y la evolución más general de la economía hacia un sistema basado en el intercambio de conocimientos, en la contribución cognitiva y la participación del trabajador en el proceso productivo, cardenal entran en crisis los principios relativos al momento del cumplimiento.

Paradójicamente, como en un movimiento pendular o recordando un carácter cíclico como nos enseñó el filósofo Vico, tras un largo proceso de objetivación y separación del desempeño laboral de la persona del trabajador⁵⁰, necesario para involucrar la dinámica del trabajo en el mundo de los negocios jurídicos, asistimos hoy a un retorno del desempeño del trabajo a conexiones y configuraciones cada vez más indisolublemente ligadas a la persona, a su *background* y estrictamente educativo, lo que pone en crisis las elaboraciones consolidadas⁵¹, previamente estrechamente relacionado con la existencia de un mercado, rectius de múltiples mercados de tiempo de trabajo⁵², y hoy ancladas a una fuerza de trabajo cada vez menos impersonal e intercambiable, que participa de la función productiva según conocimientos, habilidades y competencias⁵³.

⁴⁹ En este sentido CARUSO, B.: «Pubbliche amministrazioni e imprese italiane nella crisi pandemica: tra vizi antichi e possibile resilienza», in WP C. S. D. L. E. «Massimo D'Antona». IT – 427/2020, *cit.* 26.

⁵⁰ BAVARO, V.: «Il tempo nel contratto di lavoro. Critica sulla de-oggettivazione del tempo-lavoro» Bari, Cacucci, 2008, 40.

⁵¹ BAVARO, V.: *ult. op. cit.* 271.

⁵² TIRABOSCHI, M.: «Persona e lavoro tra tutele e mercato. Per una nuova ontologia del lavoro nel discorso giuslavoristico», Ancona, Adapt University Press, 2019, 119 ss.

⁵³ TIRABOSCHI, M.: *ult. op. cit.* 134.

Este fenómeno va acompañado de los fenómenos de trabajar en cualquier momento, en cualquier lugar y de hiperconectividad (trabajadores *always on*) que, antes incluso de conducir a problemas de salud como el tecnoestrés, la obesidad o las alteraciones visuales y posturales, ciertamente relevantes, plantean problemas para la determinación de la área de cobrabilidad de la ejecución del trabajo, así como para el cálculo de la cantidad de trabajo, que no puede ser eliminada para la verificación de la proporcionalidad de la contraprestación⁵⁴.

De hecho, la elaboración tradicional del Tribunal de Justicia (sentencia Jaeger) y del Tribunal Supremo italiano no sólo genera la incongruencia de negar al trabajador tiempo de recuperación por servicios que no son (o no lo son en su totalidad) tiempos reales de descanso, sino que impide al trabajador obtener una remuneración por lo que es en efecto el tiempo empleado por la persona del trabajador para el acreedor del servicio.

Y el hecho de que esta disponibilidad sea de baja intensidad y pueda traducirse en trabajo real en todos los términos posibles, no elimina una restricción de disponibilidad funcional, que en rigor debe considerarse cumplimiento de un servicio, cada vez más en consideración del hecho de que la modalidad de ejecución de la prestación laboral está cambiando, y en el caso de las contribuciones cognitivas, creativas o gerenciales, gracias al aporte de la tecnología, se materializa cada vez más, total o parcialmente, en un servicio «en continua disponibilidad», con frecuentes desconexiones y reconexiones según a las necesidades cambiantes del empleador.

La función delimitadora del horario de trabajo entra en crisis, pendiendo tanto a nivel europeo como nacional de una noción de efectiva disponibilidad que, incluso en el sentido más avanzado de disponibilidad funcional, es cada vez menos adherente al dato fenoménico porque permanece vinculado a una concepción geográficamente definida del lugar de trabajo, identificada en la empresa.

La evidencia muestra que, también gracias a la evolución tecnológica que subyace al trabajo digital cada vez más remoto, existen diferentes fases temporales en el trabajo, todas útiles, aunque en diferentes grados, a la satisfacción del interés del crédito, y todas caracterizadas por la subordinación del trabajador al poder directivo o de la colocación del trabajador en un estado de disponibilidad que es entonces cada vez más el rasgo identificativo de la realización del trabajo subordinado.

⁵⁴ BAVARO, V. y ORLANDINI G.: «Le questioni salariali nel diritto italiano, oggi», en Riv. it. dir. lav., 2021, 3, pp. 295-7.

Enmarcados así los problemas, la misma institución de trabajo ágil, la primera en la que se reconocen métodos de desconexión, no parece escapar a estos riesgos, y más bien añade otros, conectados como se observa a la incierta delimitación del caso y sus límites, a la introducción de un derecho a la desconexión muy sutilmente definido, y el papel de la autonomía privada colectiva.

Para evaluar el trabajo ágil, se debe considerar el surgimiento del equilibrio trabajo-vida, entendido en el sentido positivo de *worklife balance*, como un valor jurídico cada vez más protegido por normas positivas en el ordenamiento jurídico, y originariamente limitado a la dimensión asistencial de los padres o de la familia por razones eminentes de conciliación con las necesidades organizativas de la empresa, y que sin embargo en el futuro parece destinado a expandirse, hacia una cada vez mayor libertad del trabajador para determinar sus propias áreas de interés.

Por el contrario, la misma potenciación formal de herramientas, también flexibles, para conciliar la vida laboral, la digitalización de los procesos productivos y el cambio de los mismos procesos en términos de una mayor consideración por la aportación cognitiva y creativa del trabajador, están en el origen de un fenómeno diferente, esta vez crítico, definible *work-life blending*.

Este fenómeno se expresa en un desempeño del trabajo cada vez más adecuado para abarcar toda la vida del trabajador, y superponerse a ella, resultando en una creciente «porosidad» no sólo de los tiempos, sino también del entorno de vida del trabajador con respecto al trabajo, con la consiguiente necesidad de nuevas formas de protección de la persona del trabajador.

En comparación con los procesos que acabamos de mencionar, el trabajo ágil representa un punto de emergencia y contacto, sin duda atestiguado por el arte.¹⁸ desde el reconocimiento de las necesidades de competitividad de las empresas (que se puede leer como eficiencia en la Administración Pública) y la protección de la conciliación de la vida laboral y familiar.

Por otro lado, la entidad transmite riesgos específicos, intrínsecamente ligados a la posibilidad de (siempre) prestar el servicio en forma móvil, así como (posiblemente) con libertad de la asignación horaria del servicio o de su medición horaria, sin perjuicio al cumplimiento de los límites máximos de duración diaria y semanal.

Hoy, el esfuerzo que se requiere por lado de todos los operadores en el mundo del derecho laboral, sin embargo, parece ser ir más allá de la experiencia del trabajo ágil, para reconocer que existe una tendencia común a digitalizar el trabajo, no solo al trabajo ágil, que sujetar la persona entera del trabaja-

dor y no más el tiempo puesto a disposición por el mismo, es decir el trabajo efectivo, cuando la noción tenía un valor verdaderamente discreto⁵⁵.

De hecho, ahora es necesaria una regulación general de la conciliación de la vida laboral y personal y un reconocimiento más general del derecho a la desconexión.

La consideración del trabajo ágil como un modo especial de ejecución del trabajo subordinado no hace más que poner de relieve, por el contrario, el nivel de inadecuación al que actualmente parece forzada la disciplina «estándar» del trabajo subordinado con respecto a la cuestión del derecho a la protección de los libertad de tiempo y espacio del «hombre que trabaja cuando no trabaja», y obliga al legislador a compartir los efectos positivos de lo que es una necesidad común a todos los trabajadores, incluso a los que realizan el servicio con una ubicación fija (teletrabajadores, cuya exclusión de las protecciones contra la desconexión ahora parece irrazonable y constitucionalmente ilegal) y en retrospectiva también para quienes realizan el servicio también en la empresa, dada la proliferación de instrumentos tecnológicos de contacto entre la empresa y los trabajadores.

Por ello, además de una adecuada *reductio ad unum* entre trabajo ágil y teletrabajo, urge dictar una disposición legislativa que asegure transversalmente la protección del derecho a salvaguardar el tiempo y el entorno de vida del trabajador, por ejemplo asegurando el derecho a la desconexión la prohibición de trato peyorativo por el desempeño prestado fuera de las instalaciones de la empresa respecto de trabajadores del mismo rango y categoría, y a raíz de la futura entrada en vigor de la normativa europea, el derecho a solicitar métodos de trabajo flexibles, posiblemente no limitada a la flexibilidad horaria ya la dimensión de protección de la paternidad.

Al margen de esta evolución, al menos en la actualidad, se mantiene el trabajo por cuenta propia y, sin embargo, si reconocemos la necesidad de la importancia constitucional que subyace al tiempo libre, que es la expresión de la personalidad en una dimensión individual y social, parece que al menos el derecho a la desconexión merece ser tenida en cuenta al menos para la extensión a la categoría del trabajo autónomo continuo y coordinado. Además, esta es la opción que el legislador italiano ha hecho propia al reconocer el derecho al descanso de los trabajadores eventuales (art. 54-bis, ap. 3, l. n.º 50/2017) que se encuentran fuera del universo de la trabajo subordinado.

Sin embargo, aún existe una fuerte necesidad de una intervención que, de una manera más clara y precisa, regule orgánicamente el derecho a la desco-

⁵⁵ BAVARO, V.: «Questioni in diritto su lavoro digitale, tempo e libertà», en *Riv. giur. lav.*, 2018, 1, pp. 58-9.

nexión, en línea con la creciente digitalización del trabajo, así como con los desarrollos esperados en Europa⁵⁶. En particular, parece llegado el momento de reconocer un estatuto general del derecho a la desconexión, con medidas dirigidas no solo a los trabajadores ágiles sino también a los teletrabajadores, hoy excluidos de forma totalmente irrazonable, así como a todos aquellos trabajadores que puedan ser contactados a través de instrumentos tecnológicas de trabajo fuera de los locales empresariales⁵⁷.

12. BIBLIOGRAFÍA

- ALLAMPRESE, A. y PASCUCCI, F.: «La tutela della salute e della sicurezza del lavoratore “agile”», in Riv. giur. lav., 2017, 2, págs. 316 ss.
- ALTIMARI, M.: «Il diritto alla disconnessione: un “Vecchio” diritto ineffettivo?», en Occhino, A. (Dir.): en OCCHINO, A. (Dir.): *Il lavoro e i suoi luoghi*, 2018, Giapichelli, Torino, pp. 181 y ss.
- BAVARO, V.: «Il tempo nel contratto di lavoro. Critica sulla de-oggettivazione del tempo-lavoro», Bari, Cacucci, 2008;
- «Questioni in diritto su lavoro digitale, tempo e libertà», en Riv. giur. lav., 2018, 1, pp. 58 ss.
- «L’orario di lavoro agile “senza precisi vincoli”», en Lav. Dir. Europa, 2022, 1.
- BAVARO, V. y ORLANDINI G.: «*Le questioni salariali nel diritto italiano, oggi*», en Riv. it. dir. lav., 2021, 3, pp. 285 ss.
- BELLOMO, S. y ROCCHI, L.: «Orario di lavoro, reperibilità, fruizione del tempo libero, la Corte di Giustizia e il parziale superamento della sentenza Matzak del 2018» (nt. CGUE 9.3.2021, C-344/2019), en Riv. It. Dir. Lav., II, 336 ss.
- BOZZAO, P.: «Lavoro subordinato, tempi e luoghi digitali», en Federalismi, 2022, 9, pp. 106 ss.
- CAIROLI, S.: «La definizione di lavoro agile nella legge e nei contratti collettivi: sovrapposizioni e possibili distinzioni», in Gruppo giovani giuslavoristi Sapienza (a cura di), *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale*, in WP CSDLE «Massimo D’Antona». Collective Volumes – 6/2017, 5 ss.
- «Prime questioni sulla fattispecie del lavoro in modalità agile alle dipendenze della pubblica amministrazione», en Lav. pubbl. amm., 2018, 1, pp. 78 ss.
- «Tempi e luoghi di lavoro nell’era del capitalismo cognitivo e dell’impresa digitale», Jovene, Napoli, 2020.

⁵⁶ Véase la resolución del Parlamento Europeo de 21 de enero de 2021 con recomendaciones a la Comisión sobre el derecho a desconectar 2019/2181 (INL). también a otros trabajadores.

⁵⁷ CAIROLI, S., *Tempi e luoghi di lavoro*, cit., pp. 277 ss., PRETEROTI, A., *Il diritto alla disconnessione*, cit., p. 19-20; BOZZAO, P.: «Lavoro subordinato, tempi e luoghi digitali», en Federalismi, 2022, 9, p. 125.

- CALDERARA, D.: «Il lavoro agile nella pubblica amministrazione: prime ipotesi applicative», en *Lav. pubbl. amm.*, 2018, 2, pp. 69 ss.
- CARUSO, B.: «Pubbliche amministrazioni e imprese italiane nella crisi pandemica: tra vizi antichi e possibile resilienza», in WP C. S. D. L. E. «Massimo D'Antona». IT – 427/2020.
- CASILLO, R.: «La subordinazione “agile”», en *Dir. lav. merc.*, 2017, 3, pp. 529 ss.
- CASILLO, R. y TUFO, M.: «Il lavoro agile», in ESPOSITO, M., LUCIANI, V., ZOPPOLI, A., ZOPPOLI L. (cur.), «La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni», Torino, Giappichelli, 2018, pp. 204 ss.
- CESTER, C.: «Lavoro e tempo libero nell'esperienza giuridica», en Aa. Vv., *L'orario di lavoro*, en *Quad. giorn. dir. rel. ind.*, 1995, pags. 9 ss.
- CHIETERA, F.: «Il lavoro agile», en GAROFALO, D. (cura), «La nuova frontiera del lavoro: autonomo –agile– occasionale», ADAPT University Press, Bergamo, 2018, pp. 345 ss.
- DAGNINO, E., et. alt.: «Il “lavoro agile” nella contrattazione collettiva oggi», WP Adapt, collective volumes, 2016.
- «La regolazione dell'orario di lavoro nell'era del working anytime, everywhere. Spunti dalla disciplina italiana del lavoro agile e del diritto alla disconnessione», Working Paper, 5, 2021, Adapt.
- DEGRYSE, C.: «Digitalization of the economy and its impact on labour markets», Working paper 2/2016, European Trade Union Institute, 2016 (www.etui.org).
- DEL CONTE, M.: «Problemi e prospettive del lavoro agile tra remotizzazione forzata e trasformazione organizzativa», en *Arg. dir. lav.*, 2021, 3, 553 ss.
- DELOGU, A.: «La tutela della salute e sicurezza dei lavoratori durante l'emergenza epidemiologica», en BELLOMO S., MARESCA A., SANTORO-PASSARELLI G. (cur.), *Lavoro e tutele al tempo del Covid-19*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 108 ss.
- «Obblighi di sicurezza: tutela contro gli infortuni e le malattie professionali nel lavoro agile», en Aa. Vv., *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva e individuale. Stato dell'arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi*, WP CSDL E. IT, 2017, 6, pp. 108 ss.
- DI MEO, R.: *Il diritto alla disconnessione nella prospettiva italiana e comparata*, en *Lab. Law & Issues*, 2017, 3, 2, pp. 19 ss.
- FALSONE, M.: «Il lavoro cd. agile come fattore discriminatorio vietato», en ZILIO GRANDI, GAETANO y BIASI, MARCO (Dirs.): *Commentario breve allo Statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Cedam, Padova, 2018, pág. 558 ss.
- FENOGLIO, A.: «Il diritto alla disconnessione del lavoratore agile», en ZILIO GRANDI G., BIASI, M. (a cura di), «Commentario breve allo Statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile», Cedam, Padova, 2017, pp. 548 ss.
- «Il tempo di lavoro nella *new automation age*: un quadro in trasformazione», en *Riv. it. dir. lav.*, 2018, pp. 625 ss.
- FERRANTE, V.: «Il lavoro a distanza e il diritto alla disconnessione», en OCCHINO, A. (Dir.): *Il lavoro e i suoi luoghi*, 2018, Giappichelli, Torino, pp. 129 y ss.

- FERRARESI, M.: «Lavoro agile», en Enc. giur. Treccani, Roma, 2017;
- GAETA, L. *et al.*: «Il telelavoro nelle pubbliche amministrazioni», Il Sole 24 Ore, Milano, 1999.
- GAETA, L. y PASCUCCI, P.: «Una riflessione critica sul telelavoro», en Dir. merc. lav., 2001, pp. 11 ss.
- GENIN, E.: «Proposal for a Theoretical Framework for the Analysis of Time Porosity», en International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, 2016, 32, 3, pp. 280 ss.
- GRAGNOLI, E. y CORTI, M.: «La retribuzione», en MARAZZA, M. (a cura di), «Contratto di lavoro e organizzazione», IV, en Persiani, M., Carinci, F. (dir.), Trattato di diritto del lavoro, Cedam Padova, 2012, pp. 1375 ss.
- ICHINO, P.: «Continuità, elasticità e collocazione temporale della prestazione lavorativa subordinata», Milano, 1985.
- LECCESE V.: «Lavoro agile e misurazione della durata dell'orario per finalità di tutela della salute: un ossimoro?», en Riv. giur. lav., 2020, 3, II, pp. 439 ss.
- LEVI, A., *Il lavoro agile nel contesto del processo di destrutturazione della subordinazione*, en Riv. giur. lav., 2019, 1, pp. 25 ss.
- MAGNANI, M.: «I tempi e i luoghi di lavoro: l'uniformità *non si* addice al post-fordismo», *WP CSDLE. IT*, 404/2019
- MAINARDI, S.: «Il potere disciplinare e di controllo sulla prestazione del lavoratore agile», en FIORILLO, L., PERULLI, A. (cur.), «Il Jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile», Giappichelli, Torino, 2018, pp. 213 ss.
- MAIO, V.: «Il telelavoro», en PERSIANI, M. (Dir.): *I nuovi contratti di lavoro*, Torino, 2010, pp. 777 ss.
- «Il lavoro da remoto tra diritti di connessione e disconnessione», en MARTONE, M. (cur.), «Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smart working oltre l'emergenza», *La Tribuna*, Piacenza, 2020, pp. 85 ss.
- MARESCA, A.: «Il nuovo mercato del lavoro e il superamento delle diseguaglianze: l'impatto della digitalizzazione e del *remote working*», 2022, 9, pp. 166 ss.
- MARTONE, M. (Dir.): «Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smart working oltre l'emergenza», *La Tribuna*, Piacenza, 2020.
- MILITELLO, M. G.: «Il *work-life blending* nell'era della *on demand economy*», in Riv. giur. lav., 2019, 1, pp. 47 ss.
- PERULLI, A.: «Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro», *WP CSDLE.it*, 341/2017.
- PRETEROTI, A.: «La responsabilità del datore di lavoro per gli strumenti assegnati al lavoratore agile», en ZILIO GRANDI, G. y BIASI, M. (cur.), «Commentario breve allo Statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile», Cedam, Padova, 2017, pp. 593 ss.
- «Il diritto alla disconnessione nel lavoro agile nel lavoro agile alle dipendenze della pubblica amministrazione», en Lav. Dir. Europa, 2021, 3.

- PROIA, G.: «L'accordo individuale e le modalità di esecuzione e di cessazione della prestazione di lavoro agile», en FIORILLO, L. y PERULLI, A. (cur.): «Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni. Decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81», Giappichelli, 2018, pp. 177 ss.
- RICCI, G.: «Tempi di lavoro e tempi sociali: profili di regolazione giuridica nel diritto interno e dell'UE», Giuffré, Milano, 2005, pp. 421 ss.
- «Il lavoro a distanza di terza generazione: la nuova disciplina del "lavoro agile"», en *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 3, pp. 632 ss.
- ROTA, A.: «Tutela della salute e sicurezza dei lavoratori digitali. Persona e pervasività delle tecnologie», in TULLINI, P. (cur.), *Web e lavoro*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 172 ss.
- SANDULLI, P.: «Tempo e durata della prestazione di lavoro», Angeli, Roma, 1979.
- SANTORO-PASSARELLI, G.: «Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il tele-lavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione», *WP CSDLE. IT*, 327/2017.
- SARTORI, A.: «Il lavoro agile nella pubblica amministrazione», en ZILIO GRANDI, G. y BIASI, M. (cur.), *Commentario, cit.*, pp. 471 ss.
- SPINELLI, C.: «Tecnologie digitali e lavoro agile», Cacucci, Bari, 2018.
- «Il lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni», en *Riv. giur. lav.*, 2018, I, pp. 126 ss.
- TIRABOSCHI, M.: «Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro», *WP CSDLE.it*, 335/2017.
- «Persona e lavoro tra tutele e mercato. Per una nuova ontologia del lavoro nel discorso giuslavoristico», Ancona, Adapt University Press, 2019.
- VARDARO, G.: *Tecnica, tecnologia e ideologia della tecnica nel diritto del lavoro*, in *Pol. dir.*, 1986, pp. 75 ss.
- WEISS, M.: «Digitalizzazione: sfide e prospettive per il diritto del lavoro», en *Dir. rel. ind.*, 2016, 3, pp. 659 ss.
- ZILIO GRANDI, G. y BIASI, M. (cur.): «Commentario breve allo Statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile», Cedam, Padova, 2017.
- ZOPPOLI, L.: «Dopo la digi-demia: quale *smart working* per le pubbliche amministrazioni italiane?», *WP C. S. D. L. E. «Massimo D'Antona»*. IT, 421/2020.

CAPÍTULO XXIII

EL TIEMPO DE TRABAJO EN EL CONTRATO FORMATIVO

ROSARIO CRISTÓBAL RONCERO

Profesora Titular (acred. Catedrática) de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social

Universidad Complutense de Madrid

1. LA FORMACIÓN COMO INSTRUMENTO PARA POTENCIAR Y MEJORAR LA INCORPORACIÓN DE LOS JÓVENES A LA NUEVA REALIDAD DE TRABAJO

La ordenación del tiempo de trabajo constituye una cuestión trascendental en el ámbito de las relaciones laborales. El factor temporal es uno de los elementos esenciales de la relación laboral.

La incidencia de la formación en los contratos formativos diseña un modelo específico de contratación destinado a una causa concreta: completar la formación de los trabajadores para que se encuentren mejor preparados para futuras contrataciones. El elemento formativo se convierte en parte sustancial del objeto y contenido del contrato en su doble vertiente: teórica y práctica.

La formación es uno de los principales instrumentos de los que disponen tanto empresarios como trabajadores para adaptarse a la demanda de las nuevas tecnologías de la información aplicadas a la adquisición de conocimiento que demanda nuestro mercado de trabajo. La Recomendación OIT de

Recursos Humanos 2004 (núm. 195)¹, aprobada en el marco del diálogo social, constituye una muestra representativa de este nuevo requerimiento del mercado de trabajo, en el que se promueve la compatibilidad de las políticas adoptadas en el ámbito social con la formulación y aplicación de políticas nacionales en la formación y el aprendizaje permanente.

En el ámbito de la Unión Europea, se garantiza que todo trabajador, se beneficie «del desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado» (art. 151 Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, Lisboa 2007, en adelante TFUE). La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE recoge también la libertad profesional y el derecho a trabajar, y reconoce «a los nacionales de terceros países (...) autorizados a trabajar en el territorio de los Estados Miembros, el derecho a unas condiciones equivalentes a aquéllas que disfrutaban los ciudadanos de la Unión» (art. 15.3 ET). Todos estos derechos están garantizados en el entorno digital en la Carta de Derechos digitales, sometida a consulta pública, en la que se reconoce de forma expresa los derechos de los trabajadores en el ámbito laboral (art. XVII.1).

En nuestro Ordenamiento jurídico, los derechos de promoción y formación profesional aparecen también reflejados como vías de acceso o forma de readaptación y mantenimiento del empleo:

– Desde una perspectiva constitucional, el artículo 40.2 CE, reconoce los derechos de promoción y formación profesional como uno de los principios rectores de la política económica y social. En esta línea, se encomienda a los poderes públicos «que garanticen la formación y readaptación profesionales».

– Obligaciones que asume el Estatuto de los Trabajadores, al disponer que «en la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho a la promoción y formación en el trabajo, incluida la dirigida a su adaptación y a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo, así como el desarrollo de planes y acciones formativos tendentes a favorecer su empleabilidad» [art. 4.2 b]. Esta previsión, objeto también de regulación en el artículo 23 ET, encuentra amplio desarrollo, «en una vasta legislación especializada, que discurre al margen del Estatuto»². Repárese, en este sentido, la relevancia que la Ley 3/2015, de 23 de octubre, de Empleo (en adelante, LE) otorga a las acciones formativas dentro de las políticas activas de empleo como instrumento jurídico de creación de empleo y mantenimiento del mismo [arts. 2.a; 5.1.b); 7.e 2.º; 36.1; 37.1b); 38 y 40, y Disp. trans 2.ª].

¹ http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:15775152532837:12100:NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312533:

² MONTROYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J. M., SEMPERE NAVARRO, A. V., RÍOS SALMERÓN, B.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 7.ª ed., Ed. Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 52.

– Dejando a un lado la normativa laboral, es la Ley Orgánica 3/2022, de 1 de abril de ordenación e integración de la Formación Profesional, la que ordena un sistema único e integrado de la formación profesional, en aras a favorecer un régimen de formación y acompañamiento profesionales que, sirviendo al fortalecimiento, la competitividad y la sostenibilidad de la economía española, sea capaz de responder con flexibilidad a los intereses, las expectativas y las aspiraciones de cualificación profesional de las personas a lo largo de su vida y a las competencias demandadas por las nuevas necesidades productivas y sectoriales tanto para el aumento de la productividad como para la generación de empleo (art. 1.12). Y en esta línea, a la formación profesional para el empleo, configurada en la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, que regula el sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral³, se le otorga un protagonismo esencial al objeto de mejorar la empleabilidad y cualificación de los trabajadores, cualquiera que sea el lugar y la forma en la que desarrollen la prestación de trabajo⁴. En este sentido, los instrumentos del Sistema Nacional de Cualificaciones Profesionales y Formación Profesional se centran en los mecanismos para la obtención de los «certificados de profesionalidad», que deben adaptarse a las nuevas exigencias tanto del sistema productivo como de la conformación del mercado de trabajo.

La eficacia de la formación como instrumento de política de empleo requiere que se tenga en cuenta la adecuación formativa y el funcionamiento del mercado de trabajo, más que el acceso a «más y más» formación, sea cual sea su contenido. En este sentido, como ya se ha señalado, resulta trascendental el equilibrio entre la formación de los jóvenes y las cualificaciones que demanda el mercado laboral, y en todo caso, resulta fundamental que éstos adquieran las competencias y habilidades profesionales necesarias y suficientes para acceder

³ Repárese, no obstante, que la Disposición Derogatoria Única LO 3/2022 derogada cuantas disposiciones de la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral se opongan a lo establecido en la LO 3/2022. Asimismo, el gobierno podrá modificar las disposiciones de la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral que se vean afectadas por esta disposición derogatoria. Por lo demás, el Real Decreto 694/2017, de 3 de julio, por el que se desarrolla la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral. Tiene por objeto «la regulación de las iniciativas y programas de formación profesional para el empleo, los requisitos y límites de las acciones formativas, sus destinatarios y la forma de acreditación de las competencias adquiridas por los trabajadores, así como los instrumentos del sistema integrado de formación y el régimen de funcionamiento del sistema de formación profesional para el empleo» (art. 1).

⁴ En efecto, el artículo 13 del ET, diseñado por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, modificó la ordenación del tradicional trabajo a domicilio para dar acogida al trabajo a distancia, realizado «de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en lugar libremente escogido por éste, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo», y basado en el uso intensivo de las nuevas tecnologías.

al empleo. Como señala Montoya Melgar⁵, «la formación se concibe como un instrumento de adaptación a los cambios de los puestos de trabajo» con múltiples funciones: a) mejora la empleabilidad, b) fomenta el desarrollo de las políticas activas de empleo, c) incrementa la competitividad, d) mejora de la competitividad empresarial, e) favorece la promoción laboral y profesional, f) permite la obtención de las cualificaciones profesionales, g) lleva consigo la adquisición de competencias y cualificaciones profesionales y, en fin, h) es fundamental para el desarrollo del aprendizaje a lo largo de la vida.

En este contexto, el marco de actuación sobre el que ha de transitar cualquier acción formativa debe incorporar elementos de flexibilidad, que sean atractivos tanto para el sector productivo, las administraciones públicas, como para sus destinatarios. El marco normativo vigente ha tratado de equilibrar la adecuación entre estas previsiones genéricas con las respuestas a las situaciones propias de cada momento utilizando la formación permanente de los trabajadores como denominador común para la mejora de su empleabilidad.

El Real Decreto-ley 32/2021, publicado en el BOE el 30 de diciembre⁶, fruto del acuerdo alcanzado el 22 de diciembre entre las asociaciones empresariales y sindicales más representativas a nivel estatal, responde a una situación específica, mercado débil y precario, y a un objetivo concreto, la apuesta por el contrato indefinido. Para ello, introduce cambios relevantes en el Estatuto de los Trabajadores, la Ley General de la Seguridad Social y la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social. De hecho, es la reforma laboral más importante desde el año 2012, tanto por las materias en las que incide como por los cambios que incorpora.

Entre sus objetivos se encuentra la reducción de la temporalidad, el mantenimiento y potenciación de la flexibilidad empresarial, la modernización de la negociación colectiva y la relevancia de la formación de los trabajadores.

De todos los propósitos que persigue la reforma, el de la formación es el que aquí nos interesa como instrumento imprescindible para facilitar la necesaria cualificación profesional de los trabajadores que se integren por primera vez en el mercado de trabajo o quienes necesitan recualificarse para adaptarse a las exigencias del mercado del trabajo.

⁵ «La reforma laboral de 2012: los fines y los medios», en MONTROYA MELGAR, A., GARCÍA MURCIA, J. (Dir.): *Comentario a la Reforma Laboral de 2012*, Ed. Civitas, Madrid, 2012, p. 15.

⁶ Convalidado por Resolución de 3 de febrero de 2022, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.

La formación es un valor estratégico para favorecer la productividad y la competitividad de las empresas y, a su vez, se alza como baluarte para potenciar la empleabilidad de los jóvenes trabajadores. Las inversiones en formación son directamente proporcionales a la creación de empleo y a la reducción del gasto por desempleo y, por tanto, la formación, entendida como formación generalizada, permanente y de calidad, debe ser la base del modelo productivo español.

En este sentido, nos interesa el contrato formativo como instrumento para favorecer, incrementar y adaptar los niveles formativos y prácticos de los jóvenes. Se trata de trabajar y aprender a trabajar, de procurar la formación y práctica necesarias para alcanzar las competencias y habilidades profesionales necesarias y suficientes para acceder al empleo. Se quiere establecer una regulación eficaz del contrato formativo, que proporcione un marco idóneo para la incorporación de las personas trabajadoras jóvenes al mercado de trabajo, ya se trate de contratos en alternancia con los estudios o bien de contratos para la obtención de una práctica profesional adecuada al nivel de estudios⁷.

Puesto que la formación en sentido amplia alcanza a los contratos formativos resulta clave la ordenación del tiempo de trabajo, la identificación entre trabajo efectivo y formación académica y/o práctica. En efecto, la trascendencia que la regulación del tiempo de trabajo tiene para la determinación de la relación laboral da idea su reconocimiento en el texto de la Constitución como principio rector de la política económica y social en el artículo 40. 2. En desarrollo de este mandato constitucional, la ordenación del tiempo de trabajo (duración y distribución) se encuentra regulada en los arts. 34, 35, 36 ET, complementada por las reglas especiales sobre el tiempo de trabajo establecidas en el RD 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo y los preceptos específicos sobre prevención de riesgos laborales en los aspectos en que la jornada incide en la salud de los trabajadores.

En relación con el ordenamiento comunitario debe tenerse en cuenta la Directiva 2003/88, de 4 de noviembre, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, que modifica la regulación contenida en las anteriores Directivas, 1993/104, de 23 de noviembre y la Directiva 2000/34, de 22 de junio, y establece, finalmente, las disposiciones mínimas de seguridad y salud en el materia de ordenación del tiempo de trabajo⁸; aplicable a todos

⁷ ABRIL LARRAINZAR, P., CANO GALÁN, Y., GARCÍA RODRÍGUEZ, B., MARTÍN JIMÉNEZ, R., SEMPERE NAVARRO, A. V.: *Reformas laborales y de Seguridad Social (RDL 32/2022, L 20/2021, L21/2021 y L 22/2022)*, Claves Prácticas, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2022, p. 35.

⁸ Tanto a los períodos mínimos de descanso diario, semanal y vacaciones anuales, así como las pausas y duración máxima del trabajo semanal, como a determinados aspectos del trabajo nocturno y del

los sectores de actividad, privados y públicos, a excepción de la gente del mar⁹. La norma comunitaria nació con la pretensión de establecer disposiciones mínimas para la seguridad y salud de los trabajadores en materia de ordenación de tiempo de trabajo, y tras esta nueva codificación se armonizan las legislaciones nacionales relativas a la duración de la jornada, desde la ordenación del trabajo (duración máxima del trabajo) y, sobre todo, del régimen de vacaciones y descansos (fijando tiempo mínimos para éstos).

Nuestro actual mercado trabajo, construido sobre la base de la interlocución y del diálogo social a través del Real Decreto Ley 32/2021, concita una meditada reconstrucción del contrato formativo en el marco de un modelo de flexiseguridad socialmente responsable¹⁰. De nuevo, se apuesta por el refuerzo de la formación. Y, en esta línea, se da luz al nuevo contrato formativo, cuyo modelo de contrato se cimenta en dos modalidades: contrato de formación y en alternancia y contrato para obtener la obtención de práctica profesional, presentándose como una excelente herramienta para potenciar y mejorar la formación de los jóvenes en una realidad en constante cambio y evolución¹¹.

2. EL NUEVO CONTRATO FORMATIVO

El nuevo contrato formativo se articula sobre un modelo único con dos modalidades: de formación en alternancia y para la obtención de práctica profesional. En efecto, la modificación de los contratos formativos, articulada en el Real Decreto Ley 32/2021, reduce, al menos, formalmente, los tres contratos formativos anteriores¹² a uno solo, si bien se contemplan dos modalidades contractuales, a saber:

– Contrato de formación en alternancia (equiparable al antiguo contrato para la formación y el aprendizaje y al contrato para la formación dual univer-

ritmo de trabajo, en MARTÍN VALVERDE, A., GARCÍA MURCIA, J. (Dir. y Coord.): *Tratado práctico de Derecho del Trabajo*, Vol. II, Aranzadi, 2008, p. 1540.

⁹ En efecto, el ámbito comunitario europeo, la jornada de trabajo también se prevé en la Directiva 1999/63, que regula el tiempo de trabajo de la gente del mar, mientras que la Directiva 2012/15/CE ordena el tiempo de trabajo de las personas que realizan actividades móviles de transporte por carretera.

¹⁰ GOERLICH PESET, J. M., MERCADER UGUINA, J. R., DE LA PUEBLA PINILLA, A. «Editorial. La reforma laboral de 2021», *Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 3, Núm. Extraordinario, 2022, p. 4.

¹¹ Esta novedad se enmarca en los compromisos asumidos por España Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia documento para el desarrollo de los fondos europeos de recuperación NEXT Generation EU, en cuyo componente 23, tal y como indica la Exposición de Motivos del RDL 32/2021, señala entre uno de los cuatro objetivos de la reforma «la adecuada regulación del contrato de formación».

¹² Contrato de trabajo en prácticas, contrato para la formación y el aprendizaje y el contrato para la formación dual universitaria (art. 11 ET).

sitaria, art. 11.2 ET), que permite compatibilizar la actividad laboral y los procesos formativos en el ámbito de la formación profesional, los estudios universitarios o el Catálogo de especialidades formativas del Sistema Nacional de Empleo.

– Contrato formativo para la obtención de la práctica profesional (antiguo contrato en prácticas, artículo 11.3 ET) adecuada al nivel de estudios concluidos.

La estructura del contrato formativo atiende al nuevo modelo que diseña el RDL 32/2021. Define el objeto del contrato remitiéndose a lo regulado en cada una de las modalidades; para, a continuación, determinar el régimen jurídico del contrato en alternancia y proseguir con la regulación del contrato para la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios (requisitos, forma y contenido, duración y extinción, retribución, tiempo de trabajo efectivo, límites).

Una de las principales novedades del nuevo contrato formativo es el refuerzo de la vertiente formativa en sus dos modalidades. Tanto el contrato de formación en alternancia como el contrato formativo para la obtención de la práctica profesional exige la inclusión del contenido del plan formativo individual, que será diseñado, dependiendo de los casos por el centro formativo y la empresa (contrato de formación en alternancia o por la propia empresa (contrato para la obtención de la práctica profesional)).

El cumplimiento y seguimiento del plan individual corresponderá al tutor o la tutora, quien, además, deberá contar con la formación o experiencia adecuada para tales tareas.

Este refuerzo de la vertiente formativa contribuirá a reforzar la causalidad del contrato y a dificultar un uso fraudulento del mismo, en tanto que exige la implicación de la empresa en el proceso formativo, articulando los programas individuales y su seguimiento, así como también será una herramienta de control para verificar la actividad desempeñada y la adecuación del modo de su desarrollo a su finalidad¹³.

Por lo demás, son normas comunes al contrato formativo, en cualquier de sus dos modalidades, las siguientes:

– La acción protectora de la Seguridad Social, que comprenderá todas las contingencias protegibles y prestaciones, incluido el desempleo y la cobertura del Fondo de Garantía Salarial.

¹³ ABRIL LARRAINZAR, P.: «Contrato formativo», en ABRIL LARRAINZAR, P., CANO GALÁN, Y., GARCÍA RODRÍGUEZ, B., MARTÍN JIMÉNEZ, R., SEMPERE NAVARRO, A. V.: *Reformas laborales y de Seguridad Social (RDL 32/2022, L 20/2021, L21/2021 y L 22/2022)*, cit., p. 114.

– Las situaciones de incapacidad temporal, nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia y violencia de género interrumpirán el cómputo de la duración del contrato.

– La exigencia de forma preceptiva escrita, incluyendo obligatoriamente el texto del plan formativo individual que se requiere en el contrato formativo en cualquiera de sus dos modalidades, especificando el contenido de las prácticas o la formación y las actividades de tutoría para el cumplimiento de sus objetivos. Igualmente, incorporará el texto de los acuerdos y convenios con las entidades formativa acreditadas o inscritas y los centros universitarios. Este apartado del artículo 11 ET se configura claramente como una novedosa garantía del cumplimiento de las condiciones formativas y laborales aplicables a estos contratos ya que el mismo deberá recoger por escrito, como tendremos oportunidad de analizar, el plan individual formativo, pero también el nombre de los tutores, el contenido de la formación, el calendario y las actividades a realizar, las tutorías, la duración del contrato, y la posibilidad de que tenga que hacer trabajo nocturno o a turnos, cuando la actividad formativa tenga que desarrollarse en ese periodo para la adquisición de los conocimientos, en este caso, solo en el contrato de formación en alternancia.

– Los límites de edad y en la duración máxima del contrato formativo no serán de aplicación cuando se concierte con personas con discapacidad o con los colectivos en situación de exclusión social previstos en el artículo 2 de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, en los casos en que sean contratados por parte de empresas de inserción que estén cualificadas y activas en el registro administrativo correspondiente. Reglamentariamente se establecerán dichos límites para adecuarlos a los estudios, al plan o programa formativo y al grado de discapacidad y características de estas personas.

– La determinación mediante convenio colectivo de ámbito sectorial estatal, autonómico o, en su defecto, en los convenios colectivos sectoriales de ámbito inferior, de los puestos de trabajo, actividades, niveles o grupos profesionales que podrán desempeñarse por medio de contrato formativo.

– Las empresas en ERTE o acogidas al Mecanismo RED podrán celebrar contratos formativos, siempre que las personas contratadas bajo esta modalidad no sustituyan funciones realizadas habitualmente por las personas afectadas por las medidas de suspensión o reducción de jornada¹⁴. En efecto, se

¹⁴ A través del RDL 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la invasión de Ucrania, se ha

protege a los trabajadores, a través de la formación continua, en aras de la consecución del grado de empleabilidad que exija el sector dentro de nuestro mercado de trabajo. Se procura que el trabajador adquiera formación en consonancia con la realidad que demandan las empresas «incluyendo las vinculadas a la adquisición de competencias digitales, así como aquellas otras que le procuren acceder al reto permanente de la formación que exige la transformación digital», a las que, de forma expresa, se hace referencia en el alcance de la formación del contrato para la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios.

– Si al término del contrato la persona continuase en la empresa, no podrá concertarse un nuevo periodo de prueba, computándose la duración del contrato formativo a efectos de antigüedad en la empresa.

– Los contratos formativos celebrados en fraude de ley o aquellos respecto de los cuales la empresa incumpla sus obligaciones formativas se entenderán concertados como contratos indefinidos de carácter ordinario. Se observa la relevancia otorgada a la formación en este tipo de contratación ya que la presunción de indefinición del contrato no solo se producirá cuando haya fraude de ley, sino cuando la empresa incumpla sus obligaciones formativas¹⁵.

– Reglamentariamente se establecerán, previa consulta con las administraciones competentes en la formación objeto de realización mediante contratos formativos, los requisitos que deben cumplirse para su celebración, tales como el número de contratos por tamaño de centro de trabajo, las personas en formación por tutor o tutora, o las exigencias en relación con la estabilidad de la plantilla.

Esta regulación común para el contrato formativo en sus dos modalidades, recogida en el artículo 11.4 ET, constituye un avance respecto a la regula-

activado el mecanismo RED para el sector de las agencias de viaje (En concreto, la activación del mecanismo RED será respecto de las empresas del sector de viajes cuya actividad se clasifique en los códigos de las Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE-2009) 791, 7912, 7990 a fecha de 31 de marzo (RDL 6/2002). Esta herramienta resulta idónea para que las empresas del sector puedan afrontar los nuevos retos de automatización y transformación digital a los que ha de ajustarse el sector no sólo para permitir el retorno a la actividad completa de las personas trabajadoras, sino también para adaptar su empleabilidad. La adquisición de habilidades, competencias y cualificaciones profesionales (entre ellas, las digitales) se incluirán en el plan de recualificación con acciones de formación que posibiliten la recolocación de los trabajadores en otro puesto dentro de la misma empresa o en otras empresas, en SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., GARCÍA PIÑEIRO, N. P., CRISTÓBAL RONCERO, R.: «Automatización, transformación digital y brechas competenciales: propuestas en materia de formación» [Comunicación a la ponencia: Acceso al empleo, formación y contratación en el contexto de la digitalización], Congreso XXXII AEDTSS, MTES; 2022, *en prensa*.

¹⁵ MERCADER UGUINA, J. R., MORENO SOLANA, A.: La última reforma de los contratos formativos: un nuevo intento para potenciar su utilización y mejorar la formación de los jóvenes, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado* - Monográfico (2022), p. 80.

ción anterior. Asimismo, se introducen modificaciones relevantes en el régimen jurídico tanto del contrato de formación en alternancia como en el de obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios.

Destaca el refuerzo de la vertiente formativa en este tipo de contrato para la consecución de los objetivos pretendidos. En esta línea sobresaliente y reforzada por el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo¹⁶, nos interesa ahora analizar el contenido laboral que desempeña el trabajador en la empresa para determinar el alcance del tiempo de trabajo efectivo y el dedicado a las actividades y/o acciones formativas.

3. LA JORNADA EN EL CONTRATO FORMATIVO

Las actividades de formación pueden ser objeto de un contrato de trabajo, tal y como sucede con el contrato formativo. Como ya se ha señalado, este contrato tiene por objeto principal el aprendizaje de un oficio o la puesta en práctica de un de conocimientos previamente adquiridos, aunque también tiene como finalidad la inserción laboral de jóvenes en el mercado de trabajo. A través de esta configuración se trata de dar respuesta a las altas tasas de desempleo juvenil a través de la incorporación de los jóvenes al mercado de trabajo, asumiendo que nos enfrentamos a un sector de la población especialmente aquejado por la baja cualificación, lo que repercute directamente en su nivel de empleabilidad¹⁷.

Por ello, la regulación de este contrato ofrece unos objetivos concretos para cada uno los sujetos de la relación laboral, sin perjuicio de los requisitos y características propios de cada una de estas modalidades contractuales. Los trabajadores jóvenes reciben el impulso formativo que necesitan y requieren a través de la necesaria interconexión entre formación e incorporación al mercado de trabajo;

¹⁶ Convalidado por Resolución de 3 de febrero de 2022, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo. En efecto, el RDL 32/2021 se articula sobre cuatro objetivos: la reducción de la temporalidad, el mantenimiento y potenciación de la flexibilidad empresarial, la modernización de la negociación colectiva y la relevancia de la formación de los trabajadores. Pero todos convergen en la formación en competencias y habilidades digitales como mecanismo para facilitar la necesaria cualificación profesional de todas aquellas personas trabajadoras que se integren por primera vez en el mercado de trabajo o que precisen de recualificación para adaptarse a la exigencia del mercado del trabajo. Para ello, introduce cambios relevantes en el Estatuto de los Trabajadores, la Ley General de la Seguridad Social y la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social. De hecho, es la reforma laboral más importante desde el año 2012, tanto por las materias en las que incide como por los cambios que incorpora.

¹⁷ SAN MARTÍN MAZZUCONI, C.: «El contrato de trabajo con vinculación formativa», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2014, núm. 113, p. 184.

mientras que se articula un marco jurídico que establezca compromisos de conversión de contratos formativos en contratos indefinidos [art. 11. 6 ET]¹⁸.

Dado el valor que se atribuye a la formación como elemento estratégico para fomentar la inserción de los jóvenes, se plantea también la duda de si el nuevo espíritu que preside este contrato pretende también favorecer la productividad y la competitividad de las empresas. Lo cierto es que todas las modificaciones legislativas que ha protagonizado esta modalidad contractual se han empleado hacia una continua flexibilización de su regulación, cada vez más compleja, lo que no ha redundado ni en una mejora de las condiciones de trabajo de los jóvenes trabajadores¹⁹, ni tampoco ha incrementado su uso²⁰. En todo caso, los cambios introducidos por el RDL 31/2021 establecen una estructura más adecuada y fiel a la caracterización del actual modelo de contrato formativo en aras de garantizar la inserción efectiva y eficiente de los jóvenes en el mercado de trabajo. La duración del contrato será la prevista en el plan formativo²¹, incluso la posible prórroga, también se encuentra condicionada por la necesidad de completar la formación del trabajador. Se potencia, así, el objetivo de la formación y la posterior inserción laboral²².

Entrando en el análisis de las particularidades que afectan al régimen de condiciones de trabajo de este contrato, debemos destacar que el artículo 11 ET rediseña la estructura del contrato formativo para establecer cambios que modifiquen su régimen jurídico a efectos de impulsar su uso en nuestro mercado de trabajo. En efecto, se refuerza la causalidad, mediante la promoción de la actividad formativa en ambas modalidades del contrato formativo, dando un

¹⁸ Se pretende que estos contratos resultan más atractivos para los empleadores, y así se incorporen trabajadores, potenciando el acceso de los jóvenes con carencias formativas y/o experiencia profesional, de forma que las competencias y habilidades adquiridas les permitan su inserción en el mercado de trabajo.

¹⁹ De hecho, estas modalidades contractuales han sido utilizadas en fraude de ley en múltiples ocasiones, liquidando, en la práctica, su función formativa (STSJ Tenerife 10-11-21, Rec. 493/21), para obtener mano de obra barata (STSJ Madrid 16-12-21, Rec. 484/21).

²⁰ PÉREZ DEL PRADO, D.: «La reforma laboral 2021 y el nuevo contrato formativo: ¿La propuesta definitiva?», *Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 3, Núm. Extraordinario, *cit.*, p. 17. Coincido con el autor en que buena parte del éxito de esta nueva regulación dependerá de la regulación del nuevo Estatuto del Becario en tanto que las becas y prácticas no remuneradas son sustitutivos perfectos del contrato formativo, sobre todo de la modalidad dedicada a la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios.

²¹ Con un mínimo de tres meses y un máximo de dos años, y podrá desarrollarse al amparo de un solo contrato de forma no continuada, a lo largo de diversos periodos anuales coincidentes con los estudios, de estar previsto en el plan o programa formativo. En caso de que el contrato se hubiera concertado por una duración inferior a la máxima legal establecida y no se hubiera obtenido el título, certificado, acreditación o diploma asociado al contrato formativo, podrá prorrogarse mediante acuerdo de las partes, hasta la obtención del título, certificado, acreditación o diploma sin superar nunca la duración máxima de dos años [art. 11.2 g) ET].

²² MERCADER UGUINA, J. R., MORENO SOLANA, A.: La última reforma de los contratos formativos: un nuevo intento para potenciar su utilización y mejorar la formación de los jóvenes, *cit.*, p. 75.

especial protagonismo a la empresa en el diseño del plan formativo, especialmente en el contrato de alternancia, asegurando, al tiempo, que se cumpla la finalidad formativa mediante el sistema de la doble tutoría.

Nos interesa ahora deslindar el tiempo de trabajo en el contrato formativo, en el que el trabajador debe prestar un trabajo aprovechable para el empresario y recibir, en su caso, la formación correspondiente a los procesos formativos en el ámbito de la formación profesional, los estudios universitarios o del Catálogo de especialidades formativas del Sistema Nacional de Empleo, o adquirir la práctica profesional adecuada al correspondiente nivel de estudios que acredita el trabajador.

A) **La jornada en el contrato de formación en alternancia**

En efecto, el artículo 11.2 ET, al regular la jornada de trabajo en la modalidad de formación en alternancia, establece que el tiempo de trabajo debe ser compatible con el dedicado a las actividades formativas en el centro de formación. Dado el carácter peculiar del subtipo de formación en alternancia, que se manifiesta a través de su finalidad formativa, es lógico que tengan que analizarse las circunstancias sobre las que se sustenta tal relación laboral para determinar el tiempo de trabajo efectivo.

En el contrato de formación en alternancia tiene que existir una conexión directa entre la prestación de servicios a que está obligada el trabajador y el contenido de los conocimientos teóricos impartidos con el trabajo efectivo a realizar en un puesto adecuado, a su vez, a los contenidos teóricos recibidos. En este sentido, el empresario estará obligado a proporcionar al trabajador un trabajo efectivo que debe ser compatible con el dedicado a las actividades formativas en el centro de formación y no puede ser superior al 65% durante el primer año de contrato ni al 85% durante el segundo año de la jornada máxima prevista en el convenio colectivo que resulte de aplicación en la empresa o en su defecto de la jornada máxima legal. Este tiempo de formación se computa como de jornada, siendo parte del contenido del contrato el dedicado para la adquisición de las competencias profesionales requeridas, es decir, esta formación computa como tiempo de trabajo efectivo.

La formación teórica podrá ser impartida no solo por el centro de formación sino también por la empresa, lo que viene a confirmar el espíritu y el objeto de este contrato: permitir la alternancia de la actividad formativa y laboral. Por tanto, computará como actividad formativa tanto la recibida en el centro de formación como en la empresa. En este sentido, la formación recibida en la empresa formará parte de la jornada de trabajo dentro de los límites antes señalados. A estos efectos, el problema que se puede plantear se refiere a la de-

terminación del tiempo de trabajo cuando la realización de las actividades formativas se desarrolle fuera del centro de trabajo. Al respecto, sería conveniente tener en cuenta los tiempos necesarios para desplazamientos, comidas, etc.²³, y configurar en su caso, su contenido como tiempo de trabajo efectivo o plantearlo como extralaboral, y no retribuido en consecuencia²⁴.

Por tanto, la vinculación entre formación práctica y formación teórica forma un par inescindible²⁵. De esta forma, ha de haber una adecuación entre la actividad formativa y el contenido del contrato de formación en alternancia que, a su vez, deber ser coordinado y/o integrado en un programa de formación común elaborado en el marco de los acuerdos y convenios de cooperación suscritos por las autoridades laborales o educativas de formación profesional o Universidades con empresas y entidades colaboradoras.

La formación del contrato en alternancia está constituida tanto por la formación teórica como por la formación práctica. De hecho, se indica de forma expresa que tanto una como otra «son parte sustancial de este contrato (...) ya sea dispensada por el centro o entidad de formación (formación teórica) o la propia empresa y el centro (formación práctica) cuando así se establezca». Esta afirmación implica que dicha exigencia obliga tanto al empleador como al centro de formación a facilitar el cometido formativo. Se pretende que los trabajadores adquieran la competencia profesional adecuada al correspondiente nivel de estudios (art. 11.1 ET) emulando el sistema dual alemán, que se asienta sobre el contrato de trabajo de formación profesional (*Berufsbildungsvertrag*), regulado por la Ley de Formación Profesional (*Berufsbildungsgesetz, BBiG*)²⁶ y por los convenios colectivos del sector en el que se realiza la formación²⁷.

²³ ABRIL LARRAINZAR, P.: «Contrato formativo», en ABRIL LARRAINZAR, P., CANO GALÁN, Y., GARCÍA RODRÍGUEZ, B., MARTÍN JIMÉNEZ, R., SEMPERE NAVARRO, A.V.: *Reformas laborales y de Seguridad Social (RDL 32/2022, L 20/2021, L21/2021 y L 22/2022)*, cit., p. 117.

²⁴ MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, 41.ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2021, pp. 367-368 recoge la doctrina judicial posterior al ET y puntualiza que «no es tiempo de trabajo efectivo, a los efectos legales que nos ocupan, el dedicado por el trabajador a cambiarse de ropa, ni el invertido en transporte, ni el dedicado a trasladarse desde la recepción de la empresa al puesto de trabajo. Sí son tiempo de trabajo efectivo las guardias con presencia médica efectiva y el tiempo dedicado por los enfermeros a informar a los pacientes antes y después de su turno».

²⁵ MERCADER UGUINA, J. R., MORENO SOLANA, A.: *La última reforma de los contratos formativos: un intento para 2022*, cit., p. 69.

²⁶ *Berufsbildungsgesetz (BBiG) BBiG*, publicada 23.03.2005 citado en: «*Berufsbildungsgesetz* de 23 marzo 2005 (BGBl. I S. 931), modificada a través del artículo 149 de la Ley de 29 marzo 2017 (BGBl. I S. 626)».

²⁷ Norma que regula este tipo de contrato para las profesiones artesanales y/o manuales (*Handwerk-ordnung*), se encuentra en: <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/hwo/gesamt/pdf>. En relación con la regulación de los títulos profesionales (*Ausbildungsordnungen*) se han aprobado, en el ámbito federal, unas 370 profesiones reguladas. Estas normas fijan los contenidos, la organización y el desarrollo de la formación. Por último, la norma que regula la «formación de formadores» (*Ausbildereignungsverordnung*) http://www.bibb.de/dokumente/pdf/ausbilder_eignungsverordnung.pdf.

La experiencia alemana demuestra que la Formación Profesional Dual ofrece beneficios, muchos y diferentes, para todos los sujetos que intervienen en esta relación de trabajo. Así, la empresa se asegura trabajadores cualificados, facilita su incorporación en la estructura de la propia empresa, los costes de contratación son bajos y, además, las empresas ejercen una cierta influencia sobre el contenido y la organización de la formación atendiendo a las necesidades del mercado. Por su parte, los «jóvenes-aprendices» se incorporan con cierta facilidad al mercado, adquieren una adecuada formación bajo unos estándares uniformes de cualificación y reciben una bonificación, mientras que reciben una formación. En fin, el Estado ofrece a los jóvenes que terminan la educación básica obligatoria una formación reglada, contribuyen al desarrollo y fortalecimiento del sector privado, evitando presión sobre el presupuesto público, y son asimismo garantes del cumplimiento de los estándares competitivos de formación para todo el estado alemán.

En este modelo se inspira la modalidad de contrato de formación en alternancia, articulándose como una vía más de acercamiento entre «lo competencial y lo profesional». Se exige que el tiempo de trabajo sea compatible con el tiempo dedicado a las actividades formativas en el centro de formación. Así, la actividad contratada debe estar «directamente» relacionada con la actividad formativa que justifica la contratación temporal²⁸.

La adquisición de la competencia profesional correspondiente al nivel de estudios implica un régimen particular en el desarrollo del trabajo efectivo. Por lo pronto, el encuadramiento profesional del trabajador queda definido por las funciones o cometidos necesarios para adquirir dichas competencias profesionales. De este modo el contenido de la prestación de trabajo vendrá determinado por las obligaciones formativas prototípicas de esta modalidad que se circunscriben a las siguientes exigencias: elaboración de planes formativos individuales, la designación de un tutor y la impartición de la formación. Reglamentariamente se desarrollarán el sistema de impartición y las características de la formación, así como los aspectos relacionados con la financiación de la actividad formativa.

a) PLAN FORMATIVO INDIVIDUAL

El artículo 11. 2 e) ET contempla la obligación de que los centros de formación profesional, las entidades formativas acreditadas o inscritas y los centros

²⁸ ABRIL LARRAINZAR, P.: «Contrato formativo», en ABRIL LARRAINZAR, P., CANO GALÁN, Y., GARCÍA RODRÍGUEZ, B., MARTÍN JIMÉNEZ, R., SEMPERE NAVARRO, A. V.: *Reformas laborales y de Seguridad Social (RDL 32/2022, L 20/2021, L21/2021 y L 22/2022)*, cit., p. 117.

universitarios, en el marco de los acuerdos de y convenios de colaboración elaboren planes formativos individuales para cada trabajador contratado bajo esta modalidad, pero con la necesaria participación de la empresa. De esta forma, el empresario se convierte en sujeto activo del diseño de la planificación formativa de los trabajadores de formación en alternancia. También la negociación colectiva y, en concreto, los convenios colectivos aplicables a la empresa (estatales, autonómicos, o en su defecto, los convenios colectivos sectoriales de ámbito inferior) deben asumir un papel activo para la promoción del contrato de formación en alternancia fijando los puestos de trabajo a ocupar por las personas trabajadoras con este subtipo de contrato. Configurados los puestos de trabajo a ocupar bajo esta modalidad contractual será más sencillo delimitar el contenido de los planes formativos en general en un determinado sector o empresa, aún a sabiendas de que la norma exige que éste tenga carácter individual.

Pues bien, el plan formativo debe especificar el contenido de la formación, el calendario, las actividades y los requisitos de tutoría para el cumplimiento de los objetivos del trabajador. En efecto, el carácter individual que se atribuye al plan formativo exige que todos los sujetos que participen en su elaboración realicen un esfuerzo conjunto para lograr la adquisición de las competencias profesionales, prácticas y teóricas, que precisa el trabajador. Básicamente, el objetivo de este plan formativo ha de contribuir a la formación integral de las personas trabajadoras complementando su aprendizaje teórico y práctico, facilitar el conocimiento de la metodología de trabajo adecuada a la realidad profesional en la que estos trabajadores habrán de operar, contrastando y aplicando los conocimientos adquiridos, favorecer el desarrollo de competencias técnicas, metodológicas, personales y participativas y, en fin, a ser un instrumento adecuado para obtener una experiencia práctica que facilite la inserción en el mercado de trabajo y mejore su empleabilidad futura. De hecho, se prohíbe de forma expresa que se celebren contratos formativos en alternancia cuando la actividad o puesto de trabajo correspondiente al contrato haya sido desempeñada con anterioridad por la persona trabajadora en la misma empresa bajo cualquier modalidad por tiempo superior a seis meses [art. 11.2. j) ET]. Cuestión esta última que ya establecía la anterior regulación, pero con un límite de doce meses. Reducción significativa que trata, igualmente, de limitar el encadenamiento de contrataciones o relaciones de base formativa²⁹. De ahí, que la finalidad última de este contrato sea la necesaria adquisición de la formación del trabajador

²⁹ MERCADER UGUINA, J. R., MORENO SOLANA, A.: *La última reforma de los contratos formativos: un intento para potenciar su utilización y mejorar la formación de los jóvenes*, cit, p. 72.

para su desempeño, poniendo en valor, una vez más, el elemento formativo del contrato, la mejora de su formación; sin olvidar, su esencia última: inserción y permanencia en el mercado de trabajo.

b) EL TUTOR

En la idea de reforzar la causalidad y finalidad del contrato de formación en alternancia, el RDL 32/2021 incorpora la necesaria tutorización del trabajador³⁰.

La figura del tutor no ha recibido especial atención por nuestra doctrina, siendo tachada de artificiosa e inútil, sin embargo, su función de tutela consiste en orientar al trabajador sobre cómo realizar cada operación en el trabajo efectivo, y que alguien que conoce el oficio, el tutor, instruya sobre estos temas, desde la operación más simple a las más compleja, debe ser útil e instructivo³¹. El sujeto responsable de la formación es siempre el empresario, pero el obligado, encargado de proporcionarla directamente, será aquel trabajador cualificado que se determine como tutor. En efecto, el tutor personifica la dependencia técnica, que determina el marcado carácter *intuitus personae*³² del contrato de formación en alternancia, coincida o no con la persona del empresario, asume la formación del trabajador en nombre de la empresa, protagonizando el «clásico deber de formación y promoción profesional» del empresario³³.

Dada la especialidad en el desempeño y en el seguimiento del plan formativo, la norma establece que el trabajador en alternancia contará con dos tutores:

a') un «tutor externo», tutor o tutora designado por el centro o entidad de formación con los conocimientos necesarios y suficientes para tutelar el proceso formativo del trabajador.

El tutor externo deberá ser una persona vinculada y designada por el centro o entidad de formación, con experiencia profesional en el área en la que el trabajador desarrolle su formación en alternancia prácticas, y con los

³⁰ ABRIL LARRAINZAR, P.: «Contrato formativo», en ABRIL LARRAINZAR, P., CANO GALÁN, Y. , GARCÍA RODRÍGUEZ, B., MARTÍN JIMÉNEZ, R., SEMPERE NAVARRO, A. V.: *Reformas laborales y de Seguridad Social (RDL 32/2022, L 20/2021, L21/2021 y L 22/2022)*, cit., p. 117.

³¹ RABANAL CARBAJO, P.: *Los contratos formativos*, Ed. Dykinson, 2002, p. 93.

³² RABANAL CARBAJO, P.: *Los contratos formativos*, cit., p. 94.

³³ Como señala, MONTOYA MELGAR, A.: «El empresario tiene una serie de deberes respecto del trabajador, de contenido vario, y que por tradición se han venido englobando dentro de la rúbrica “deber de protección”». «Con independencia del envejecimiento de doctrinas y de palabras, algunas concretas obligaciones continúan gravitando sobre éste». En estas obligaciones, «está el clásico deber de formación y promoción profesional», en *Derecho del Trabajo*, Ed. Tecnos, 41.ª ed., Madrid, 2020, p. 427-428.

conocimientos y competencias necesarios para llevar a cabo una tutela efectiva de su formación, y, en su caso, con los requisitos específicos exigidos por los procesos formativos en el ámbito de la formación profesional, los estudios universitarios o el Catálogo de especialidades formativas del Sistema Nacional de Empleo.

Sus funciones serán, entre otras, las siguientes: i) establecer juntamente con el «tutor interno» de la empresa el plan formativo individual a realizar por el trabajador de formación en alternancia comunicándole las posibles incidencias y modificaciones que pudieran surgir, ii) Tutelar y supervisar las actividades del trabajador de formación en alternancia, orientándoles y formándoles según el perfil profesional de su proceso formativo, iii) Valorar las actividades desarrolladas por el trabajador de formación en alternancia mediante un informe, donde se mencione el grado de aprovechamiento y participación, su rendimiento y las competencias adquiridas.

b') un «tutor interno», tutor o tutora designada por la empresa, quien, además, contará con la formación o experiencia adecuadas para las tareas encomendadas.

El «tutor interno» deberá ser un trabajador de la empresa con la formación, cualificación y experiencia a la que se vincula el trabajador de formación en alternancia.

La función de este tutor de la empresa o «tutor interno» será, en principio, establecer un contacto personal y directo con el trabajador de formación en alternancia con el tutor/a de la entidad colaboradora, incluso esta función esta función podrá requerir la visita al centro o entidad de formación. También, orientará al trabajador durante todo el período de la formación en alternancia, de acuerdo con el plan formativo individual en el que se prefiere el contenido de la formación. En este sentido, es posible que se pueda contemplar la opción de entrevistas personalizadas con el tutor durante el desarrollo del contrato, que se podrán organizar, al menos, al inicio, durante, y al final de la formación en alternancia.

En definitiva, el tutor de la empresa realizará el seguimiento del plan formativo individual en la empresa, según lo previsto en el acuerdo de cooperación concertado con el centro de la entidad formativa, así como también desempeñará cuantas otras funciones resulten necesarias para el adecuado seguimiento y valoración de la formación en alternancia del trabajador.

Un adecuado desarrollo de las funciones de tutorización del tutor interno, tutor o tutora designada por la empresa, como del tutor externo, tutor o tutora designada por la entidad o centro de formación, junto con una satisfactoria y propicia colaboración entre ellos facilitará la consecución del objetivo de la

modalidad de formación en alternancia, logrando que el trabajador consiga la consecución de su proceso formativo en el ámbito de la formación profesional, los estudios universitarios o el catálogo de especialidades del sistema nacional de empleo, así como su inserción en el mercado de trabajo.

c) IMPARTICIÓN DE LA FORMACIÓN

Como ya se ha indicado, constituye parte sustancial del nuevo contrato de formación en alternancia tanto la formación teórica, dispensada por el centro de formación o la propia empresa, cuando así se establezca, como la correspondiente formación prácticas dispensada por la empresa y el centro.

Será el desarrollo reglamentario quien determine y especifique el sistema de impartición y las características de la formación, así como los aspectos relacionados con la financia de la actividad normativa.

Continuando con el análisis de las particularidades que afectan al tiempo de trabajo efectivo durante el desarrollo de la jornada del trabajador de formación en alternancia, hay que tener en cuenta que las personas contratadas con esta modalidad contractual no podrán realizar horas complementarias³⁴ ni horas extraordinarias, salvo en el supuesto previsto en el artículo 35.3 ET, esto es, las horas extraordinarias para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes. Tampoco podrán realizar trabajos nocturnos ni trabajo a turnos.

No obstante, ahora se establece una excepción que no era recogida en el precepto anterior, y es que, podrán realizarse actividades laborales en los periodos nocturnos o a turnos, cuando las actividades formativas para la adquisición de los aprendizajes previstos en el plan formativo no puedan desarrollarse en otros periodos, debido a la naturaleza de la actividad³⁵. Lejos de pensar en actividades formativas que sólo puedan desarrollarse durante el turno de noche, parece que, en aras de la finalidad formativa del contrato, el legislador favorece y/o facilita la posibilidad de que la obtención de la formación prácti-

³⁴ En efecto, se establece esta prohibición expresa de realizar horas complementarias porque el RDL 32/202 ha modificado el artículo 12 ET para permitir la realización del contrato formativo a tiempo parcial [art. 11.2 k) ET] La norma no lo dice de forma expresa. Sin embargo, el objeto del contrato de formación en alternancia no tiene por qué resultar dañado con la celebración de este contrato por una jornada inferior a la de un trabajador a tiempo completo comparable». En todo caso, cabe advertir que el tiempo de formación teórica tendrá que ajustarse a los porcentajes establecidos en el artículo 11.2 i) ET, sin que la reducción conlleve una reducción proporcional de la formación teórica.

³⁵ MERCADER UGUINA, J. R., MORENO SOLANA, A.: *La última reforma de los contratos formativos: un intento para potenciar su utilización y mejorar la formación de los jóvenes*, cit., p. 75.

ca pueda desarrollarse, de forma excepcional, durante dicho turno u horario cuando, las circunstancias o las características propias del proceso formativo así lo requirieran³⁶.

En fin, en el diseño del nuevo contrato formativo la negociación colectiva debe asumir un papel activo para la promoción del contrato de formación en alternancia para la especificación del sistema de impartición y las características de la formación vinculadas a los puestos de trabajo que se fijen y designen para ser ocupados por trabajadores de formación en alternancia³⁷.

B) La jornada en el contrato de trabajo para la obtención de la práctica profesional adecuada a su nivel de estudios

Esta modalidad del contrato formativo tiene por objeto el desempeño de una actividad laboral destinada a adquirir una práctica profesional adecuada a los correspondientes niveles de estudio (art. 11.1 ET).

En este sentido, el RDL 32/2021 amplía y detalla los títulos y certificados que posibilitan la celebración del contrato para la obtención de la práctica profesional, al permitir que este contrato se concierte «con quienes estuviesen en posesión de un título universitario o de un título de grado medio o superior, especialista, máster profesional o certificado del sistema de formación profesional, de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, así como con quienes posean un título equivalente de enseñanzas artísticas o deportivas del sistema educativo, que habiliten o capaciten para el ejercicio de la actividad laboral». Por tanto, se extiende el ámbito objetivo de esta modalidad a quienes posean un «máster profesional» y se irradia también a los títulos y enseñanzas artísticas o deportivas³⁸.

El contrato para la obtención de la práctica profesional adecuada a su nivel de estudios mantiene, aunque con matices la reglas, de regulaciones anteriores. Así, se concertará dentro de los tres años, o de los cinco años si se

³⁶ ABRIL LARRAINZAR, P.: «Contrato formativo», en ABRIL LARRAINZAR, P., CANO GALÁN, Y., GARCÍA RODRÍGUEZ, B., MARTÍN JIMÉNEZ, R., SEMPERE NAVARRO, A. V.: *Reformas laborales y de Seguridad Social (RDL 32/2022, L 20/2021, L21/2021 y L 22/2022)*, cit., p. 119.

³⁷ En este sentido, en sector del metal, eso sí antes de la reforma del RDL 32/2021, ha sido encomiable el esfuerzo realizado por los convenios colectivos de este sector para diseñar las especificaciones de los puestos de trabajo a ocupar en el antiguo contrato para la formación y el aprendizaje, en GIL PLANA, J./ CÁMARA BOTÍA, A. (Difs): *La negociación colectiva en el sector del metal*, MTES, 2021.

³⁸ ABRIL LARRAINZAR, P.: «Contrato formativo», en ABRIL LARRAINZAR, P., CANO GALÁN, Y., GARCÍA RODRÍGUEZ, B., MARTÍN JIMÉNEZ, R. S., NAVARRO, A. V.: *Reformas laborales y de Seguridad Social (RDL 32/2022, L 20/2021, L21/2021 y L 22/2022)*, cit., p. 120.

concierta con una persona con discapacidad, siguientes a la terminación de los correspondientes estudios [art. 11.3 b) ET]³⁹. Y, no podrá celebrarse este contrato con quien hubiera obtenido experiencia profesional o realizado actividad formativa en la misma actividad dentro de la empresa por un tiempo superior a tres meses⁴⁰.

Probablemente la principal novedad que introduce esta modalidad contractual viene también determinada por el refuerzo de la vertiente formativa. Ciertamente es que el trabajador que celebra este subtipo de contrato de trabaja ya cuenta con una formación acreditada y certificada, sin embargo, el RDL 32/2021 reformula su estructura para reforzar las acciones formativas asociadas a la práctica profesional perseguida.

Por tanto, la adecuación entre la práctica profesional y el nivel de estudios acreditados conforma también, en esta modalidad contractual, un par inescindible. La adquisición de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios determina un régimen particular en el modo y desarrollo del trabajo efectivo de estos trabajadores. El contenido de la prestación de trabajo implica el cumplimiento de las obligaciones de la práctica profesional vinculadas al nivel de estudios acreditado y prototípico de esta modalidad, que se circunscriben también a las exigencias de elaboración de un plan formativo individual, la designación de un tutor y la determinación del alcance de la formación.

El artículo 11. 3 f) ET impone la obligación de que la empresa elabore un plan formativo individual, en el que se especifique el contenido de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios. El objetivo del plan formativo consiste en la formación integral de las personas trabajadoras, adecuando su nivel de estudios a la práctica profesional que se aspira a conseguir, es decir, realizan la práctica profesional en función del nivel de estudios obtenidos.

Básicamente, el objetivo de este plan formativo consiste en contribuir a la adquisición y consecución integral de la práctica profesional necesaria para estas personas trabajadoras, ajustada a su nivel de estudios. Se trata de favorecer el desarrollo práctico de las competencias técnicas, metodológicas, personales y participativas adquiridas para favorecer su inserción en el mercado de trabajo y mejorar su empleabilidad futura. De hecho, se prohíbe de forma expresa que se celebren contratos formativos en alternancia cuando la actividad o puesto de trabajo correspondiente al contrato haya sido desempeñada con

³⁹ Por tanto, se reduce de 5 a 3 años, y de 7 a 5 años para las personas con discapacidad, el periodo en el que se puede llevar a cabo la contratación desde la obtención del título.

⁴⁰ A estos efectos, no computarán los periodos de formación o prácticas que formen parte del currículo exigido para la obtención de la titulación o certificado que habilita la contratación.

anterioridad por la persona trabajadora en la misma empresa bajo cualquier modalidad por tiempo superior a seis meses [art. 11.3. d) ET].

a) La exigencia del *plan formativo* era inexistente hasta la fecha, lo que refuerza la «vis formativa»⁴¹ de esta modalidad contractual. En ese sentido, la negociación colectiva y, en concreto, los convenios colectivos sectoriales (ámbito estatal o autonómico, o en su defecto, los convenios colectivos sectoriales de ámbito inferior) deben asumir, en este contexto, un papel activo para la promoción del contrato para la obtención de la práctica profesional, identificando los puestos de trabajo a ocupar por las personas trabajadoras con este subtipo de contrato «atendiendo a las características del sector y de las prácticas profesionales a realizar» [art. 11.3 c) ET].

b) La figura del *tutor* también se incorpora, de forma activa, en la asunción de responsabilidades del plan formativo individual, que configura la modalidad de contrato para la obtención de la práctica profesional adecuada a su nivel de estudio en aras de reforzar su causalidad y finalidad. Ahora bien, a diferencia de la modalidad de contrato de formación en alternancia, la tutorización del plan individual recae sobre un único tutor, el de la empresa, «tutor interno», que deberá contar con la formación o experiencia adecuada para el seguimiento y el correcto cumplimiento del objeto del contrato. Entre sus funciones se encuentran, además, la de orientar y supervisar al trabajador durante todo el período de obtención de la práctica profesional, de acuerdo con el plan formativo individual en el que se especifique el contenido de la práctica profesional.

En definitiva, el tutor de la empresa realizará el seguimiento del plan formativo individual en la empresa, según lo previsto en el acuerdo que contiene la práctica profesional establecida en dicho plan, así como también desempeñará cuantas otras funciones resulten necesarias para el adecuado seguimiento y valoración de la obtención de la práctica profesional adecuada a su nivel de estudios que requiere esta modalidad contractual.

c) Por lo que se refiera al *alcance de la formación*, se remite a un futuro desarrollo reglamentario, en el que se ha de especificar los rasgos principales y característicos de los puntos indispensables de los aspectos formativos apropiados al contrato para la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios. Particularmente, se prevé la exigencia de que la formación vinculada a esta modalidad contractual se extienda a los contenidos referidos

⁴¹ ABRIL LARRAINZAR, P.: «Contrato formativo», en ABRIL LARRAINZAR, P., CANO GALÁN, Y., GARCÍA RODRÍGUEZ, B., MARTÍN JIMÉNEZ, R., SEMPERE NAVARRO, A. V.: *Reformas laborales y de Seguridad Social (RDL 32/2022, L 20/2021, L21/2021 y L 22/2022)*, cit., p. 121.

a las acciones dirigidas a la digitalización⁴², la innovación o sostenibilidad, incluyendo la posibilidad de microacreditaciones de los sistemas de formación profesional o universitaria⁴³.

Así, se resaltan, en este contexto, los aspectos sustanciales de la formación de este contrato, relacionándolo, sobre todo, con el vertiginoso proceso de automatización, digitalización y robotización de la economía que está impactando sobre nuestro mercado de trabajo, planteando un sinnúmero de retos en el ámbito de la formación, cualificación y reconversión profesional de los trabajadores. La línea de actuación del desarrollo reglamentario que determine el alcance de la formación correspondiente al contrato de formación para la obtención de la práctica profesional ha de transitar por este escenario, tratando de identificar las tareas, concretas, ya sean repetitiva, físicas o de procesamiento de datos⁴⁴, que favorecerán el grado de empleabilidad que exija el sector dentro de nuestro mercado de trabajo⁴⁵.

Por lo demás, el precepto estatutario no establece, en esta ocasión, ningún requisito o limitación en el desarrollo de la jornada de trabajo del trabajador que ha de obtener la práctica profesional adecuada a su nivel de estudios. Por tanto, y salvo las exigencias de refuerzo de las obligaciones formativas vinculadas a la práctica y las limitaciones referidas al establecimiento de las horas extraordinarias, el artículo 11.3 ET se remite, con carácter general al régimen jurídico de la jornada de trabajo *ex* artículos 34 y ss. ET, a su normativa de desarrollo, y a la convencional que sea de aplicación.

En tal sentido, se vincula el tiempo de trabajo efectivo a la retribución del trabajador fijado en el convenio colectivo aplicable en la empresa para estos contratos o, en su defecto, a la establecida para el grupo profesional, en el que se encuadren sus tareas con el nivel retributivo correspondiente a las funciones desempeñadas.

⁴² SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., GARCÍA PIÑEIRO, N. P., CRISTÓBAL RONCERO, R.: «Automatización, transformación digital y brechas competenciales: propuestas en materia de formación» [Comunicación a la ponencia: Acceso al empleo, formación y contratación en el contexto de la digitalización], Congreso XXXII AEDTSS, MTES; 2022, en prensa.

⁴³ ROJO TORRECILLA, E.: «Estudio de la Reforma Laboral de 2021. Los renovados contratos formativos», en: http://www.eduardorjotorrecilla.es/2022/01/estudio-de-la-reforma-laboral-de-2021_13.html

⁴⁴ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., GARCÍA PIÑEIRO, N. P., CRISTÓBAL RONCERO, R.: «Automatización, transformación digital y brechas competenciales: propuestas en materia de formación» [Comunicación a la ponencia: Acceso al empleo, formación y contratación en el contexto de la digitalización], Congreso AEDTSS, MTES; 2022, en prensa.

⁴⁵ Entre ellas se incluyen la identificación de las necesidades formativas reales del trabajador y las de su empresa «incluyendo las vinculadas a la adquisición de competencias digitales, así como aquellas otras que le procuren acceder al reto permanente de la formación que exige la transformación digital». En esta misma línea: Real Decreto 1069/2021, de 4 de diciembre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024 (BOE 07-12-2021).

Con estos parámetros se configura la cuantía del salario que corresponde al trabajador contratado con contrato de formación para la obtención de la práctica profesional, garantizando el nivel retributivo equivalente a los estudios obtenidos. Pero hay que destacar que, a renglón seguido, la norma prevé que, en ningún caso, la retribución podrá ser inferior a la retribución mínima establecida para el contrato para la formación en alternancia; y no solo eso, sino que la retribución no podrá ser inferior al salario mínimo interprofesional en proporción al tiempo de trabajo efectivo. Recuérdese que la retribución, será:

- La establecida para estos contratos en el convenio colectivo de aplicación.
- En defecto de previsión convencional específica del salario del contrato formativo, la retribución no podrá ser inferior al sesenta por ciento (70%) el primer año ni al setenta y cinco por ciento (75%) el segundo, respecto de la fijada en convenio para el grupo profesional y nivel retributivo correspondiente a las funciones desempeñadas, en proporción al tiempo de trabajo efectivo [art. 11.2 m) ET].

Ahora bien, esta regla retributiva debe ponerse en consonancia con la establecida en el artículo 11. 3 i) ET, específica del contrato para la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios, que establece que la remuneración será «la fijada en el convenio colectivo aplicable en la empresa para estos contratos o en su defecto la del grupo profesional y nivel retributivo correspondiente a las funciones desempeñadas», es decir, sin aplicar reducción alguna⁴⁶.

- En ningún caso la retribución podrá ser inferior al salario mínimo interprofesional o a la remuneración del contrato de trabajo para la formación en alternancia en proporción al tiempo de trabajo efectivo.

Como el contrato para la obtención de la práctica profesional no requiere la alternancia con una acción formativa –a no ser que el legislador, en el futuro desarrollo reglamentario, esté pensando en alguna adicional para obtener la práctica laboral al margen de la actividad laboral *stricto sensu*⁴⁷, por ejemplo, las denominadas «microacreditaciones»– la jornada de trabajo del trabajador se regirá por las reglas generales de esta institución jurídica.

⁴⁶ MERCADER UGUINA, J. R., MORENO SOLANA, A.: *La última reforma de los contratos formativos: un intento para potenciar su utilización y mejorar la formación de los jóvenes*, cit., p. 77-78.

⁴⁷ ABRIL LARRAINZAR, P.: «Contrato formativo», en ABRIL LARRAINZAR, P., CANO GALÁN, Y., GARCÍA RODRÍGUEZ, B., MARTÍN JIMÉNEZ, R., SEMPERE NAVARRO, A. V.: *Reformas laborales y de Seguridad Social (RDL 32/2022, L 20/2021, L21/2021 y L 22/2022)*, cit., p. 122.

En tal sentido, la idea básica de la regulación legal de la jornada es establecer una duración máxima del tiempo de trabajo (art. 34 ET). La determinación de este tiempo máximo de trabajo presupone la fijación de un momento inicial y de un momento final para el cómputo de éste⁴⁸. De esta forma, solo el tramo temporal que alcance la consideración de tiempo de trabajo efectivo computará dentro de los límites máximos de la jornada (art. 34 ET)⁴⁹. Así, se entiende que el tiempo de trabajo efectivo del trabajador con contrato para la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios será aquel durante el cual el trabajador: permanezca en el trabajo, es decir, en el lugar de trabajo, se encuentre a disposición del empresario y esté en ejercicio de su actividad, tareas o funciones. Una regla similar para determinar el momento exacto que se debe tener en cuenta como inicio y final del tiempo que el trabajador dedica a su prestación, la encontramos en el artículo 34.5 ET. En efecto, este precepto dispone que «el tiempo de trabajo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo». De esta forma, y por lo general, se entiende que las actividades relacionadas «ex ante» o «ex post» con la prestación laboral, pero independientes de ellas, quedan excluidas del cómputo de la jornada. Por ejemplo, cabe citar los desplazamientos desde o hasta el lugar de trabajo, el tiempo invertido para el cambio de ropa o el tiempo para el aseo personal⁵⁰.

En fin, esta modalidad contractual puede pactarse a tiempo completo y a tiempo parcial, en cuyo caso habrá de ajustarse a las normas específicas sobre contrato a tiempo parcial. En efecto, el RDL 32/2021 incorpora la posibilidad de que este contrato de concierte a tiempo parcial. El objeto del contrato para la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios no tiene porqué resultar menoscabado con la celebración de este contrato con una jornada inferior a la de un trabajador a tiempo completo comparable. Únicamente, habrá que advertir que el tiempo de formación asociado a la práctica se

⁴⁸ MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ SAÑUDO, F., GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, 28.^a ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2019, p. 613.

⁴⁹ Por su parte, el artículo 2 de la Directiva 2003/88, al perfilar la noción de tiempo de trabajo, precisa también de la determinación del tiempo de descanso. En este sentido, se define el tiempo de trabajo como «todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales».

⁵⁰ Con todo, esta regla de cómputo presupone la existencia de un centro de trabajo fijo y de una jornada desarrollada en su integridad en el mismo centro, presupuestos que no concurren en determinados empleos, como el teletrabajo, el trabajo a distancia, el trabajo externo, el trabajo por tarea. Incluso también la negociación colectiva introduce en este aspecto regulaciones más favorables para los trabajadores, en MONTROYA MELGAR, A. (Dir.)/VVAA: *La negociación colectiva en el sector sanitario*, 2.º ed., en http://www.mitramiss.gob.es/es/sec_trabajo/ccncc/descargas/NegociacionColectiva_SectorSanitario_2008.pdf

formalice por escrito, mencionado el número de horas ordinarias y su distribución según lo previsto en el plan formativo o, en su caso, en el convenio colectivo que sea de aplicación.

Se prohíbe la realización de horas extraordinarias, salvo en el supuesto previsto en el artículo 35.3 ET, esto es, las horas extraordinarias para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes. Nada dice la norma sobre la prohibición de realizar trabajos nocturnos o trabajo a turnos, por lo que se deduce que el legislador contempla la posibilidad de realizar estos trabajos cualquier que sea la naturaleza de la práctica profesional, siempre que se adecúe al nivel de estudios. En definitiva, el régimen jurídico de la jornada ordinaria de trabajo será de aplicación para los trabajadores con contrato para la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios.

Como regla general, la duración de este contrato no podrá ser inferior a seis meses y exceder de un año. Dentro de estos límites los convenios colectivos «de ámbito sectorial» y de cualquier ámbito territorial pueden determinar la duración del contrato atendiendo a las características del sector y de las prácticas profesionales a realizar. En este sentido, la negociación colectiva también debe asumir un papel activo para la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios en alternancia fijando los puestos de trabajo a ocupar por las personas trabajadoras con este subtipo de contrato.

En todo caso, a la finalización del contrato la persona trabajadora tendrá derecho a la certificación del contenido de la práctica realizada [art. 11. 3 g) ET].

4. CONCLUSIONES

El empleo juvenil constituye una de las principales fuentes de atención e interés del legislador español.

Ya lo reflejaba el Preámbulo de la Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, al señalar que «la destrucción de empleo ha sido más intensa en ciertos colectivos, especialmente en los jóvenes», y que «la incertidumbre a la hora de entrar en el mercado de trabajo, los reducidos sueldos iniciales y la situación económica general están provocando que muchos jóvenes abandonen el mercado español y busquen oportunidades en el extranjero».

La situación de crisis sanitaria, provocada como consecuencia de la COVID-19, y las medidas de extraordinaria y urgente necesidad que se adoptaron en el contexto de pandemia, resituó las prioridades del legislador, acelerando el debate sobre la formación en el proceso de digitalización para la

mejora de la empleabilidad y, por ende, la ineludible determinación del papel de la formación, cualificación y reconversión profesional de los trabajadores, sobre todo, de los jóvenes trabajadores.

Y, esta preocupación la refleja ahora también el Real Decreto ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, que continúa la senda, ya iniciada por reformas anteriores, y otorga a la formación y recualificación la relevancia que ostenta como factor de empleabilidad. En efecto, la Reforma 2021 se articula sobre cuatro objetivos, pero todos convergen en la formación en competencias y habilidades formativas –en especial, las digitales– como mecanismo para facilitar la necesaria cualificación profesional de las personas trabajadoras que se integren por primera vez en el mercado de trabajo o que precisen de recualificación para adaptarse a la exigencia del mercado del trabajo.

De ahí que el nuevo contrato formativo se haya construido, necesariamente, sobre la base de la formación, como elemento esencial y primordial de este contrato. Este elemento se exige, tanto en su vertiente teórica y como práctica, en el contrato de trabajo de formación en alternancia y en el contrato para la obtención de una práctica profesional adecuada al nivel de estudios. Asistimos, con satisfacción, a un refuerzo cualificado de las acciones formativas vinculadas a las dos modalidades del contrato formativo. De hecho, el incumplimiento de esta obligación implica que el contrato se entenderá concertado como contrato indefinido de carácter ordinario, es decir, la ausencia de formación genera un efecto sancionador.

Ahora bien, a pesar de los cambios introducidos en la regulación del contrato formativo y de sus constantes ajustes a las nuevas realidades del mercado, para valorar su efectividad virtualidad, habrá que esperar a la redacción del futuro Estatuto del Becario. En efecto, las «becas» constituyen también un instrumento jurídico-laboral de acceso de los jóvenes al empleo. En este contexto, habría que diseñar los rasgos que caracterizan al futuro «becario» y diferenciar esta figura, por ejemplo, de las prácticas externas que se desarrollan en el marco del Plan de Estudios de un Titulación de Grado o Máster, en tanto en cuanto éstas se vehiculizarán ahora a través del contrato de formación en alternancia.

Es por ello de suma importancia trazar las líneas de configuración entre el contrato formativo, de naturaleza claramente laboral y el Estatuto Jurídico del Becario, y, sobre todo, evitar que la formación dual transite por vías no estrictamente laborales. Si no, todos los esfuerzos realizados por los interlocutores sociales y por el propio legislador habrán sido en vano. Y, habremos

presenciado, una nueva e infructuosa modificación normativa de esta modalidad contractual que tantas perspectivas presenta como factor de inserción y motor de empleabilidad.

En definitiva, el vínculo «formación y empleo» es imprescindible para mejorar la empleabilidad de los jóvenes y facilitar su incorporación al mercado de trabajo a través de modalidades contractuales vinculadas a iniciativas formativas (contrato formativo en sus dos modalidades, sistema nacional de garantía juvenil) a la espera de regulación del Estatuto del Becario.

Cuando llegue ese momento podremos valorar con claridad el enorme potencial que presenta el nuevo modelo de contrato formativo, mientras tanto habrá que esperar y confiar en que la negociación colectiva asuma el papel activo que le ha sido otorgado, en esta materia, en el marco del RDL 32/2021 en aras de la mejora de la acción formativa de los jóvenes y la mejora de su empleabilidad.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ABRIL LARRAINZAR, P., CANO GALÁN, Y., GARCÍA RODRÍGUEZ, B., MARTÍN JIMÉNEZ, R., SEMPERE NAVARRO, A. V.: *Reformas laborales y de Seguridad Social (RDL 32/2022, L 20/2021, L21/2021 y L 22/2022)*, Claves Prácticas, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2022.
- MARTÍN VALVERDE, A., GARCÍA MURCIA, J. (Dir. y Coord.): *Tratado práctico de Derecho del Trabajo*, Vol. II, Aranzadi, 2008.
- MERCADER UGUINA, J. R., MORENO SOLANA, A.: «La última reforma de los contratos formativos: un nuevo intento para potenciar su utilización y mejorar la formación de los jóvenes», *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado* - Monográfico (2022).
- GIL PLANA, J., CÁMARA BOTÍA, A. (Dir.): *La negociación colectiva en el sector del metal*, MTES, 2021.
- GOERLICH PESET, J. M., MERCADER UGUINA, J. R., DE LA PUEBLA PINILLA, A. «Editorial. La reforma laboral de 2021», *Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 3- Núm. Extraordinario, 2022.
- MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ SAÑUDO, F., GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, 28.ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2019,
- MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, 41.ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2021.
- MONTOYA MELGAR, A., GARCÍA MURCIA, J. (Dir.): *Comentario a la Reforma Laboral de 2012*, Ed. Civitas, Madrid, 2012, p. 15.
- MONTOYA MELGAR, A. (Dir.), *La negociación colectiva en el sector sanitario*, 2.º ed., en http://www.mitramiss.gob.es/es/sec_trabajo/ccncc/descargas/Negociacion-Colectiva_SectorSanitario_2008.pdf

■ LA REORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO

- MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J. M., SEMPERE NAVARRO, A. V., RÍOS SALMERÓN, B.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 7.^a ed., Ed. Aranzadi, Pamplona, 2007.
- PÉREZ DEL PRADO, D.: «La reforma laboral 2021 y el nuevo contrato formativo: ¿La propuesta definitiva?», *Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 3, Núm. Extraordinario.
- RABANAL CARBAJO, P.: *Los contratos formativos*, Ed. Dykinson, 2002,
- ROJO TORRECILLA, E.: «Estudio de la Reforma Laboral de 2021. Los renovados contratos formativos», en: http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/01/estudio-de-la-reforma-laboral-de-2021_13.html
- SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: «El contrato de trabajo con vinculación formativa», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2014, núm. 113.
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., GARCÍA PIÑEIRO, N. P., CRISTÓBAL RONCERO, R.: «Automatización, transformación digital y brechas competenciales: propuestas en materia de formación» [Comunicación a la ponencia: Acceso al empleo, formación y contratación en el contexto de la digitalización], Congreso XXXII AEDTSS, MTES; 2022, *en prensa*.

CAPÍTULO XXIV

LA REGULACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO EN LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DEL SERVICIO DEL HOGAR FAMILIAR *

PABLO BENLLOCH SANZ
Universidad Rey Juan Carlos

1. PRENOTANDO

Que el trabajo doméstico es un trabajo precario con riesgo de derivar en situaciones de explotación es afirmación nada novedosa que se justifica por su consideración social, siendo un contenido comprensivo de una multiplicidad de tareas, socialmente asignadas al sexo femenino, y caracterizadas por su baja retribución, por su marcado carácter personal y por una urgencia que no siempre resulta previsible¹.

En la misma línea se ha afirmado que el trabajo doméstico se adscribe a los trabajos que, abandonados por los trabajadores nacionales, pasan a ser cubiertos por extranjeros ya que cumplen con la regla de las 5-P: «pesados, peligrosos, precarios, poco remunerados, y penalizados socialmente»².

* El presente estudio se enmarca en el Proyecto de Investigación V829 titulado «Nuevas dimensiones del tiempo de trabajo» financiado por la Agencia Estatal de Investigación.

¹ LOUSADA AROCHENA, J. F.: «Normativa internacional contra la explotación humana y laboral en el trabajo doméstico: la ONU y la OIT», *Lan Harremanak*, núm. 39, 2018, p. 154.

² CAMAS RODA, F.: «Obstáculos de la legislación laboral y del régimen jurídico de extranjería en la consecución de un trabajo decente para las trabajadoras migrantes del servicio doméstico», *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 11(1), 2021, p. 451.

No hay que olvidar, además, que «inmersos como estamos en el siglo XXI, se sigue considerando que tanto lo doméstico como los cuidados son cosa de mujeres y un asunto que debe resolverse dentro de la familia, siendo difícil encontrar países en los que haya más instituciones, aparte de las familiares, implicadas en su prestación. Y ello porque la desigualdad de género en la división del trabajo doméstico y de cuidados es un déficit generalizado, con independencia de la región del mundo, del nivel de ingresos o de las características culturales de que se trate»³.

Debe tenerse presente, por otro lado, que es una vía de acceso a la regularización por las personas extranjeras que se encuentran en situación administrativa irregular en nuestro país⁴.

Sentado lo anterior, y por lo que se refiere al tiempo de trabajo en el trabajo doméstico, la urgencia de la actividad a la que anteriormente se hacía referencia como una de las causas que explica la precariedad de esta relación laboral puede afectar también al tiempo de trabajo —en particular cuando se trata de trabajo en régimen de internado: que se manifiesta, ente otras, en la prolongación de jornada, horarios fragmentados, prestación de servicios en tiempos inconvenientes, pérdida de autonomía y control sobre todas estas cuestiones y, con relativa frecuencia, un insuficiente periodo de descanso continuado—⁵. De ahí que la propia OIT haya declarado que «mejorar el tiempo de trabajo de los trabajadores domésticos es pues un componente esencial del logro del trabajo decente en favor de los trabajadores domésticos, pero probablemente también una de las políticas más difíciles de reglamentar, aplicar en la práctica y hacer cumplir en ese sector. Incluso en los países que cuentan con una reglamentación del tiempo de trabajo, la inadecuación de las estrategias de observancia, la privacidad del hogar, la escasa conciencia de los trabajadores domésticos y sus empleadores de que el trabajo doméstico es realmente un trabajo, y la falta de reconocimiento de las presiones emocionales y físicas que conlleva esta ocupación, constituyen otras tantas barreras para formalizar y mejorar las condiciones de trabajo, así como para garantizar los derechos de los trabajadores domésticos»⁶.

³ GRAU PINEDA, C.: «De sirvientas a trabajadoras: la necesaria ratificación del Convenio 189 OIT sobre trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos», *Lex Social, Revista De Derechos Sociales* vol. 9, núm. 2, p. 52.

⁴ En extenso sobre el tema, véase, LEBRUSÁN MURILLO, I.; CÁCERES ARÉVALO, P. y BREY, E. «El servicio doméstico como vía de acceso a la regularización administrativa en España». *Anuario CIDOB de la Inmigración* 2019 (noviembre de 2019), pp. 246-272.

⁵ LOUSADA AROCHENA, J. F.: «Normativa internacional contra la explotación humana y laboral en el trabajo doméstico: la ONU y la OIT», p. 155.

⁶ OIT «El tiempo de trabajo de los trabajadores domésticos residentes», *Trabajo doméstico. Nota de Información*, núm. 7.

En otro orden de cosas y por lo que se refiere al panorama español, habría que destacar en este momento dos cuestiones que sin duda tendrán especial incidencia respecto a la regulación del tiempo de trabajo en esta relación laboral especial y, lo que es más importante, en su eventual modificación.

Por un lado, se encuentra el reciente anuncio⁷ por parte del Ministerio de Trabajo y Economía Social el 5 de abril del presente año de la remisión al Congreso de los Diputados de la documentación necesaria para iniciar los trámites para la ratificación del Convenio 189 de la OIT. De llevarse a efecto, se acabará con el «misterio de la no ratificación de dicho Convenio»⁸, largamente esperada y reclamada como se señalado de manera unánime por toda la doctrina.

Por otro, y aunque no directamente relacionada con la regulación del tiempo de trabajo de esta relación laboral especial, ha de crear igualmente un clima favorable a la necesaria modificación de su regulación la reciente la STJUE de 24 de febrero de 2022 (asunto c-389/20) y el derecho de las empleadas del hogar a la protección por desempleo. Con acierto se ha señalado que «Causa cierta vergüenza que a estas alturas el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tenga que censurar al legislador español por una discriminación indirecta de las mujeres trabajadoras tan flagrante como la exclusión de la protección por desempleo en el Sistema Especial de Seguridad Social del servicio en el hogar familiar»⁹.

2. LA REGULACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO EN LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DEL SERVICIO DEL HOGAR FAMILIAR

De manera muy gráfica, se ha puesto de manifiesto que el «verdadero caballo de batalla»¹⁰ de esta relación laboral especial es la regulación del tiempo de trabajo. Tanto en la vieja¹¹ como en la ahora vigente regulación se ha

⁷ Véase, <https://prensa.mites.gob.es/WebPrensa/noticias/laboral/detalle/4088eáse>

⁸ GRAU PINEDA, C.: «De sirvientas a trabajadoras: la necesaria ratificación del Convenio 189 OIT sobre trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos», *Lex Social*, vol. 9, núm. 2 (2019).

⁹ GONZÁLEZ DEL REY RODRIGUEZ, I.: «La STJUE de 24 de febrero de 2022 (asunto c-389/20) y el derecho de las empleadas del hogar a la protección por desempleo», disponible en <https://www.aedtss.com/la-stjue-de-24-de-febrero-de-2022-asunto-c-389-20-y-el-derecho-de-las-empleadas-del-hogar-a-la-proteccion-por-desempleo/>.

¹⁰ MIÑANBRES PUIG, C.: «El nuevo régimen jurídico de los empleados del hogar familiar». *Revista española de Derecho del Trabajo* núm. 157/2013, p. 14. Así ha ocurrido, pues en los días en que se cierra la presente publicación se ha anunciado por el gobierno que se reconocerá a las empleadas y empleados del hogar el derecho a la prestación por desempleo

¹¹ Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar.

procurado establecer una regulación equilibrada del horario, jornada y descansos, aunque sin gran acierto debido principalmente a la complejidad de situaciones que puede presentar en el tiempo la prestación de servicios domésticos.

Al margen de ello, es cierto como se ha dicho que esa normación resulta muy simple si la jornada se realiza por horas al día o a la semana; es mucho más compleja cuando la realización de los servicios lleva consigo tiempos de presencia en el hogar familiar, como consecuencia o no de la pernoctación del empleado en el mismo¹². Ello se acompasa con los desafíos que la propia OIT ha señalado que tiene la regulación de la actividad laboral en el trabajo doméstico¹³.

Se como fuere, la regulación actual se encuentra en el artículo 9 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar (en adelante RD 1620/2011) y, supletoriamente o por vía de remisión, en los preceptos correspondientes del ET y la legislación laboral de carácter general, siempre que resulte compatible con las peculiaridades derivadas de su carácter especial. Previsión esta última que genera cierta inseguridad jurídica, que solo el recurso a los tribunales podrá subsanar¹⁴.

Además, debe tenerse en cuenta en artículo 10 del Convenio 189 de la OIT¹⁵ y la Recomendación 201.

¹² MIÑANBRES PUIG, C.: «El nuevo régimen jurídico de los empleados del hogar familiar», *cit.*, p. 14.

¹³ OIT «El tiempo de trabajo de los trabajadores domésticos residentes», se indican los siguientes: Horarios de trabajo largos e indefinidos; insuficiente descanso diario, semanal y anual; períodos largos e impredecibles de servicio «de guardia» o «en espera», y dificultades para determinar cómo medir esos períodos; largas tandas de trabajo/turnos discontinuos (que hacen que el trabajador doméstico realice su trabajo en períodos fragmentados); incertidumbre acerca del total de horas trabajadas, lo que guarda relación con los bajos salarios del sector; ausencia de influencia sobre la organización del tiempo de trabajo; desconocimiento de los derechos relativos al tiempo de trabajo y los acuerdos contractuales; falta de aptitudes para negociar las condiciones de trabajo; inadecuación de la documentación y la verificación de las horas realmente trabajadas; falta de acceso a mecanismos de participación democrática para resolver y controlar los problemas que se plantean en el lugar de trabajo, así como para entablar las consultas previstas por la ley en materia de tiempo de trabajo en el lugar de trabajo, tanto a nivel sectorial como nacional y problemas para dar aplicación a las medidas legales.

¹⁴ ROMERAL HERNANDEZ, J.: «El impacto del Convenio 189 de la OIT en las condiciones de trabajo de los empleados de hogar», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 7/2013, p. 6.

¹⁵ El precepto señala literalmente lo siguiente:

«Artículo 10

1. Todo Miembro deberá adoptar medidas con miras a asegurar la igualdad de trato entre los trabajadores domésticos y los trabajadores en general en relación a las horas normales de trabajo, la compensación de las horas extraordinarias, los períodos de descanso diarios y semanales y las vacaciones anuales pagadas, en conformidad con la legislación nacional o con convenios colectivos, teniendo en cuenta las características especiales del trabajo doméstico.

2. El período de descanso semanal deberá ser al menos de 24 horas consecutivas.

3. Los períodos durante los cuales los trabajadores domésticos no disponen libremente de su tiempo y permanecen a disposición del hogar para responder a posibles requerimientos de sus servicios debe-

Según reza la Exposición de Motivos del RD 1620/2011, en materia de tiempo de trabajo, también se incorporan importantes novedades en relación con la regulación anterior, lo que, siendo cierto, no impide reconocer que no han llegado a asumir las críticas que en determinados aspectos había recibido la legislación anterior y, a avanzar, en el marco que ha proporcionado desde su aprobación el Convenio 189 de la OIT, en particular si la comparativa se realiza con la Recomendación 201 o cuando se tienen cuenta las exigencias de política proactiva del Convenio y la Recomendación¹⁶.

En su exposición se distinguirán los siguientes aspectos:

A) Jornada máxima semanal

Del contenido del artículo 9.1 RD 1620/2011 pueden establecerse las siguientes consideraciones:

a) Que la jornada máxima semanal de carácter ordinario será de cuarenta horas de trabajo efectivo. En principio puede afirmarse, por tanto, que se considera en la relación laboral especial una duración máxima igual a la vigente para el resto de los trabajadores asalariados y referida también al tiempo de trabajo efectivo.

b) Sin embargo, no se establece previsión alguna respecto a su cómputo anual, lo que ha sido interpretado en el sentido de que no sea aplicable a esta relación laboral especial¹⁷, a no ser que sea dentro de la misma semana por aplicación supletoria¹⁸. De ahí, que las posibilidades de distribución irregular son muy limitadas¹⁹ por mucho que así lo permita el artículo 34.1 ET. Además, tampoco parece posible la aplicación de lo que establece el artículo 34.2 ET respecto a la distribución irregular de la jornada del año en un 10%²⁰.

rán considerarse como horas de trabajo, en la medida en que se determine en la legislación nacional o en convenios colectivos o con arreglo a cualquier otro mecanismo acorde con la práctica nacional.»

¹⁶ LOUSADA AROCHENA, J. F.: «Normativa internacional contra la explotación humana y laboral en el trabajo doméstico: la ONU y la OIT», p. 184.

¹⁷ Apoyan esta interpretación, entre otros, ROMERO MIRET, P.: *La relación laboral especial y régimen de protección social del servicio del hogar*, Tesis Doctoral, Facultad de Derecho, Universidad de Valencia, 2016, p. 229. Disponible <https://roderic.uv.es/handle/10550/55920> y MIÑARRO YANINI, M.: «La nueva regulación de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar: una mejora mejorable» (y II), *Relaciones Laborales*, núm. 5, p. 47.

¹⁸ MIÑANBRES PUIG, C.: «El nuevo régimen jurídico de los empleados del hogar familiar», *cit.*, p. 14.

¹⁹ MARTIN RODRIGUEZ, O.: «Tiempo de trabajo y ausencia de registro de jornada del personal al servicio del hogar familiar», en AA.VV.: *Reflexiones sobre el empleo doméstico. De dónde venimos, dónde nos encontramos, hacia dónde nos dirigimos*. Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2020, p. 161.

²⁰ ROMERO MIRET, P.: *La relación laboral especial y régimen de protección social del servicio del hogar*, *cit.*, p. G 230.

c) Al margen de ello, el RD 1620/2011 hace desaparecer la referencia al tope máximo de las nueve horas diarias a que hacía referencia el RD 1424/1985 lo que posibilita que el trabajador realice una jornada diaria superior, siempre y cuando exista una posterior compensación realizando una jornada menor. Otra cosa, es que esa posibilidad de distribución sea o no una potestad unilateral del empresario²¹.

d) Debe tenerse en cuenta, por otro lado, que la jornada máxima es aplicable sin perjuicio de las horas de presencia, lo que supone que estas últimas no se encuentran incluidas dentro del límite a la jornada semanal máxima. Ello podría llevar a una dedicación temporal muy elevada para el empleado que, no obstante, en todo caso, queda limitada por la exigencia absoluta de respetar el descanso entre jornadas. En este sentido, el artículo 9.4 dispone que entre el final de una jornada y el inicio de la siguiente deberá mediar un descanso mínimo de doce horas²².

e) Por último, de acuerdo con el artículo 9.1 RD 1620/2011 una vez concluida la jornada de trabajo diaria y, en su caso, el tiempo de presencia, el empleado no estará obligado a permanecer en el hogar familiar. Se consagra así, una suerte de derecho a la desconexión laboral cuyo objeto parece ser el de recordar la completa libertad del empleado durante dicho tiempo extralaboral²³.

B) Horas de presencia

Como se sabe²⁴ desde al menos el año 1983 ya se distinguía entre tiempo de trabajo y tiempo de presencia en la regulación de las jornadas especiales, con la finalidad de permitir la superación de la jornada ordinaria máxima de trabajo, cuyo límite así se flexibiliza.

Pues bien, al igual que la regulación anterior (artículo 7 del RD 1424/1985) se introduce por el legislador en el artículo 9.1 un inciso señalando que «sin perjuicio de los tiempos de presencia, a disposición del empleador, que pudieran acordarse entre las partes» lo que autoriza a entender que, al igual que en algunas jornadas especiales, en la relación laboral especial se ha configurado el tiempo de presencia, como «categoría contrapuesta a la del tiempo de traba-

²¹ *Ibidem*, p. 230.

²² MIÑARRO YANINI, M.: «La nueva regulación de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar: una mejora mejorable», *cit.*, p. 4.

²³ *Ibidem*, p. 4.

²⁴ CUEVA PUENTE, M. C.: *La relación laboral especial de los empleados de Hogar*, Lex Nova, 2005, p. 283.

jo efectivo, susceptible de retrasar o dilatar la duración de la jornada de trabajo, dando lugar a una jornada especial con respecto a la jornada común»²⁵.

Con todo, es conveniente precisar algunas cuestiones al respecto:

a) EL CONCEPTO DE HORAS O TIEMPOS DE PRESENCIA

Ni la regulación de 1985, ni el RD 1620/2011 definen lo que se entiende por horas o tiempos de presencia, a diferencia de lo que ocurre en el RD 1561/1995 de, 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo que sí lo define, aunque no resulta de aplicación a esta relación laboral especial. Sin duda, estás una de las cuestiones más criticables de la actual regulación de la esta relación laboral especial.

Estando vigente la regulación anterior, ya se advirtió que «es difícil saber a ciencia cierta el significado legal de los «tiempos de presencia, si bien de una lectura directa del precepto y de su puesta en relación con la regulación de los horarios y de las horas extraordinarias, cabría deducir al menos, dos cosas: no es un tiempo de trabajo efectivo (ni siquiera de vigilancia de personas o cosas) sino de simple puesta a disposición del empleador para el caso de que éste lo necesite y si el empleador dispusiera efectivamente del empleado doméstico, la puesta a disposición se convertiría en trabajo efectivo, debiendo entonces computarse tales tiempos, según los casos dentro de la jornada ordinaria o, de haberse superado los límites de ésta, como horas extraordinarias»²⁶.

Dicho esto, parece claro, que el problema se encuentra en determinar qué se considera por disponibilidad y por trabajo efectivo, cuestión sin duda compleja en una relación laboral donde las tareas pueden ser muy variadas e incalculables, desde abrir la puerta o contestar al teléfono hasta cuidar de las mascotas o llevar a los niños al colegio²⁷. Además, esa dificultad es todavía mayor si se trata del trabajo interno.

En ese estado de cosas, aunque no exista un concepto puede acudir en primer lugar para intentar tener una representación más o menos adecuada de qué es lo que el legislador ha entendido por tiempo de presencia, al artículo 10 del Convenio 189 que se refiere a las horas de presencia como «los períodos

²⁵ *Ibíd.*, p. 283.

²⁶ SALA FRANCO, T.: «La relación laboral especial del Servicio del Hogar Familiar y el contrato de trabajo doméstico», *Relaciones laborales*, 1986, p. 13.

²⁷ ROMERAL HERNÁNDEZ, J.: «El impacto del Convenio 189 de la OIT en las condiciones de trabajo de los empleados de hogar», *cit.*, p. 13.

durante los cuales los trabajadores domésticos no disponen libremente de su tiempo y permanecen a disposición del hogar para responder a posibles requerimientos de sus servicios».

Con esa finalidad descriptiva, la doctrina judicial²⁸ las ha descrito como «el tiempo durante el cual el trabajador está obligado a permanecer en el ámbito del hogar familiar para realizar las tareas que pudieran surgir eventualmente a lo largo del mismo, no la mera estancia en dicho ámbito por la simple circunstancia de tener el trabajador su residencia en ese hogar familiar» y son las que «se hayan pactado al efecto y se refieren a las que con tal condición se pacten *dentro del arco temporal posterior o anterior a la jornada laboral diaria*»²⁹.

Para precisar todavía más, en sede judicial se han diferenciado, claramente las horas de presencia de la pernocta, que es tiempo de trabajo, al señalarse en el artículo 8, punto 2 del RD 1620/2011 que se retribuye como parte del salario, de lo que son las horas de presencia. En este sentido, se ha afirmado que el «simple hecho de que se haya pactado la pernoctación suponga que, superada la jornada laboral durante el día, el hecho de pactar la pernocta de lugar a generar esas horas de presencia»³⁰.

También se han diferenciado con claridad del tiempo de descanso, al precisar que no se pueden considerar como horas de presencia «las horas de descanso en el domicilio de la empleadora, pese a que, sea ello o no cierto, ante la falta de acreditación, fuera de un modo puntual o sea de modo habitual, en las que pudiera la demandante haber prestado actividad de ayuda, laboral en definitiva en el marco de la relación existente, a la demandada»³¹.

Cuestión distinta, por último, es si ello puede suponer un trato menos favorable de las personas trabajadoras que desarrollen su prestación de servicios al amparo de la relación laboral especial, respecto a los trabajadores que tengan una relación laboral ordinaria y, por tanto, contraria a lo que establece el Convenio 189 y la Recomendación 201 de la OIT para las personas trabajadoras de la relación laboral especial³².

²⁸ STSJ de Madrid núm. 292/2017, de 27 de marzo de 2017.

²⁹ STSJ de País Vasco núm. 637/2019, de 26 marzo 2019.

³⁰ Al margen de las citadas anteriormente, en el mismo sentido puede verse también STSJ de Castilla-La Mancha núm. 1380/2021, de 21 septiembre de 2021, y STSJ CyL (Valladolid) núm. 146/2016, de 27 de enero de 2016.

³¹ STSJ de Castilla-La Mancha núm. 155/2019, de 5 febrero de 2019.

³² MARTÍN RODRIGUEZ, O.: «Tiempo de trabajo y ausencia de registro de jornada del personal al servicio del hogar familiar», *cit.*, p. 163.

b) NECESIDAD DE PACTO POR ESCRITO

Para que las horas de presencia puedan ser consideradas como tales, deben pactarse expresamente. Acuerdo que ha de formalizarse por escrito y que debe comprender la existencia de las horas de presencia, su número y su retribución o compensación por descanso, de acuerdo con lo establecido en el artículo 9.2 del RD 1620/2011.

No cabe en consecuencia, como ha precisado la doctrina judicial, presunción de ningún tipo por mucha dificultad probatoria que exista a la hora de acreditar la existencia de esas horas de presencia³³.

Ello no impide reconocer que, la exigencia de pacto por escrito pueda convertirse en un «arma de doble filo con efectos perversos que pueden precarizar aún más la prestación de estos servicios, extendiéndolos durante jornadas indeterminadas y agotadoras, ello sin tener en cuenta la posible realización de horas extraordinarias»³⁴.

c) LIMITACIÓN TEMPORAL

El artículo 9 RD 1620/2011 introduce, en cambio, una limitación directa y más rigurosa de los tiempos de presencia, de forma que, en principio, no puede suponer más de 20 horas a la semana de promedio en cómputo mensual; es decir, un tope aproximado de 80 horas al mes pero que, dada la referencia al promedio, permite que el número de horas de presencia de cada semana, dentro del mes, sea diverso conforme a una distribución irregular.

Lo importante que es la suma de las horas de presencia de todas las semanas del mes no supere la cifra de las 80 horas. Además, esta regla se aplica sólo si los tiempos de presencia se retribuyen económicamente, pero no si se compensan con tiempos equivalentes de descanso retribuido, supuesto para el que no funciona el límite numérico de las 80 horas ya que, al compensarse con tiempos equivalentes de descanso retribuido, finalmente no suponen un incremento de la jornada. Bien es verdad que el RD 1620/2011 no establece un plazo concreto para esa compensación, pudiéndose, quizás, interpretarse que debe jugar el mismo que el establecido en el artículo 35.2 ET (respecto de las

³³ Entre otras, puede consultarse la STSJ de Castilla-La Mancha núm. 155/2019, de 5 febrero de 2019.

³⁴ RODRÍGUEZ COPÉ, M. L.: «Empleo digno y de calidad: ¿utopía en el trabajo doméstico?» *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, 2021, p. 605.

horas extraordinarias), esto es, los cuatro meses siguientes a la realización de la hora de presencia³⁵.

d) RETRIBUCIÓN

Señala el artículo 9.2 que salvo que se compensen con descanso, las horas se retribuirán con un salario de cuantía no inferior al correspondiente a las horas ordinarias. La previsión legal trata de evitar de esta manera que las horas de presencia se conviertan en horas de disponibilidad gratuita³⁶.

C) Horas extraordinarias

El artículo 9.3 del RD 1620/2011 se remite al régimen establecido en el artículo 35 ET salvo lo previsto en su apartado 5³⁷ que, como se sabe, se refiere al cómputo de horas extraordinarias, y al respecto se establece que la jornada de cada persona trabajadora se registrará día a día y se totalizará en el periodo fijado para el abono de las retribuciones, entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente. Previsión que ha de completarse con lo establecido en el apartado 3.bis del artículo 9³⁸ del RD 1620/2011 que establece que, respecto a los trabajadores contratados a tiempo parcial, no serán de aplicación las obligaciones de registro de la jornada establecidas en el artículo 12.5.h) del Estatuto de los Trabajadores.

Excepción al artículo 35 que, dicho sea de paso, aun cuando pudiese tener alguna justificación³⁹ ha sido criticada ya que no se establece en la relación laboral ningún sistema alternativo⁴⁰ y al no existir ningún control se dificulta la prueba de su existencia⁴¹. Como se ha dicho, con ello se facilita al emplea-

³⁵ BARCELÓN COBEDO, S.: «La relación laboral del servicio del hogar familiar tras el RD 1620/2011, de 14 de noviembre. Con una breve aclaración sobre la protección social», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 1/2012.

³⁶ VELA DÍAZ, R.: *El nuevo régimen de las personas empleadas de hogar, Aspectos laborales y de Seguridad Social*, Laborum, 2012, p. 73.

³⁷ Inciso introducido por el RD Ley 16/2013.

³⁸ Se introdujo por la disposición final quinta del RD-Ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores.

³⁹ MIÑANBRES PUIG, C.: *El nuevo régimen jurídico de los empleados del hogar familiar*, cit., p. 13.

⁴⁰ En el mismo sentido, MIÑARRO YANINI, M.: «La nueva regulación de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar: una mejora mejorable (y II)», *Relaciones Laborales*, núm. 5, La Ley 2165/2012.

⁴¹ MARTÍN RODRÍGUEZ, O.: «Tiempo de trabajo y ausencia de registro de jornada del personal al servicio del hogar familiar», cit., p. 165, quien cita a RUANO ALBERTOS, S.: *El régimen jurídico de las empleadas de hogar*, Atelier, Barcelona, 2013, p. 104.

por la gestión del contrato, pero a costa de perjudicar al trabajador por cuanto se le priva de un medio de prueba documental para las eventuales reclamaciones en esta materia ⁴².

Además, ello supone desconocer las previsiones del Convenio 189 que recomienda su registro, incluidas las extraordinarias y facilitar el acceso al trabajador de esa información ⁴³. No debe olvidarse, por otro lado, que la carga probatoria correspondería al titular del hogar familiar.

Sentado lo anterior, conviene hacer algunas consideraciones adicionales:

a) LA ACREDITACIÓN DE SU EXISTENCIA

Dadas las dificultades de separar las horas extraordinarias de las de presencia será necesario acreditar, como ha señalado la doctrina judicial que al concepto general –horas que se realicen sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo– es necesario añadir que se acredite que «la dedicación mantenida ha sido real y efectiva durante el tiempo de su pernocta en el domicilio familiar» ⁴⁴. En la práctica, sin embargo, puede que la necesidad de realizar trabajos extraordinarios que coincidan con las horas de presencia pactadas, en cuyo caso el pacto no obliga a la realización de horas extraordinarias, salvo que estas se pacten o se origine una situación que demande su realización ⁴⁵.

La remisión a la regulación estatutaria permitiría contemplar la posibilidad de que se realizase también horas extraordinarias de fuerza mayor, en el sentido del artículo 35.3 cuya finalidad sería en general «prevenir o reparar siniestros extraordinarios y urgentes» y, en particular, la enfermedad de alguno de los miembros de la familia que asume las tareas de cuidados ⁴⁶.

Por lo demás, y al no poderse registrar las horas rige el principio de que *actori incumbit onus probando*, o lo que es lo mismo: al demandante le compete probar lo que pretende, en nuestro caso la realización de las horas extraordinarias ⁴⁷. Así lo había establecido constante jurisprudencia y doctrina judicial

⁴² LLANO SÁNCHEZ, M.: «El nuevo contrato laboral especial del servicio del hogar familiar». *Actualidad Laboral*, núm. 6, 2012, p. 13.

⁴³ Artículo 8.1.

⁴⁴ STSJ de Madrid núm. 896 de 13 noviembre de 2015.

⁴⁵ VELA DÍAZ, R.: *El nuevo régimen de las personas empleadas de hogar*, cit., p. 77.

⁴⁶ ROMERO MIRET, P.: *La relación laboral especial y régimen de protección social del servicio del hogar*, Tesis Doctoral, Facultad de Derecho, Universidad de Valencia, 2016, p. 238. Disponible <https://roderic.uv.es/handle/10550/55920>.

⁴⁷ EGUARAS MENDIRI, F.: «Prueba de las horas extraordinarias: el registro de la jornada», *Jurisprudencia social*, núm. 20, enero 2020, p. 20.

cial que precisaban que las horas extraordinarias debían de ser probadas con meticulosidad precisa para demostrar día a día y hora a hora que el tiempo que se reclamaba había sido realmente trabajada por encima de la jornada ordinaria, determinando si lo fue de día o de noche, en festivo o laborable, así como, en su caso, si tal exceso había sido o no compensado con descanso posterior y período o momento en que el mismo tuvo lugar, prueba que recaía sobre el que afirmaba la obligación de pago que se reclama⁴⁸.

Es el criterio jurisprudencial consolidado que debe seguir vigente tratándose de esta relación laboral especial. Como se sabe, este criterio perdió gran parte de su virtualidad desde que entró en vigor con efectos de 13 de mayo de 2019 la nueva redacción dada al artículo 34 ET por el RDL 8/2019, de 8 de marzo. El nuevo apartado 9 obliga a la empresa a llevar un registro suficiente de la jornada y horario realizado por cada persona trabajadora, con independencia de la existencia o no de horas extras, que se derivara precisamente de la comprobación del indicado registro.

Con todo, como se indicó, para esta relación laboral especial sigue siendo válido el criterio anterior al 13 de mayo de 2019, visto que no existe obligación de registro de jornada y horario.

b) LÍMITES

La remisión a la regulación prevista para la relación laboral ordinaria en esta materia supone, básicamente, de acuerdo con artículo 35, que el empleado podrá realizar horas extraordinarias en un número ilimitado cuando se compensen con descansos en los cuatro meses siguientes a su realización, o limitadas a ochenta al año cuando se retribuyan en metálico, sin que a estos efectos se computen las trabajadas para prevenir o reparar siniestros u otros daños extraordinarios y urgentes⁴⁹.

c) RETRIBUCIÓN

En cuanto a su retribución, ante la ausencia de convenio colectivo, será el pacto individual, donde se establezca la opción entre su abono, o su compen-

⁴⁸ Puede verse entre otras, la STSJ del País Vasco núm. 625/2001 de 24 de abril de 2001.

⁴⁹ MIÑARRO YANINI, M.: «La nueva regulación de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar: una mejora mejorable», *cit.*, p. 4.

sación por tiempos equivalentes de descanso retribuido. Y en ausencia de pacto al respecto, se entenderá que deberán ser compensadas mediante descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización, debiendo ser retribuido de no constar acreditado el pacto. Como se ha declarado en sede judicial «la ausencia de pacto expreso debe ser interpretado como una opción por la compensación por tiempo de descanso, en aplicación del artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores, de manera que, en todo caso, habría operado la compensación por tiempos de descanso posteriores, que puede presumirse se produjo en atención a los hechos probados de la sentencia»⁵⁰.

d) REALIZACIÓN DE HORAS COMPLEMENTARIAS POR TRABAJADORES A TIEMPO PARCIAL

A pesar de que algún sector doctrinal entendía que las mismas no cabrían en este ámbito el apartado 3 bis del artículo 9 confirma su aplicabilidad. Con ello, se clarifica la posibilidad de que los trabajadores a tiempo parcial realicen dichas horas y, además, al igual que ocurre respecto de las horas extraordinarias se libera al empleador de la obligación de registro de las mismas⁵¹.

D) Horario de trabajo

Por lo que respecta a la regulación del horario de trabajo, la misma ha experimentado una importante mejora respecto de la regulación anterior, que confería al empleador la potestad unilateral de fijar el horario de trabajo libremente (art. 7.1 RD 1424/1985). Por el contrario, el RD 1620/2011 señala que el horario será fijado por acuerdo entre las partes (art. 9.1). Con todo y pese a tratarse de un avance frente a la legislación anterior, la doctrina se muestra escéptica en cuanto a su efectiva aplicación práctica, dada la notoria desigualdad de las partes⁵².

Sentado lo anterior, los problemas en torno a la fijación del horario de trabajo se pueden presentar no tanto en el inicio de la relación, sino durante el

⁵⁰ STSJ de Castilla-La Mancha, núm. 673/2005, de 12 mayo de 2005.

⁵¹ ROMERO MIRET, P.: *La relación laboral especial y régimen de protección social del servicio del hogar*, p. 242.

⁵² VELA DÍAZ, R.: *El nuevo régimen de las personas empleadas de hogar*, cit., p. 70.

transcurso de la misma. Por ello, vigente la relación y dada la nueva dicción del precepto, se requerirá del acuerdo de las partes para la modificación⁵³.

En otro orden de cosas, y estando vigente el RD 1424/1985 se puso de relieve la absoluta ausencia de regulación de la modificación del contrato de trabajo doméstico, abandonada a la imposible aplicación del artículo 41 del ET⁵⁴. Se trata de un tema que puede plantear sin duda infinidad de «problemas domésticos» y, correlativamente conflictos interpretativos. Probablemente, se afirmaba, que quizás fuese la intención del RD dejar en libertad a las partes para modificar las condiciones del trabajo, a salvo la siempre posible dimisión del trabajador, con o sin preaviso mínimo, con o sin derecho a indemnización (arts. 9,4 y 9 del RD) –cosa lógica dadas las características de la relación–⁵⁵.

Lo que sí que parece claro, es que la arbitrariedad del empleador en orden a modificar diariamente el horario de trabajo alteraría evidentemente la organización de la vida personal y de promoción profesional del empleado sin previsión a medio plazo posible, pudiendo ser calificada sin ambages como un comportamiento abusivo y contrario a la buena fe contractual⁵⁶.

E) Trabajo nocturno y trabajo a turno

El RD 1620/2011, no regula el trabajo nocturno, aún a pesar de lo necesario que es para la limitación del tiempo de trabajo, fundamentalmente en el caso de los trabajadores internos y, en general, para la prevención de riesgos laborales con el objetivo de garantizar la salud de estos trabajadores⁵⁷.

Al no contemplarse nada al respecto, el RD 1620/2011 se aleja de los postulados del Convenio 189 de la OIT, en el que se establece la necesidad de adoptar medidas que regulen las horas de trabajo, la remuneración y/o los descansos compensatorios para los trabajadores domésticos que desarrollen sus

⁵³ *Ibíd*em, p. 70, y MIÑARRO YANINI, M.: «La nueva regulación de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar: una mejora mejorable», *cit.*, p. 5.

⁵⁴ Basta pensar en la modificación de la dedicación exigible que puede derivarse de la introducción en el hogar de un animal doméstico (perro, gato o similar) o de un nuevo familiar (abuelo, primero o nuevo hijo, amistades, etc.).

⁵⁵ SALA FRANCO, T.: «La relación laboral especial del Servicio del Hogar Familiar y el contrato de trabajo doméstico», *Relaciones laborales*, 1986, p. 16.

⁵⁶ *Ibíd*em, p. 14.

⁵⁷ ROMERAL HERNÁNDEZ, J.: «El impacto del Convenio 189 de la OIT en las condiciones de trabajo de los empleados de hogar», *cit.*, p. 18, y LLANO SÁNCHEZ, M.: *El nuevo contrato laboral especial del servicio del hogar familiar*, p. 12.

tareas habituales por la noche, teniendo en cuenta la dificultad del trabajo nocturno (apto. 9.2, Rec. 201).

Con todo, en la normativa anterior se defendía que dado que en la Directiva en ese momento vigente (Directiva 93/104/Ce de 23 de noviembre de 1993) no se excluía el trabajo del servicio doméstico, sería de aplicación el régimen general del trabajo nocturno previsto en el ET⁵⁸. Interpretación que puede hoy mantenerse puesto que la vigente Directiva 2003/88/CE de 4 de noviembre de 2003 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo tampoco excluye expresamente al trabajo doméstico.

Por otro lado, las personas trabajadoras del servicio doméstico tampoco quedarían al margen de las prescripciones del Convenio 171, de la OIT, sobre el trabajo nocturno y, en su caso, de la aplicación de las previsiones estatutarias al respecto.

Remisión que en ambos casos queda condicionada, como se ha dicho, a la compatibilidad con las peculiaridades de la relación laboral.

Por último, hay que señalar que el RD 1620/2011 sí recoge la prohibición del trabajo nocturno para los menores de dieciocho años, como ahora veremos.

F) Descansos

a) LOS DESCANSOS ENTRE JORNADAS Y DURANTE LA JORNADA

EL RD 1620/2011 diversifica la duración del descanso diario en atención al dato de que las personas trabajadoras pernocten o no en domicilio, en referencia cuando se utiliza el término pernocta, probablemente no solo a los trabajadores en régimen de internado, sino también a quienes, sin convivir, disponen de casa habitación en el lugar de trabajo⁵⁹.

Debe tenerse presente, por otro lado, que si bien la regulación vigente introduce mayor flexibilidad en la distribución del tiempo de trabajo y claros límites en la duración máxima de la jornada, la distinción entre empleados con régimen de pernocta y no pernocta fomenta, como se comprobará, el desigual trato entre personal interno y externo, haciendo aún más vulnerable a un sector importante de este colectivo, el integrado en su inmensa mayoría por mujeres inmigrantes⁶⁰.

⁵⁸ CUEVA PUENTE, M. C.: *La relación laboral especial de los empleados de Hogar*, cit., p. 299.

⁵⁹ *Ibíd.*, p. 303.

⁶⁰ RODRÍGUEZ COPÉ, M. L.: «Empleo digno y de calidad: ¿utopía en el trabajo doméstico?» *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, 2021, p. 605.

Sentado lo anterior, si se trata de trabajadores externos se establece que entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente el descanso diario será al menos de doce horas (art. 9.4 RD 1620/2011), al igual que en el régimen común (art. 34.3 ET). La referencia del precepto al final de la jornada y comienzo de la otra debe entenderse en el sentido de su disfrute de forma ininterrumpida, incluido los tiempos de presencia pues recordemos que estos están sujetos al respeto de los tiempos de descanso⁶¹.

En el caso de los trabajadores del hogar internos, puede reducirse a diez horas, compensando el tiempo hasta las doce horas en períodos de hasta cuatro semanas.

En cuanto al descanso durante la jornada se contempla un descanso para los trabajadores del hogar internos de dos horas diarias a repartir entre las principales comidas. Estas horas no se computan como tiempo de trabajo, por tanto, se entiende que no son retribuidas⁶².

Por el contrario, nada se prevé para las personas trabajadoras externas, lo que resulta discriminatorio máxime a la vista de lo que establece la Recomendación 201 OIT que no establece distinción alguna entre personas trabajadores externas e internas. En cualquier caso, la mayoría de la doctrina reconoce que debe entenderse aplicable el artículo 34.4 ET en virtud de su carácter supletorio y plena compatibilidad con las peculiaridades de esta relación especial, por lo que deben disfrutar de un descanso mínimo de quince minutos cuando la jornada continuada supere las seis horas, que solo será considerado como tiempo de trabajo si así se ha pactado en el contrato de trabajo⁶³.

b) DESCANSO SEMANAL

Por lo que se refiere al descanso semanal, el artículo 9.5 del RD 1620/2011 en sintonía con el régimen común lo fija en treinta y seis horas consecutivas en relación a la jornada máxima semanal. Este tiempo será concretado preferiblemente en la tarde del sábado o la mañana del lunes y el día completo del domingo.

⁶¹ ROMERAL HERNÁNDEZ, J.: «El impacto del Convenio 189 de la OIT en las condiciones de trabajo de los empleados de hogar», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 7/2013, p. 16, y MIÑARRO YANINI, M.: «La nueva regulación de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar: una mejora mejorable», *cit.*, p. 5.

⁶² ROMERAL HERNÁNDEZ, J.: «El impacto del Convenio 189 de la OIT en las condiciones de trabajo de los empleados de hogar», *cit.*, p. 14.

⁶³ MIÑARRO YANINI, M.: «La nueva regulación de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar: una mejora mejorable», *cit.*, p. 5.

Con la dicción de «como norma general» se entiende que las partes pueden pactar otros días de la semana para su disfrute siempre que sea ininterrumpido.

Con todo, se trata de una condición menos favorable que la prevista en el ET para las personas trabajadores sometidos a una relación laboral ordinaria, ya que la norma estatutaria establece un descanso semanal de día y medio y la jurisprudencia⁶⁴ ha indicado que no se puede sobreponer el descanso entre jornada de doce horas con el descanso semanal⁶⁵.

El tiempo de descanso será siempre retribuido, pero minorado en proporción a las horas trabajadas semanalmente cuando el empleado trabaje a tiempo parcial.

Por último, a diferencia del artículo 37.1 del ET, no se prevé la acumulación de este descanso en períodos de catorce días, lo que puede entenderse como una mejora a diferencia del Convenio 189 de la OIT que sí contempla la posibilidad de acumular el descanso semanal para estos trabajadores, aunque recomienda que el período de acumulación no exceda de catorce días⁶⁶.

c) FIESTAS Y PERMISOS

A diferencia de lo que ocurría, en la regulación anterior, el RD 1620/2011 en su artículo 9.6 remite de manera conjunta para permisos y fiestas laborales, a lo establecido en el artículo 37 ET, aps. 2 y 3, que se aplicará a la relación laboral de servicio del hogar familiar en los términos establecidos en dicho precepto.

Los trabajadores con jornada parcial que presten servicios para uno o para varios empleadores pueden tener problemas en la práctica a la hora de disfrutar algunos de los derechos de conciliación *ex* artículo 37 ET, sin que el precepto establezca regla alguna especial, como la proporcionalidad, por lo que habrá que aplicar los criterios generales de la jurisprudencia⁶⁷.

⁶⁴ Véase por todas, STS de 30 de marzo de 2016 (Rec. n.º 2348/2014).

⁶⁵ CHARRO BAENA, P.: «El servicio del hogar familiar. Una visión desde la legislación y la doctrina judicial españolas», CHARRO BAENA, P., y ESPINOZA ESCOBAR, J. (dir.): *El derecho del trabajo y los colectivos vulnerables: un estudio desde las dos orillas*, Dykinson, 2017, p. 53.

⁶⁶ ROMERAL HERNÁNDEZ, J.: «El impacto del Convenio 189 de la OIT en las condiciones de trabajo de los empleados de hogar», *cit.*, p. 17.

⁶⁷ LLANO SÁNCHEZ, M.: «El nuevo contrato laboral especial del servicio del hogar familiar», *cit.*, p. 12.

d) VACACIONES

La regulación del periodo de vacaciones en el caso de esta relación laboral especial contempla ciertas especialidades frente a la normativa común, que se encuentran actualmente reguladas en el artículo 9.7 RD 1620/2011. En su exposición se distinguirán los siguientes aspectos:

a') *Duración*

El periodo de vacaciones anuales retribuidas reconocidas a un trabajador doméstico es de treinta días naturales, y su extensión es, por tanto, idéntica a la prevista para el caso de una relación laboral común (art. 38 ET). Se trata de una equiparación que es acorde con las previsiones del artículo 10 Convenio 189 OIT⁶⁸.

Al tratarse de una condición mínima, puede entenderse que igual que ocurre en la relación laboral ordinaria cabe su mejora, en este caso ya se establezca por acuerdo entre las partes o por decisión unilateral del empresario⁶⁹.

b') *Disfrute*

El RD 1620/2011 establece una especialidad en cuanto al disfrute ya que, en caso de posible fraccionamiento en dos o más periodos, al menos uno de ellos deberá ser, como mínimo, de quince días naturales consecutivos. De esta forma, ante la falta de negociación colectiva en el sector, se ha venido a imposibilitar el excesivo fraccionamiento de las vacaciones. El periodo o periodos de vacaciones se acordará entre las partes, y de no existir acuerdo, quince días podrán fijarse por el empleador, de acuerdo con las necesidades familiares y el resto se elegirá libremente por el empleado según se establece en el apartado 7 del RD 1620/2011. Se establece así, una opción dirimente

⁶⁸ Señala dicho precepto que: «Todo Miembro deberá adoptar medidas con miras a asegurar la igualdad de trato entre los trabajadores domésticos en relación a las vacaciones anuales pagadas, en conformidad con la legislación nacional o con convenios colectivos, teniendo en cuenta las características especiales del trabajo doméstico».

⁶⁹ CUEVA PUENTE, M. C.: *La relación laboral especial de los empleados de Hogar*, cit., p. 314

óptima, puesto que permite la satisfacción, aun parcial, de los intereses del empleado y del empleador⁷⁰.

En este caso, sigue diciendo el precepto las fechas deberán ser conocidas con dos meses de antelación al inicio del disfrute.

c') *Retribución*

Aunque el precepto no dice expresamente que las vacaciones sean retribuidas, parece claro que tienen las garantías establecidas en el artículo 38 del ET; de forma que deben ser retribuidas, no compensables con dinero y no acumulables en años sucesivos⁷¹.

Surge la duda de si la persona trabajadora percibirá la parte del salario en metálico o la totalidad de lo percibido. Durante las vacaciones el trabajador no percibe la especie, salvo que puede seguir disfrutándola en su lugar de descanso o se traduzca en una cantidad en metálico. Si no es así, tiene un doble perjuicio, ya que no disfruta del alojamiento y manutención y además, ha de costearlo⁷².

d') *Residencia de la persona trabajadora durante las vacaciones*

La norma también contiene una previsión referida a que trabajador no está obligado a residir en el domicilio familiar o en el lugar donde se desplace la familia durante dichos periodos, en la misma línea que lo que establece el Convenio. 189 (art. 9.b) y la Recomendación 201 (art. 13).

Sin embargo, el RD 1620/2011 no contiene una previsión referida al derecho del trabajador de seguir residiendo en el hogar familiar, por cuanto el trabajador interno puede no disponer de otro domicilio. En estos casos, el tra-

⁷⁰ MIÑARRO YANINI, M.: «La nueva regulación de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar: una mejora mejorable», *cit.*, p. 6.

⁷¹ ROMERAL HERNÁNDEZ, J.: «El impacto del Convenio 189 de la OIT en las condiciones de trabajo de los empleados de hogar», *cit.*, p. 17.

⁷² CHARRO BAENA, P.: «El servicio del hogar familiar. Una visión desde la legislación y la doctrina judicial españolas», p. 53, sostiene que esta interpretación es la única posible de acuerdo con lo previsto en el artículo 7.1 del Convenio 132 de 1970 sobre vacaciones pagadas que señala que: «Toda persona que tome vacaciones de conformidad con las disposiciones del presente Convenio percibirá, por el período entero de esas vacaciones, por lo menos su remuneración normal o media (incluido el equivalente en efectivo de cualquier parte de esa remuneración que se pague en especie, salvo si se trata de prestaciones permanentes de que disfruta el interesado independientemente de las vacaciones pagadas), calculada en la forma que determine en cada país la autoridad competente o el organismo apropiado».

bajador no debe ser obligado a desalojar el domicilio, aunque no se trata de una solución pacífica en la doctrina ⁷³.

G) Límites para los menores de 18 años

En consonancia con las previsiones estatutarias, el RD 1620/2011 establece en el último apartado del artículo 9 las siguientes limitaciones o adaptaciones:

a) Sólo podrán realizarse ocho horas diarias de trabajo efectivo, con una pausa de treinta minutos para las jornadas superiores a cuatro horas y media. Si el menor de dieciocho años trabajase para varios empleadores, para el cómputo de las indicadas ocho horas se tendrán en cuenta las realizadas con cada empleador.

b) No podrán realizar horas extraordinarias ni trabajar en periodo nocturno, considerándose este el transcurrido entre las diez de la noche y las seis de la mañana.

c) El descanso entre jornadas será, como mínimo, de doce horas.

d) El descanso semanal será, al menos, de dos días consecutivos.

En el caso de los trabajadores menores, la norma no se pronuncia sobre el tiempo de presencia, por lo que se ha entendido que no existe especialidad en este supuesto, siempre que se respeten los límites de jornada y los tiempos de descanso ⁷⁴.

3. A MODO DE CONCLUSIÓN

Como se indicó al principio, aunque RD 1620/2011 supuso un importante avance en la regulación del tiempo de trabajo de la relación laboral especial, quedan todavía cuestiones importantes que modificar, en particular sobre las horas de presencia. Al haberse ratificado el Convenio 189, es el momento de avanzar en el marco que proporciona, en particular, si la comparativa se realiza

⁷³ ROMERO MIRET, P.: *La relación laboral especial y régimen de protección social del servicio del hogar*, cit., p. 244. En contra, LLANO SÁNCHEZ, M.: «El nuevo contrato laboral especial del servicio del hogar familiar», cit., p. 12, que señala que habrá que estar a lo acordado entre las partes.

⁷⁴ ROMERO MIRET, P.: *La relación laboral especial y régimen de protección social del servicio del hogar*, p. 244.

también con la Recomendación 201 o cuando se tienen cuenta las exigencias de política proactiva del Convenio y la Recomendación.

No debe olvidarse, sin embargo, que como ya advirtiese la OIT y precisamente por tratarse de una cuestión directamente relacionada con el trabajo decente, mejorar el tiempo de trabajo de los trabajadores domésticos probablemente es una de las políticas más difíciles de reglamentar, aplicar en la práctica y hacer cumplir en ese sector.

4. BIBLIOGRAFÍA

- BARCELÓN COBEDO, S.: «La relación laboral del servicio del hogar familiar tras el RD 1620/2011, de 14 de noviembre. Con una breve aclaración sobre la protección social», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm./2012.
- CAMAS RODA, F.: «Obstáculos de la legislación laboral y del régimen jurídico de extranjería en la consecución de un trabajo decente para las trabajadoras migrantes del servicio doméstico.», *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 11(1), 2021.
- CHARRO BAENA, P.: «El servicio del hogar familiar. Una visión desde la legislación y la doctrina judicial españolas», CHARRO BAENA, P., y ESPINOZA ESCOBAR, J. (dir.): *El derecho del trabajo y los colectivos vulnerables: un estudio desde las dos orillas*, Dykinson, 2017.
- CUEVA PUENTE, M. C.: *La relación laboral especial de los empleados de Hogar*, Lex Nova, 2005.
- EGUARAS MENDIRI, F.: «Prueba de las horas extraordinarias: el registro de la jornada», *Jurisdicción social*, núm. 20, enero 2020.
- GRAU PINEDA, C.: «De sirvientas a trabajadoras: la necesaria ratificación del Convenio 189 OIT sobre trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos», *Lex Social*, vol. 9, núm. 2 (2019).
- LEBRUSÁN MURILLO, I.; CÁCERES ARÉVALO, P. y BREY, E. «El servicio doméstico como vía de acceso a la regularización administrativa en España». *Anuario CI-DOB de la Inmigración* (noviembre de 2019).
- LLANO SÁNCHEZ, M.: «El nuevo contrato laboral especial del servicio del hogar familiar». *Actualidad Laboral*, núm. 6, 2012.
- LOUSADA AROCHENA, J. F.: «Normativa internacional contra la explotación humana y laboral en el trabajo doméstico: la ONU y la OIT», *Lan Harremanak*, núm. 39, 2018.
- MARTÍN RODRÍGUEZ, O.: «Tiempo de trabajo y ausencia de registro de jornada del personal al servicio del hogar familiar», en AA. VV.: *Reflexiones sobre el empleo doméstico. De dónde venimos, dónde nos encontramos, hacia dónde nos dirigimos*. Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2020.

- MIÑARRO YANINI, M.: «La nueva regulación de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar: una mejora mejorable» (y II), *Relaciones Laborales*, núm. 5.
- MIÑANBRES PUIG, C.: «El nuevo régimen jurídico de los empleados del hogar familiar». *Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 157/2013.
- RODRÍGUEZ COPÉ, M. L.: «Empleo digno y de calidad: ¿utopía en el trabajo doméstico?», *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, 2021.
- ROMERAL HERNÁNDEZ, J.: «El impacto del Convenio 189 de la OIT en las condiciones de trabajo de los empleados de hogar», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 7/2013.
- ROMERO MIRET, P.: *La relación laboral especial y régimen de protección social del servicio del hogar*, Tesis Doctoral, Facultad de Derecho, Universidad de Valencia, 2016.
- SALA FRANCO, T.: «La relación laboral especial del Servicio del Hogar Familiar y el contrato de trabajo doméstico», *Relaciones laborales*, 1986.
- VELA DÍAZ, R.: *El nuevo régimen de las personas empleadas de hogar, Aspectos laborales y de Seguridad Social*, Laborum, 2012.

CAPÍTULO XXV

EL TIEMPO DE TRABAJO EN LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DE LOS ABOGADOS

ANTONIO FOLGOSO OLMO
Abogado y Doctor en Derecho

La abogacía se ha caracterizado tradicionalmente por dos notas principales: en primer lugar, por tratarse de una profesión liberal y, en segundo lugar, por el hecho de que su ejercicio se ha realizado de forma eminentemente individual¹.

Su aspecto liberal se encuentra respaldado por la propia regulación vigente. El actual Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por el reciente Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, incluye numerosas referencias al respecto. Es significativo que los tres primeros apartados de su primer artículo hacen referencia a la abogacía como profesión libre e independiente, desempeñada en régimen de libre competencia y que se rige por distintos principios rectores y valores superiores, entre los que se encuentra la libertad, la dignidad y la integridad.

Por su parte, aun cuando en la generalidad de los casos el desempeño de la profesión se realizaba de forma individual, esta característica se ha visto modulada con el paso del tiempo. Así, de forma progresiva se ha ido apostando por otras modalidades de ejercicio profesional de carácter colectivo. Conse-

¹ Esta cuestión ha sido analizada con gran profundidad por GARCÍA PIÑEIRO, N.: «Del trabajo autónomo al abogado trabajador por cuenta ajena: la relación laboral especial de los abogados al servicio de despachos profesionales», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 83, pp. 151-155.

cuencia de lo anterior es que se hayan establecido sucesivamente distintas posibilidades de regulación de dicho ejercicio.

Además, resulta fundamental destacar el papel que tiene la abogacía en el ámbito del Estado social y democrático de derecho, ya que su posición resulta esencial para el ejercicio efectivo del derecho a la defensa y, por tanto, del derecho a la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 14 CE. Entre otras muchas funciones, los abogados asumen la defensa de las partes del proceso, lo que los convierte en una pieza fundamental del mecanismo de administración de Justicia. Por esto mismo, su ejercicio se debe desarrollar conforme a una serie de normas deontológicas que garantizan su integridad, independencia, etc. Lo expuesto justifica la aparición de importantes condicionantes que van a tener un papel fundamental en el ejercicio de los derechos laborales cuando la profesión se desarrolle por cuenta ajena.

1. LOS DISTINTOS RÉGIMENES DE EJERCICIO DE LA ABOGACÍA

Como se ha expuesto, el ejercicio de la abogacía puede llevarse a cabo a través de distintas fórmulas, por lo que podrá encontrarse sometido a regímenes diferentes². Por lo tanto, para conocer el estatuto jurídico de un abogado, resulta preciso comenzar por discernir cuál es la naturaleza de su desempeño.

En primer lugar, esta profesión se puede realizar por cuenta propia (art. 1.1.a RD 1331/2006), en cuyo caso estos abogados no estarán sujetos a una relación laboral. Es el supuesto más acorde con el ejercicio tradicional de la profesión. Es el caso de un gran número de profesionales que desempeñan su actividad enmarcados en el régimen especial de trabajadores autónomos o bajo la cobertura de los sistemas alternativos de previsión social, como son las mutualidades existentes³.

Es posible también el ejercicio de la abogacía por cuenta ajena, sometido al régimen general. Así se produce en el caso de los abogados asalariados que trabajan para empresas que no tienen la condición de despachos de abogados y respecto de las que se reúnen los requisitos generales característicos del contrato de trabajo (ajeneidad, dependencia...). En este supuesto, la relación labo-

² En este sentido, véase MAS GARCÍA, E. M.: «Delimitación del tipo de relación contractual entre los profesionales liberales. Análisis pormenorizado respecto a los abogados». En *Trabajo autónomo: regulación jurídica y perspectivas. Régimen profesional, modalidades y Seguridad Social*, FERNÁNDEZ ORRICO, F. J. (dir.), SÁNCHEZ CASTILLO, M. M. y CARMONA PAREDES, R. (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia (2020).

³ En la actualidad, las únicas opciones de acogerse a estos sistemas de previsión social son la Mutualidad de la Abogacía y Alter Mutua.

ral se sujetará por las reglas generales del Estatuto de los Trabajadores (art. 1.2.b RD 1331/2006).

Por último, puede ocurrir que el ejercicio de la abogacía se realice para un despacho de abogados. Para estos supuestos se prevé la relación laboral especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos, que se encuentra regulada en el artículo 2.1.k ET y en el RD 1331/2006, de 17 de noviembre.

El presente trabajo se centra en el análisis de esta última posibilidad. En consecuencia, la ordenación del tiempo de trabajo de los abogados que trabajan por cuenta propia, tanto de forma individual, como a través de las distintas fórmulas societarias, queda excluida de este análisis⁴. Tampoco se analiza la regulación del tiempo de trabajo de los abogados sometidos a la relación laboral ordinaria, que se analiza en el capítulo correspondiente de la presente obra⁵.

2. LA APROBACIÓN DEL REAL DECRETO 1331/2006 Y SU REVISIÓN JUDICIAL

La relación laboral especial se encuentra regulada por el RD 1331/2006, y por las normas concordantes, como más adelante se desarrolla⁶.

⁴ Existen otras modalidades de ejercicio profesional derivadas de las anteriormente aludidas y a las que no se ha hecho referencia. Entre otras, puede pensarse en el ejercicio en el ámbito de las sociedades profesionales, las sociedades cooperativas o las sociedades laborales. Incluso, merecería un comentario particular el ejercicio de la profesión bajo el régimen de trabajador autónomo dependiente económicamente, si bien algunos autores han negado que la abogacía pueda realizarse bajo este régimen, como GARCÍA PIÑEIRO, N.: «Del trabajo autónomo al abogado trabajador por cuenta ajena...», (Bibl. *cit.*), pp. 164-165. Ahora bien, en lo que aquí afecta, estas posibilidades pueden quedar reconducidas, con sus correspondientes particularidades, a las opciones ya señaladas.

⁵ Es cierto que los abogados sometidos al régimen ordinario no quedan exentos de las particularidades derivadas de las normas deontológicas, etc. Sin embargo, en estos casos los conflictos que puedan surgir deben resolverse conforme a la regulación laboral general. Todo ello, claro está, sin perjuicio de que las especialidades del ejercicio de la abogacía deban ser tenidas en cuenta a los efectos de aplicar las normas laborales, ponderar los intereses en juego, etc.

⁶ Con todo, como apuntan ARETA MARTÍNEZ, M. y SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Control judicial del Reglamento regulador de la relación laboral especial de abogacía (Comentario a la STS, Contencioso, de 16 diciembre 2008 [RJ 2008,5991]», *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, núm. 5, 2009, la realidad es que la consideración de la relación de los abogados como laboral no constituía una novedad. Ya en el Estatuto General de la Abogacía Española de 2001 se incluía la posibilidad de ejercer la profesión por cuenta ajena, con independencia de las particularidades propias de la actividad. En concreto, en el artículo 27.4 del citado Estatuto se establecía que «la Abogacía también podrá ejercerse por cuenta ajena bajo régimen de derecho laboral, mediante contrato de trabajo formalizado por escrito y en el que habrá de respetarse la libertad e independencia básicas para el ejercicio de la profesión y expresarse si dicho ejercicio fuese en régimen de exclusividad». No es la única mención que se incluye en el Estatuto a esta posibilidad, que es igualmente referida en sus artículos 27.1.a o 27.5. Estas opciones han quedado recogidas en los artículos 37 y siguientes del último Estatuto, aprobado en 2021.

Como recuerda Gallego Moya, este texto normativo daba respuesta a una propuesta de grandes despachos de abogados, a raíz de una actuación generalizada llevada a cabo por parte de la Inspección de Trabajo. Esta apreció que numerosos trabajadores se encontraban en situación irregular, por lo que se determinó el carácter laboral de sus relaciones laborales, como con posterioridad ratificaron los tribunales. En este escenario, tres catedráticos de Derecho del Trabajo vinculados a grandes despachos elaboraron la propuesta que dio lugar a la aprobación final de la norma reglamentaria⁷.

Sin embargo, la aprobación del Real Decreto no acabó con la polémica en cuanto a la regulación. Tras su aprobación, se interpusieron tres recursos contenciosos administrativos por parte de la Asociación de Abogados Laboralistas de Trabajadores de la Comunidad de Madrid, UGT y CCOO. En dichos procedimientos, entre otros, comparecieron como codemandados, la Administración del Estado, el Consejo General de la Abogacía Española y el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, que se opusieron a la demanda. Estos procedimientos se resolvieron por dos sentencias de 16 de diciembre de 2008 (recursos 5 y 7 de 2007) y por la sentencia de 23 de diciembre de 2008 (recurso 6/2007), que dieron respuesta a las distintas cuestiones que se plantearon. El análisis de las aludidas resoluciones resulta de especial interés, dado que en las mismas se abordaron los fundamentos de la relación laboral especial, que posteriormente serán clave para estudiar los derechos analizados. A continuación se realiza un breve repaso de las mismas.

A) **Constitucionalidad de la norma legal**

Los recursos discutían la constitucionalidad de la previsión legal que habilitaba la regulación de la relación laboral especial, debido a que se incluía en un texto legal de contenido ajeno a la cuestión y cuyo ámbito material se centraba en la trasposición de diversas directivas comunitarias en materia de fiscalidad, etc⁸. En concreto, la referencia a la relación laboral especial se contenía tan solo en la disposición adicional primera de esa ley.

⁷ GALLEGO MOYA, F.: «Singularidades de la relación laboral de carácter especial de los abogados en despachos en materia de jornada y descansos, y de derechos y deberes derivados del contrato de trabajo (Comentario a los Capítulos V y VI del Real Decreto 1331/2006)», en *Estudios de derecho judicial*, núm. 141, 2007.

⁸ Se hace referencia a la Ley 22/2005, de 18 de noviembre, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas comunitarias en materia de fiscalidad de productos energéticos y electricidad y del régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de estados miembros diferentes, y se regula el régimen fiscal de las aportaciones transfronterizas a fondos de pensiones en el ámbito de la Unión Europea.

La impugnación entendía que de esta manera se vulneraban los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) en relación con el principio de igualdad (art. 14 CE). En definitiva, se denunciaba la ausencia de motivación, justificación y proporcionalidad de esta previsión, especialmente ante la total ausencia de referencias al respecto en la exposición de motivos de la norma. También se cuestionaba que este tratamiento específico no dependía del tipo de actividad, sino de las características de la organización que empleaba al trabajador⁹.

El TS no apreció indicios de inconstitucionalidad en la norma y rechazó este motivo de impugnación. Su argumentación partió de la conformidad con la Carta Magna del establecimiento de relaciones laborales especiales, siempre que existiese habilitación legal para ello y descartó que ello pudiese comprometer el principio de igualdad del artículo 14 CE¹⁰. Además, considera justificado el trato particular a la vista de las características de la organización que emplea al trabajador (un despacho de abogados), los servicios que presta a los clientes, la concurrencia de muy específicas normas deontológicas, profesionales y éticas, etc.

Por otra parte, el TS reduce a un defecto de técnica legislativa el hecho de que la habilitación legal para regular esta relación laboral especial se incluya en una norma ajena a la materia. Por lo tanto, descarta que esa cuestión tenga entidad suficiente como para implicar la inconstitucional de la ley¹¹.

B) **Justificación del ámbito subjetivo de la relación laboral especial**

Se plantea la conveniencia de anular el RD, aduciendo que el colectivo regulado por el mismo no presenta particularidades específicas. En particular, se postula que las notas definitorias de los abogados que trabajan para despachos no son exclusivas de este grupo, sino que son comunes a las de los abogados que trabajan por cuenta de cualquier otro empleador.

⁹ En este sentido, se señalaba que otras tantas profesiones también pueden realizarse por cuenta ajena y se encuentran sometidas a normas deontológicas y colegiales (arquitectos, economistas, médicos...), lo que incidía en la arbitrariedad de constituir esta relación laboral especial en el caso de los abogados.

¹⁰ Esta afirmación podría resultar muy matizada, por ejemplo, en el supuesto de que tales relaciones laborales especiales o su diseño específico pudiesen afectar a otros derechos fundamentales (tales como el derecho a no resultar discriminado). Sin embargo, no es este el caso analizado.

¹¹ Al respecto, apunta que la doctrina constitucional existente en cuanto al contenido de las leyes de presupuestos no puede extenderse al resto de normas, de modo que no existe inconveniente alguno en términos constitucionales para que se incluya una norma de este tipo en un texto legal destinado a regular una cuestión bien distinta.

El TS comienza destacando que los abogados, al contrario que otros profesionales, tienen una característica que justifica su trato particular: su necesaria participación en la función pública de la administración de justicia, con todo lo que ello conlleva en cuanto a la defensa de derechos fundamentales. Expuesto lo anterior, sí aprecia la existencia de circunstancias particulares que justifican un trato singular. En concreto, alude a la vinculación triangular que se establece entre el trabajador, el despacho y el cliente, que diferencia esta relación de otras similares. Se establece así un hecho diferencial en la aparición del bufete para el que se trabaja como figura interpuesta, respecto de los supuestos en que la prestación de servicios se realiza de manera directa para el empleador¹².

C) **Inclusión en el ámbito de la relación laboral especial de los abogados que trabajan en despachos multiprofesionales**

Se discute también que la disposición adicional primera de la Ley 22/2005 limita a la condición de empleador en esta relación laboral especial a los despachos de abogados, individuales o colectivos. Por tanto, entiende que el RD incurre en el vicio de regulación *ultra vires* al incluir en su ámbito subjetivo a los abogados que trabajan para despachos multiprofesionales.

Esta cuestión es rechazada, ya que se plantea que los despachos multiprofesionales no son más que despachos colectivos, según la definición incluida en el propio RD 658/2001, que aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española. El referido Estatuto establece la necesidad de que su titular sea abogado y se encuentre inscrito en un colegio de abogados, por lo que no debe

¹² La argumentación contenida en la sentencia se encuentra lejos de despejar todas las dudas. Es cierto que existen aspectos de gran relevancia en los abogados que trabajan para despachos, en el marco de las ya aludidas relaciones triangulares, que pueden justificar la existencia de características singulares. Ahora bien, no resulta fácil comprobar que tales relaciones triangulares pueden tener lugar en otros muchos aspectos que quedarían fuera de la regulación de la relación laboral especial. En este sentido, ARETA MARTÍNEZ, M. y SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Control judicial del Reglamento regulador...» (Bibl. *cit.*), apuntan con gran acierto numerosos supuestos en los que se reproducen relaciones de similares características, como es el caso de los abogados contratados por asociaciones empresariales, organizaciones sindicales, asociaciones de consumidores, etc. Mención especial merece el supuesto de los abogados de sindicatos, que puedan prestar asesoramiento jurídico a tales organizaciones (el ejemplo más emblemático sería el de la defensa técnica en procedimientos colectivos en los que el sindicato es parte), pero también a numerosos trabajadores, con independencia de que estos se encuentren afiliados a dicha organización. En esta línea, algunos autores denunciaron la falta de argumentos para extraer a estos abogados del ámbito de la relación laboral común. Al respecto, véase GOERLICH PESET, J. M.: «La relación especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos: configuración general», en AA. VV., *La relación laboral especial de los abogados*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

cambiar la consideración del mismo el hecho de que a su plantilla se sumen otros profesionales¹³.

D) Regulación específica de la negociación colectiva en el sector y del ejercicio de derechos colectivos

Se plantea si las especialidades relativas al ámbito de la negociación colectiva pueden limitar la libertad sindical y si la ausencia de regulación respecto de cómo se negocia un convenio colectivo debe implicar la anulación de la norma¹⁴.

El TS rechaza estas alegaciones por considerar que no son motivos que deban determinar de forma automática la ilegalidad del precepto, sin perjuicio de su valoración en cada caso.

E) Definición del tiempo de trabajo

La única alegación que acoge el TS es la relativa a la regulación del tiempo de trabajo en la relación laboral especial.

Se postula la nulidad del párrafo tercero artículo 14.1 del RD, que hacía referencia al cómputo de la duración máxima de la jornada laboral. Este inciso establecía que no se incluiría dentro del mismo el tiempo que empleasen los abogados en los desplazamientos o esperas, salvo que durante los mismos se realizasen actividades propias de su profesión. Además, establece que por convenio colectivo pueden determinarse los supuestos concretos de desplazamientos y esperas que quedarán excluidos de la duración máxima de la jornada.

Los recursos entienden que dicho precepto resulta contrario al artículo 40.2 CE y al contenido de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003. En concreto, esta última define el tiempo

¹³ El fundamento de esta denegación es muy discutible, ya que se fundamenta en otro RD (por el que se aprueba el Estatuto de la Abogacía), por lo que no se subsana el vicio de exceso de regulación reglamentaria. Es significativo que el TS, para dar salida a este conflicto, se apoya en la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, pese a ser posterior a la aprobación del RD.

¹⁴ El primer precepto cuestionado es el artículo 2.a.b, que establece que la regulación de las condiciones laborales se rige, entre otros, por «los convenios colectivos específicos y de aplicación exclusiva a los despachos de abogados». El segundo es el artículo 19.2, que indica que «los convenios colectivos específicos de los despachos de abogados podrán establecer la forma y condiciones en que se podrán ejercer los indicados derechos colectivos teniendo en cuenta el carácter especial de la relación laboral que se establece entre los despachos y los abogados».

de trabajo como «todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales»; y tiempo de descanso como «todo período que no sea tiempo de trabajo».

El TS declara la nulidad del párrafo cuestionado por considerarlo contrario al texto de la Directiva aludida y por entender que, además, genera importantes dudas interpretativas con el párrafo anterior¹⁵. En este particular, cita la STJUE de 9 de septiembre de 2003, que establece que «no cabe considerar que un trabajador disponible en el lugar designado por el empresario se halla descansando durante los períodos de su servicio de atención continuada en los que no ejerce efectivamente una actividad profesional». En particular, el TS apostilla que encontrarse a la espera o desplazado, en el caso de los abogados, comporta encontrarse disponible para el titular del despacho.

Por lo tanto, y dado que se considera que el segundo párrafo es conforme a la normativa europea, declara la nulidad del párrafo denunciado.

F) Regulación del pacto de plena dedicación

Se plantea la incompatibilidad del precepto con la regla general prevista en el artículo 21 ET, relativo a la misma materia¹⁶. Considera, además, que limita el derecho al trabajo y que la regulación de la compensación económica se realiza en términos poco claros.

El TS rechaza que dicha regulación pueda considerarse arbitraria o contraria al derecho al trabajo. Entiende que la defensa de los derechos que les son confiados a los abogados justifica la fijación de ese criterio que, pese a todo, puede modificarse por voluntad de las partes.

¹⁵ En concreto, el segundo párrafo incluye dentro de la consideración de tiempo de trabajo el «que los abogados permanezcan en el despacho realizando actividades propias de su profesión y el que dediquen fuera del despacho para la asistencia y defensa de los clientes». De esta manera, se generaba una aparente contradicción entre ambos párrafos, sin que esta pueda quedar subsanada por la remisión que se incluye a la negociación colectiva. Como señala PALOMAR OLMEDA, A., en «La doctrina del Tribunal Supremo sobre la relación especial de los abogados (STS Contencioso, Sección 4.ª, de 16 de diciembre de 2008 [RJ 2008,5991]», *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, núm. 7, 2009, el TS viene a dejar claro que el concepto de «tiempo a disposición» tiene un reflejo comunitario, de modo que no será ya posible que en una norma interna se establezca una regulación que se oponga al Derecho Europeo.

¹⁶ Debe recordarse que el precepto, a diferencia de la regulación general prevista en el ET, parte de la existencia de una dedicación exclusiva, si bien se prevé la posibilidad de pactar lo contrario.

G) **Establecimiento de obligaciones del abogado que ejercita acciones resolutorias**

El RD establece que el abogado que ejercite las acciones resolutorias o de desistimiento deberá informar sobre la situación en que se encuentran los asuntos que tuviera encomendados e, incluso, poner a disposición del despacho la documentación correspondiente con el fin de que pueda encauzar los asuntos y dar continuidad al asesoramiento y defensa de los clientes por parte del despacho. La impugnación pone en cuestión que estas exigencias sean aceptables en supuestos como aquellos en que la acción se sustente en la existencia de acoso sexual por parte del titular del despacho.

El TS entiende que las obligaciones impuestas se corresponden con la finalidad de garantizar los derechos de los ciudadanos que se encuentran inmersos en el procedimiento judicial, lo que le lleva a ratificar la validez de la norma. Pese a ello, incide en que, para supuestos tan extremos como el apuntado, el ordenamiento jurídico ya provee de mecanismos de protección adecuada y eficaz¹⁷.

H) **Regulación específica de la extinción contractual**

Finalmente, se cuestiona la legalidad de establecer nuevos supuestos de extinción del contrato de trabajo. En concreto, el artículo 23.2 RD regula la posibilidad de extinguir el contrato cuando exista una manifiesta y grave quiebra de la confianza entre el abogado y el titular del despacho que tenga su origen en la actuación profesional del abogado o en su relación con los clientes; y cuando se acredite que el abogado no mantiene un nivel profesional adecuado y que no puede ejercer la profesión con plenas garantías para los intereses de los clientes¹⁸. Se postulaba que en la práctica venían a establecerse dos causas equivalentes al desistimiento empresarial por voluntad del empleador o, en todo caso, de despido objetivo, lo que constituía una nueva regulación *ultra vires*.

Este motivo de impugnación también es rechazado, al entenderse que las causas extintivas descritas podrían quedar encuadradas dentro de un concepto amplio de ineptitud sobrevenida del trabajador (en los términos previstos en el artículo 52 ET). A tal efecto, destaca que el RD atribuye a estos supuestos el mismo régimen que al resto de los previstos para el despido objetivo, así como las mismas

¹⁷ A tal efecto, alude a la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

¹⁸ Para estos supuestos, el artículo 23.3, cuya legalidad también se discutía, establecía exigencias procedimentales adicionales para proceder a la extinción contractual por parte del empleador.

garantías. Por este mismo motivo aprecia la legalidad de la exigencia de que el empleador deba detallar las «actuaciones profesionales o las relaciones con los clientes en que se base la pérdida de la confianza o el inadecuado nivel profesional». Considera que de esta manera no viene sino a especificarse el requisito de concreción exigido para proceder a la extinción del contrato por tales causas.

3. LA REGULACIÓN ACTUAL DE LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DE LOS ABOGADOS

Como se ha anticipado, para conocer el régimen jurídico aplicable a un abogado que trabaja por cuenta ajena resultará fundamental tener en cuenta si es de aplicación la relación laboral especial o la ordinaria. Probablemente en una gran mayoría de supuestos la prestación de servicios será muy similar en uno u otro caso, pese a lo que el régimen regulador no será el mismo. Como anticipó el TS, la piedra angular de la necesidad de establecer la relación laboral especial se encuentra en el carácter triangular de las relaciones de trabajo y en las notas características del empleador, que no tiene la condición de empresa al uso, sino que reúne una serie de requisitos particulares que justifican el tratamiento diferenciado.

La habilitación legal de esta relación laboral especial se encuentra en la actualidad en el artículo 2.1.k 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. Su regulación se encuentra en el ya aludido Real Decreto 1331/2006, de 17 de noviembre, por el que se desarrolla la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos, pero también en otras normas, como son el Estatuto de la Abogacía Española, cuya versión más reciente fue aprobada por el Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo.

No obstante, para poder discernir el régimen regulador de este colectivo resultará igualmente necesario atender a numerosas otras normas de carácter general, entre las que habrá que prestar una especial atención a las procesales, y que incluyen mandatos especiales para estos trabajadores.

Como puede observarse, todas las normas señaladas establecen distintas obligaciones para los abogados. Será necesario realizar una interpretación integrada de todas ellas para conocer cuál es el régimen regulador de sus derechos y obligaciones. Es obvio que esto puede implicar la existencia de importantes dificultades en algunos supuestos, ante la disparidad de normas reguladoras.

Por lo tanto, el régimen regulador de esta relación laboral especial puede considerarse muy completo. Constituye un punto de partida obligado el sistema de fuentes previsto en el artículo 2 del RD 1331/2006, que establece que esta relación laboral especial se regirá por el citado RD, por los convenios colectivos específicos que se acuerden y que sean de aplicación exclusiva a los despachos de abogados, por la voluntad de las partes y, por último, por los usos y costumbres.

Sin embargo, la exclusión del régimen regulador común a esta relación laboral especial no es absoluta. La disposición adicional cuarta del RD establece que «en lo no regulado en este real decreto será de aplicación lo dispuesto en la Ley del Estatuto de los Trabajadores y las demás normas laborales de general aplicación en cuanto no sean incompatibles con la naturaleza y características especiales que concurren en esta relación laboral».

En consecuencia, resulta imprescindible realizar un juicio de ponderación previo al reconocimiento de los derechos reconocidos en las normas laborales. En concreto, será necesario analizar la compatibilidad de tales derechos con la naturaleza de esta relación laboral especial y con sus aspectos fundamentales¹⁹. Como se ha advertido, a la hora de determinar estos últimos, no habrá que atender exclusivamente a las normas laborales, sino a otras tantas, como las deontológicas o las procesales, cuya virtualidad será muy relevante a tales efectos.

La conclusión a lo señalado es que debe descartarse la aplicación lineal de los derechos previstos en las normas laborales generales. Pero esto no puede implicar tampoco que deba asumirse la exclusión automática de los derechos reconocidos a las relaciones ordinarias. Debe recordarse al respecto que la regulación de las relaciones laborales especiales viene con carácter general a limitar, en algunos casos en gran medida, la protección que el ordenamiento jurídico laboral otorga a los trabajadores.

4. PROBLEMÁTICA EN TORNO A LA DETERMINACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO DE APLICACIÓN

Como ya se ha indicado, el artículo 2.b RD establece que, dentro del peculiar sistema de fuentes, la relación laboral especial se regulará «por los con-

¹⁹ FOLGOSO OLMO, A.: «El derecho a la desconexión digital y su especial incidencia en el ámbito de la relación laboral especial de los abogados», en Djamil Tony Kahale Carrillo (coord.), *Congreso Internacional «Retos interdisciplinarios en el entorno de la industria 4.0»*, Universidad Politécnica de Cartagena, 2021, pp. 113-122.

venios colectivos específicos y de aplicación exclusiva a los despachos de abogados». Esta norma introduce algunas particularidades que deben ser especialmente tenidas en cuenta a los efectos de determinar las normas que regirán la prestación de servicios, y que se desarrollan a continuación.

Por un lado, el artículo 2.b RD establece que a esta relación laboral especial se le aplicarán exclusivamente los convenios colectivos específicos, aprobados y negociados en el ámbito de los despachos de abogados. Dentro de los mismos se incluyen tanto los convenios sectoriales como los de ámbito empresarial (o inferior).

En este particular debe recordarse que los convenios de empresa gozan de prioridad aplicativa en determinados aspectos (entre los que se incluye la regulación del tiempo de trabajo, la remuneración de las horas extraordinarias, etc.), sin que la reforma laboral aprobada por el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre haya modificado esta cuestión, como sí ha ocurrido en cuanto a la regulación del régimen retributivo (respecto del que los convenios sectoriales han recuperado su prioridad).

Igualmente, conviene recordar que la Jurisprudencia ha puntualizado que la referida prioridad se extiende solo a los convenios colectivos de empresa. Quedan excluidos, por tanto, otras fuentes de regulación colectiva como serían los convenios de centro de trabajo²⁰.

El artículo 2.b RD presenta otra faceta que debe ser destacada, como otra cara de la misma moneda. Esta regulación implica que no van a considerarse de aplicación la generalidad de convenios colectivos sectoriales reguladores²¹, cuando no ciñan su ámbito de aplicación a este ámbito concreto.

Resulta necesario analizar por tanto qué debe ocurrir en el caso de aprobarse un convenio colectivo de aplicación expresa a los despachos de abogados, pero cuyo ámbito funcional afectase también a empresas de otro tipo²².

²⁰ En estos supuestos, la Jurisprudencia ha sido clara al negar que los convenios de ámbito inferior gocen de la misma prioridad aplicativa que los de empresa. Así se pronuncia, por ejemplo, la STS núm. 773/2016, de 22 de septiembre, RC 248/2015, al indicar lo siguiente: «entendemos que del juego de los apartados 1 y 2 del artículo 84 ET se desprende que la prioridad del convenio de empresa actúa como excepción a la regla general del apartado 1 y, por ello, como tal excepción ha de ser interpretada en los propios términos utilizados por el legislador. Es más, cuando el apartado 2 indica las materias sobre las que rige tal prioridad lo hace en referencia exclusiva a los convenios de empresa, sin mención alguna a ninguna otro ámbito inferior ni precisión si sobre éstos últimos tendrían repercusión las mismas materias».

²¹ Quedan por tanto al margen convenios colectivos tales como el del sector de oficinas y despachos, el de despachos de estudios técnicos, etc.

²² Un ejemplo prototípico de lo anterior sería el del Convenio Colectivo para el Sector de Abogados, Procuradores y Graduados Sociales de Cantabria. Merece ser destacado este supuesto concreto, que responde a una tradición particular negociadora en Cantabria, cuyas raíces se extienden incluso al período previo a la aprobación del RD. En concreto, el primer convenio fue publicado en el BO de Cantabria de 25 de agosto de 2004 y su ámbito temporal se extendía desde el 1 de enero de 2004 hasta el 31 de diciembre

En estos casos, la norma parece impedir que tales convenios colectivos afecten a los abogados sujetos a esta relación laboral especial, dado que el artículo 2.b RD exige que su aplicación sea exclusiva.

Como puede imaginarse, la aplicación práctica de este sistema de fuentes ha acarreado no pocos problemas. Debe destacarse que apenas se han aprobado convenios colectivos exclusivos de despachos de abogados; y que es muy cuestionable su vigencia en las escasas ocasiones en que dicha aprobación ha tenido lugar²³. En estas condiciones, no ha sido extraño en la práctica –muchas veces por mera inercia– que las partes incluyan en el contrato de trabajo una remisión a otros convenios colectivos sectoriales, como sería el caso del de oficinas y despachos. Por tanto, será necesario analizar las consecuencias que deben desprenderse de dicho pacto.

Al respecto, debe partirse de la doctrina contenida en la STS núm. 65/2022, de 25 de enero, RCU 1565/2020. La referida resolución ampara la posibilidad de que las partes pacten que la relación laboral se rija por un determinado convenio colectivo, a su elección. No obstante, esta posibilidad se vincula a una premisa fundamental: que no exista ningún otro convenio colectivo de aplicación a la relación laboral. Solo en este supuesto las partes podrán acordar que se aplique un determinado convenio colectivo, ya que no se atenta contra normas de derecho necesario²⁴.

Cabe plantearse si esta doctrina puede extenderse a esta relación laboral especial. Algunas sentencias, posiblemente adelantándose a la Jurisprudencia anterior, ya advirtieron de la posibilidad de que las partes puedan pactar la adopción de un convenio colectivo particular, si bien ello se sustentaría en lo previsto en el artículo 2.c RD, que instituye a la voluntad de las partes como

de 2007. Pese a que durante su vigencia se aprobó el RD, se han continuado aprobando sucesivos convenios colectivos que han regulado el sector, que perviven hasta la actualidad.

²³ Es el caso del convenio colectivo ya aludido de Cantabria, para el Sector de Abogados, Procuradores y Graduados Sociales.

²⁴ La STS alcanza esa conclusión en los siguientes términos: «Acreditado que la actividad preponderante de la empresa consiste en la comercialización e intermediación como agente distribuidor entre los diferentes operadores de telecomunicaciones y los clientes finales de los mismos para la realización de ofertas y tramitaciones de altas entre dichos operadores y clientes, es claro que dicha actividad no se subsume ni en el convenio colectivo para el Comercio Vario de la Comunidad de Madrid, ni en el convenio colectivo para el Comercio en General de Málaga y su provincia. Por ende, si no hay convenio de aplicación, nada impide que las partes acuerden libremente la aplicación de uno de esos convenios, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3.1.c ET, en relación con los arts. 1089, 1091 y 1255 CC, no vulnerándose, por tanto, lo dispuesto en el artículo 37.1 CE, ni los arts. 82 y 85.1 y 2 ET, toda vez que, el pacto antes dicho tuvo un objeto lícito, al no ser aplicable ningún convenio, lo que impide por sí mismo, que en el mismo se estableciera condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos».

una de las fuentes de esta relación laboral especial. En cuanto a esto, existe un debate doctrinal que merece ser destacado.

De un lado, se ha considerado que la lectura conjunta de los apartados b y c del artículo 2 RD impide pactar la adscripción a un convenio colectivo no específico. Se entiende así que el artículo 2.b prohíbe adoptar un convenio colectivo general (es decir, no exclusivo). Por lo tanto, a través de la autonomía de la voluntad (art. 2.c) podrá adoptarse un convenio colectivo, siempre que ello no atente contra lo establecido en el artículo 2.b RD. Para ello, esta postura se fundamenta en el inciso que establece que la voluntad de las partes «habrá de respetar lo dispuesto en las disposiciones y convenios colectivos antes citados». Sí se podría acordar la adscripción por esta vía, por ejemplo, a un convenio colectivo específico de despachos de abogados de otra provincia.

Otra posición, en cambio, ha entendido válida la designación de convenio colectivo, aun cuando no se encuentre dentro de los previstos en el artículo 2.b RD («específicos y de aplicación exclusiva a los despachos de abogados»). Este pacto se fundamentaría en la voluntad de las partes, y se sustentaría en los principios reseñados por la STS ya mencionada²⁵.

5. EL TIEMPO DE TRABAJO EN EL REAL DECRETO 1331/2006

El tiempo de trabajo en el ámbito de la relación laboral especial de los abogados se regula en el Capítulo V del RD. El mismo tiene tan solo dos artículos, si bien –como se ha indicado anteriormente– han tenido una especial relevancia, hasta el punto de haber sido objeto de revisión por la Sala Tercera del TS, que acordó la anulación de uno de sus párrafos.

El primer artículo se centra en la regulación de la jornada de trabajo, alusión al sistema de fuentes y abordaje de las formas de su distribución. El segundo artículo regula los descansos, vacaciones, fiestas y permisos. Quedan

²⁵ En la línea referida se han pronunciado distintas sentencias, tales como la STSJ Andalucía/ Granada, núm. 1640/2020, de 2 de julio, rec. 2454/19 o la STSJ C. Valenciana núm. 15/2016, de 12 de enero, rec. 3361/2015. Esta última parte de la inexistencia de convenio colectivo de aplicación al supuesto concreto, con lo que apuntar que se confirma «el pronóstico de la doctrina científica sobre las enormes dificultades para la aprobación de convenios colectivos específicos y de aplicación exclusiva a los despachos de abogados». En estas condiciones, señala que «el juego del artículo 2.b) y 2.c) del Real Decreto, respondió a la normal estructuración de las fuentes en el ordenamiento laboral, esto es, convenio colectivo específico y subsidiariamente, autonomía individual; en contra de lo inicialmente pretendido por la representación corporativa de la abogacía de que los convenios fueran subsidiarios de la autonomía individual». Por lo tanto, considera que, cuando no existe convenio colectivo de aplicación, no existe obstáculo para pactar otro distinto.

fuera determinadas cuestiones ya reguladas tradicionalmente en la normativa laboral, tales como las relativas a las horas extraordinarias, el trabajo nocturno, etc., que no reciben un tratamiento singular. Tampoco se incluye ninguna referencia expresa a otras cuestiones, como el derecho a la desconexión digital, cuyo reconocimiento ha sido muy posterior a la aprobación del RD. Será necesario, por tanto, analizar las consecuencias de tales omisiones y considerar la forma en que estas deberán quedar integradas en el ámbito de esta relación laboral especial. Para ello, será fundamental acudir al juicio de ponderación al que también se ha aludido con anterioridad.

A) Jornada de trabajo

El RD dedica su artículo 14 a regular la jornada y horarios de trabajo. En su primer apartado se regula el sistema de fuentes y se determina el concepto de tiempo de trabajo. En su segundo apartado se alude a la distribución del tiempo de trabajo, incluyendo igualmente el sistema regulador del mismo y sus condicionantes.

a) RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE

Tal y como establece el primer párrafo del artículo 14.1 RD, la duración de la jornada de trabajo será la que se pacte en el convenio colectivo correspondiente. Solo para el caso de que este no exista, la norma hace una remisión a la autonomía de la partes. Sin embargo, en ambos casos se prevé que no podrán excederse los límites de duración de la jornada previstos en el ET, calculados en cómputo anual.

En consecuencia, ante la práctica ausencia de regulación colectiva, debe tenerse en cuenta que la materia se encontrará desarrollada por el ET, con los márgenes que quedan para la autonomía de la voluntad de las partes.

De este modo, la ordenación de esta cuestión será la contenida en términos generales para el resto de los trabajadores²⁶. Por ejemplo, la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual (art. 34.1 ET), el número de horas ordinarias de trabajo efectivo no podrá ser superior a nueve (art. 34.3

²⁶ GALLEGO MOYA, F.: «Singularidades de la relación laboral...» (Bibl. *cit.*).

■ LA REORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO

ET), el tiempo mínimo de descanso entre jornada y jornada será de 12 horas (art. 34.3 ET), la pausa de quince minutos en jornadas que excedan de seis horas (art. 34.4 ET), etc.

b) DEFINICIÓN DE TIEMPO DE TRABAJO

Los párrafos segundo y tercero del artículo 14.1 RD establecían una definición de tiempo de trabajo. A tal efecto, el segundo párrafo incluía una definición positiva, al señalar que tendrá dicha consideración «el tiempo que los abogados permanezcan en el despacho realizando actividades propias de su profesión y el que dediquen fuera del despacho para la asistencia y defensa de los clientes». Esta norma puede parecer en cierta manera superflua, dado que no establece ninguna particularidad sobre las normas generales. Viene más bien a despejar cualquier posible duda o interpretación arriesgada que persiguiese excluir del tiempo de trabajo el desempeñado tanto dentro como fuera del despacho.

La relevancia del párrafo referido se encontraba en su interconexión con el siguiente, en el que se incorporaba una definición negativa de tiempo de trabajo, esto es, se excluían los períodos empleados por el trabajador en «desplazamientos o esperas». Además, permitía que por convenio colectivo se regulase el tiempo máximo de duración de tales períodos, que no serían computados dentro de la duración máxima de la jornada.

Sin embargo, como ya se ha expuesto, este último precepto resultó anulado por las tres SSTs que abordaron la validez del RD. De este modo, no solo se suprimió este último párrafo, sino que se vació de contenido material específico la estipulación contenida en el segundo párrafo, que resultaba redundante dada la definición general de tiempo de trabajo.

En vista de lo anterior, la regulación de la materia en el ámbito de la relación laboral especial ha perdido en la práctica cualquier carácter singular.

B) Distribución irregular de la jornada

Las principales particularidades en materia de jornada se encuentran en el ámbito de la distribución irregular de la jornada de trabajo. En este sentido, el artículo 14.2 RD establece un orden de prelación de normas distinto del general. En concreto, se prevé que la jornada se podrá distribuir de forma irregular por convenio colectivo, acuerdo entre el despacho y los representantes de los abogados o acuerdo individual entre el despacho y el abogado.

La normativa general vigente en el momento de la aprobación del RD²⁷ establecía que esta materia se podría desarrollar por convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. Únicamente se establecía como límite que dicha distribución debería respetar en todo caso los períodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la ley. Por lo tanto, en el momento en que se aprobó el RD, el texto otorgaba al empresario una mayor flexibilidad que la prevista en el régimen ordinario para el resto de los trabajadores, de modo que se permitía que tal distribución pudiera llevarse a cabo también por acuerdo individual.

Sin embargo, el artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores se vio modificado por el artículo 9 del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero que estableció que, en ausencia de pacto, la empresa podría distribuir de manera irregular a lo largo del año el cinco por ciento de la jornada de trabajo. Este porcentaje se incrementó hasta el diez por ciento por el artículo 9 de la Ley 3/2012, de 6 de julio.

Asimismo, a través de la Ley 3/2012 se introdujo la previsión de que el trabajador debería conocer con un preaviso mínimo de cinco días el día y la hora de la prestación de trabajo resultante de dicha distribución irregular de la jornada.

Por último, por el artículo 1.3 del Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, se estableció que las diferencias derivadas de esa distribución irregular de la jornada deberían quedar compensadas en el plazo máximo de doce meses desde que se produjesen. Con todo, el referido período, así como la forma de compensar las diferencias, podría modificarse por convenio o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes.

Dicha regulación permaneció invariable con la nueva versión del Estatuto de los Trabajadores que se aprobó a través del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

En consecuencia, puede concluirse que la regulación del artículo 34 ET que se ha ido aprobando con posterioridad a la entrada en vigor de RD ha establecido un régimen mucho más flexible en el caso de la relación ordinaria general. Es significativo que, en el ámbito de la relación laboral especial, la distribución irregular requiere en última instancia de la existencia de pacto individual, mientras que la regulación general permite al empleador imponerla incluso en ausencia de pacto.

²⁷ Debe recordarse que en ese momento se encontraba vigente el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo. A dicha fecha, el artículo 34, destinado a la regulación de esta materia, conservaba su redacción original.

Se hace evidente de esta manera que la normativa específica ha quedado desfasada respecto de la general al mantenerse un régimen menos flexible en el caso de la relación laboral ordinaria que en la especial, cuando es claro que este no era el propósito perseguido en el momento de la aprobación de la norma²⁸.

El segundo párrafo del artículo 14.2 RD merece una valoración específica²⁹. En concreto, prevé que la distribución de la jornada de trabajo deberá realizarse de forma que asegure el servicio a los clientes y el cumplimiento de los plazos procesales³⁰. De este modo, puede interpretarse que tales exigencias del trabajo deben ser tenidas en cuenta a la hora de establecer tal distribución. Todo ello, claro está, con los límites fijados en los convenios colectivos, acuerdos entre despacho y representantes o acuerdos individuales, y siempre que estos existan. Es decir, tales acuerdos se constituyen en requisito fundamental para que pueda realizarse la referida ordenación de la jornada y, a su vez, como límite para la misma.

No obstante, la expresión «en todo caso» puede entenderse también como superadora del apartado anterior, en el sentido de permitir excepciones a la regla general. De este modo, la necesidad de prestar un servicio a los clientes y, fundamentalmente, la atención a los plazos procesales podría permitir al empleador que impusiese la distribución irregular de la jornada, incluso para los supuestos en que no existiesen los acuerdos aludidos, ya sean colectivos o individuales.

C) Descansos, vacaciones, fiestas y permisos

El RD regula en su artículo 15 el régimen de descansos, vacaciones, fiestas y permisos de la relación laboral especial. En dicho precepto se comienza señalando de forma general que estos abogados tendrán el mismo derecho que

²⁸ Resulta ilustrativo que ya en la exposición de motivos se aluda al reconocimiento a los abogados «de un mayor grado de (...) flexibilidad en la organización y dirección de su trabajo», y de «mayores exigencias (...) en la ejecución de su actividad laboral en cuanto al cumplimiento de los deberes específicos de diligencia (...) y de los plazos que se establecen en las normas procesales».

²⁹ El citado precepto establece que «en todo caso, la distribución de la jornada de trabajo deberá hacerse de tal manera que se asegure el servicio a los clientes y el cumplimiento de los plazos procesales».

³⁰ Se ha apuntado la razonabilidad de que el profesional no pueda dar por concluida su jornada laboral en el marco de una actuación profesional o cuando pueda resultar imprescindible la prolongación de dicha jornada para atender un plazo procesal, precisamente con el objeto de no comprometer los derechos fundamentales de terceros y, muy en particular, su derecho a la tutela judicial efectiva. En esta línea se ha pronunciado ALFONSO MELLADO, C. L.: «La relación laboral especial de los abogados: derechos y deberes, contratación y contrato en prácticas, tiempo de trabajo», en AA. VV., *La relación laboral especial de los abogados*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

el resto de los trabajadores. Pero justo a continuación apunta que podrán establecerse fechas o momentos distintos de su disfrute en atención a las necesidades del trabajo que tengan encomendado.

a) DERECHOS RECONOCIDOS Y SU DETERMINACIÓN

Pese a la generalidad de la norma, sin duda alguna la aplicación práctica del mismo puede dar lugar a resultados que difícilmente pueden entenderse comprendidos en el mismo. Así, aunque se comienza señalando que los abogados tendrán derecho a los mismos derechos que el resto de los trabajadores, ese término de comparación debe ser analizado con detenimiento.

De partida, puede entenderse que la norma hace referencia a lo establecido en los artículos 37 y 38 ET, que regulan esta materia. Estos preceptos contienen precisiones imperativas, tales como el derecho a las fiestas laborables establecidas en el primer párrafo del artículo 37.2 o los permisos retribuidos fijados en el artículo 37.3 ET. La regulación contenida en el RD reconoce estos derechos con claridad.

Por otra parte, los preceptos aludidos contienen también numerosas remisiones a la negociación colectiva. Es el caso de la regulación del permiso retribuido previsto para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal (art. 37.3.d ET) o para realizar funciones sindicales o representativas (art. 37.3.f ET), de los supuestos en que cabe la acumulación del derecho a reducción de jornada por cuidado de menor a su cargo afectado por enfermedad grave (art. 37.5 ET), la fijación de criterios respecto de la concreción horaria en los supuestos de reducción de jornada por guarda legal o por cuidado de familiares (art. 37.7 ET), los derechos de adaptación de jornada previstos para las víctimas de violencia de género (art. 37.8 ET) o el período de vacaciones retribuidas (art. 38.1 ET). Además, debe tenerse en cuenta que los derechos contenidos en estos preceptos tienen el carácter de mínimos, por lo que aun cuando no exista remisión a la negociación colectiva podrán ser mejorados por esta (así como por acuerdo colectivo e, incluso, privado).

El problema vuelve a ser el anteriormente abordado: la exclusión de este colectivo del ámbito de aplicación de convenios generales y la notable insuficiencia de convenios específicos del sector. Lo anterior, sumado a las peculiaridades del sistema de fuentes específico previsto para esta relación laboral especial, pone en cuestión la generalidad de la afirmación contenida en el artículo 15 RD, cuando apunta que este colectivo tendrá los mismos derechos «que disfruten el resto de los trabajadores». Por tanto, no parece que esta regu-

lación haya pretendido equiparar a los abogados con los demás trabajadores, cuando estos últimos se encuentran bajo el amparo de normas colectivas sectoriales más beneficiosas.

En consecuencia, la afirmación general que preside el precepto queda muy debilitada al ponerse en conexión con el resto de las normas que regulan la relación laboral especial. Así pues, este colectivo dispondrá tan solo de los derechos mínimos previstos en la regulación general básica.

b) CONDICIONAMIENTO DE LOS DERECHOS EN DETERMINADOS SUPUESTOS

Llegado este punto, la norma incluye una segunda cláusula limitativa de derechos. Incluso para los derechos mínimos reconocidos en la normativa general, se establece un condicionante vinculado a la atención de los trabajos inaplazables en el ámbito de la actividad laboral. De este modo, en los casos en que existan actuaciones inaplazables o plazos improrrogables, se podrán establecer fechas o momentos distintos para su disfrute. Se establece por tanto que tales derechos deberán disfrutarse en todo caso, si bien podrá aplazarse su ejercicio en los supuestos en que determinadas necesidades productivas lo exijan.

Con todo, la norma guarda silencio en torno a quién le corresponde decidir en qué términos la urgencia de los trabajos puede comprometer el ejercicio de los derechos, la forma de fijación de las nuevas fechas de disfrute de los derechos o qué trabajos justifican el aplazamiento de tales derechos.

En estos casos, no cabe duda de que la decisión de aplazar el disfrute de estos derechos le corresponderá al empleador, que tan solo quedará sujeto a la ulterior revisión judicial, en el caso de que la orden sea cuestionada. En cuanto a la fijación de las nuevas fechas, resultará más razonable que estas se pacten entre el empleador y el abogado. Ahora bien, esta puede quedar de nuevo condicionada a las necesidades productivas del despacho. No resultaría razonable que el aplazamiento del derecho para evitar desatender los procedimientos judiciales en trámite pueda implicar a su vez que se distraiga la defensa de otros distintos. Por supuesto, este planteamiento no puede justificar que una deficiente organización del trabajo del despacho pueda mermar los derechos reconocidos a los trabajadores. La prudencia hace conveniente que los abogados primen la atención a la orden empresarial, sin perjuicio de la posterior reclamación judicial de sus derechos e, incluso, de una indemnización adecuada derivada de los perjuicios sufridos.

La norma tampoco establece los límites temporales dentro de los que debe disfrutarse el derecho aplazado. En el caso de las vacaciones, estas deberán disfrutarse dentro del año natural en curso, si bien la práctica viene permitiendo que se aplaze incluso a las primeras semanas del siguiente. En el caso del resto de derechos, parece razonable que el aplazamiento de los derechos se limite lo menos posible para evitar que los permisos pierdan su finalidad.

Por último, el silencio de la norma acerca de la identificación de las causas que justifican el aplazamiento de los derechos debe ser interpretado de forma restrictiva, con el objeto de evitar poner en peligro el propio disfrute de tales derechos. Solo aquellas actuaciones realmente inaplazables o en las que el trabajador no pueda ser sustituido sin grandes inconvenientes, justificarán este disfrute aplazado³¹.

6. EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL

La Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales³² introdujo, en su artículo 88, un derecho que hasta la fecha no se encontraba regulado en la normativa general:

³¹ Al respecto, resulta interesante acudir a la propia normativa procesal, en tanto que proporciona pautas de gran utilidad a estos efectos. Debe recordarse que el artículo 183.2 LEC prevé, como una de las causas que justifica el nuevo señalamiento de una vista, el hecho de que al letrado de una de las partes le resulte imposible acudir al previamente fijado. Este precepto debe ser puesto en relación con el artículo 188 LEC que, en sus apartados quinto y sexto, hace referencia a los supuestos en que un señalamiento deberá suspenderse por imposibilidad del letrado de comparecer. Dentro de estos se incluye la coincidencia de señalamientos con un procedimiento (teniendo preferencia el anterior y, en todo caso, la existencia de una causa criminal con preso). Significativamente, estos preceptos son de aplicación en todas las jurisdicciones salvo en la social, donde existe una regulación específica. El párrafo segundo del artículo 83.1 LRJS establece que la coincidencia de señalamientos justificará la suspensión del señalamiento «de no ser posible la sustitución dentro de la misma representación o defensa». Esta regulación permite dos interpretaciones. De un lado, aquella que entiende que si es formalmente posible dicha sustitución (algo que con frecuencia ocurrirá en el ámbito de despachos colectivos, en los que prestan servicios numerosos abogados), no se accederá a la suspensión. De otro lado, aquella que no se limita a la imposibilidad formal, sino que tiene en cuenta otros muchos aspectos, como puede ser la relación especial de confianza que debe existir entre un cliente y un letrado concreto, por mucho que este último forme parte de un despacho con numerosos abogados. Aunque esta última interpretación no es la que suele prevalecer en la práctica forense, resulta sin duda mucho más respetuosa con el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la designación de letrado.

³² A través de esta ley orgánica se ha adaptado a nuestro derecho interno el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

el derecho a la desconexión digital. Este último, por su íntima conexión con el derecho al descanso, merece un abordaje específico.

Con carácter previo, resulta fundamental establecer una definición de este derecho, dada su ausencia en el texto legal aprobado. Al respecto, puede entenderse que este consiste en «el derecho a no permanecer atento a los requerimientos, exigencias y demás cuestiones empresariales durante el tiempo ajeno a la jornada laboral»³³, lo que debe ponerse en conexión con la notable influencia que viene teniendo la llamada industria 4.0 en las relaciones laborales y toda la influencia tecnológica derivada de la misma³⁴. El reconocimiento del derecho nace estrechamente vinculado con la necesidad de salvaguardar a los trabajadores de los riesgos laborales que se derivan de las nuevas relaciones de producción. De forma significativa, la norma incluye una alusión específica a uno de estos riesgos, como es el de fatiga informática (art. 88.3 LOPD), si bien no es el único que pretende evitarse con el reconocimiento del derecho (entre otros, merece una especial referencia el estrés laboral).

La segunda cuestión que presenta relevancia radica en la necesidad de discernir si su reconocimiento generalizado debe extenderse también a las relaciones laborales especiales y, en particular, a la de los abogados. Debe tenerse en cuenta que en el RD no se incluye ninguna alusión a este derecho, lo que puede explicarse dado que su aprobación es anterior a la del reconocimiento del derecho a la desconexión digital³⁵.

Resulta conveniente por tanto analizar si el reconocimiento de este derecho resulta compatible con los fundamentos de la relación laboral especial. La regulación del derecho a la desconexión digital no ha sido muy extensa, lo que ha generado importantes incertidumbres en cuanto a la concreción de su contenido. Ahora bien, la identificación de este derecho con la garantía de un descanso efectivo fuera del tiempo de trabajo y el hecho de que este sea precisamente el que trata de garantizarse con el derecho a la desconexión digital (como establece el propio artículo 88.1 de la Ley Orgánica 3/2018) permite entender que se viene a apostar de forma implícita por la necesidad de exten-

³³ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y FOLGOSO OLMO, A., «En torno a la “desconexión digital”», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Volumen 9, número 2, abril-junio de 2021, p. 48.

³⁴ Dicha influencia se caracteriza, en lo que aquí interesa, por la existencia de novedosos dispositivos electrónicos, programas informáticos, aplicaciones, etc., cuya utilización puede llegar a resultar invasiva para el trabajador durante su tiempo de descanso.

³⁵ Por otra parte, también podría cuestionarse que la falta de adaptación del RD al texto de la Ley Orgánica ha sido intencionada. Nuevamente, existe un problema que habría podido ser solventado a nivel normativo con gran facilidad, pero que deberá ser resuelto en sede judicial.

der este derecho al ámbito de la relación laboral especial³⁶. Con todo, de forma que puede parecer incluso premonitoria de los problemas de previsible aparición, el artículo 88.2 de la Ley Orgánica establece que las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión digital «atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral». Esta expresión cobra un especial significado en el ámbito de esta relación laboral especial, lo que permite entender que su contenido se verá afectado por las particularidades de la misma.

Asumida por tanto la necesidad de extender este derecho a la relación laboral de los abogados, regresan los problemas ya analizados en el ámbito del resto de derechos, derivados del particular sistema de fuentes propio de esta relación laboral especial. Tales problemas se agravan en el caso de este derecho, donde el legislador ha apostado especialmente por poner en manos de la negociación colectiva su desarrollo específico. En concreto, en el artículo 88.2 LOPD se establece que las modalidades de su ejercicio se establecerán a través de la negociación colectiva o, en su defecto, de los acuerdos entre empresa y representantes de los trabajadores. Sin duda alguna, no tardarán en aparecer numerosos litigios en torno a la posibilidad de que a través de la negociación colectiva se termine aprobando una regulación que comprometa el propio derecho a la desconexión digital. Evidentemente, la indefinición propia del reconocimiento legal del derecho no resultará inconveniente para que en sede judicial puedan cuestionarse las regulaciones que, en la práctica, vacíen totalmente de contenido el derecho.

7. CONCLUSIONES

Muchas de las muy razonables dudas que inicialmente se plantearon en torno a la pertinencia de esta relación laboral especial no han quedado resueltas. Pese a ello, lo cierto es que esta normativa se encuentra absolutamente asentada y su aplicación práctica es incuestionable.

Partiendo de dicha premisa, la regulación vigente en la materia ha demostrado en algunos aspectos ser muy mejorable y, en otros, encontrarse absolutamente alejada respecto de los objetivos que inicialmente perseguía. Sin duda alguna, muchas de las dudas que ya se plantearon en la impugnación del RD demostraron ser acertadas e, incluso, anticiparse a numerosos inconvenientes que posteriormente han ido apareciendo.

³⁶ Pese a lo expuesto, de igual manera que el derecho al descanso, permisos, etc., queda especialmente condicionado en el ámbito de esta relación laboral especial al adecuado ejercicio del derecho de defensa, el derecho a la desconexión digital también puede verse afectado por la labor realizada por el abogado.

Sin duda alguna, uno de los mayores problemas de la normativa vigente se encuentra en el ámbito de su sistema de fuentes y del carácter restrictivo que se exige a los convenios colectivos para poder aplicarse a estas relaciones. La evidencia ha demostrado que la negociación colectiva sectorial ha sido prácticamente inexistente, con lo que no ha hecho más que atomizarse la posición negociadora de este grupo de trabajadores, con la lógica consecuencia de su debilitamiento a la hora de pactar sus condiciones laborales. No cabe duda de que sería muy aconsejable una revisión y flexibilización de los requisitos exigidos a los convenios colectivos para poder extender sus efectos a los abogados sujetos al RD 1331/2006.

Otro de los principales inconvenientes se deriva de la circunstancia de que el RD tenga ya más de quince años, sin que haya sido objeto de revisión. Es cierto que esta circunstancia es común a la mayoría de las demás relaciones laborales especiales. Esta situación cobra una especial relevancia en el ámbito de la regulación del tiempo de trabajo, habida cuenta de la importante evolución de la normativa en la materia, frente a la congelación del reglamento. Como se ha indicado, en el momento de la redacción del RD se apostaba por un régimen especialmente flexible en cuanto a la ordenación de la jornada. Esta pretensión, que ya se hacía explícita en la propia exposición de motivos, se podía constatar con facilidad con una mera lectura de su regulación específica en contraposición con ordinaria incluida en el ET.

Con todo, la apuesta por la flexibilización de las condiciones laborales que ha tenido lugar en la última década ha provocado que las previsiones contenidas en el RD queden absolutamente desfasadas frente a las reglas generales. Paradójicamente, en la actualidad los titulares de despachos de abogados encontrarán más dificultades para organizar la jornada de sus trabajadores que el resto de los empleadores. Es evidente que esta situación no era la pretendida y justificaría que se revisase esta materia.

En este mismo sentido, la adaptación del RD sería conveniente para incorporar los nuevos derechos que han ido reconociéndose, entre los que sin duda ocupa un papel protagonista el relativo a la desconexión digital. Al respecto, no cabe duda de que la abogacía es una de las profesiones que más se han visto afectadas por la implementación de las nuevas tecnologías. El ejercicio profesional ya depende absolutamente de la informática tanto en las relaciones con la administración de justicia, como en cuanto a la comunicación con los propios clientes. En estas circunstancias, han aparecido riesgos laborales novedosos que merecen ser muy tenidos en cuenta y cuya prevención justifica que se apueste por el reconocimiento de derechos como el señalado, cuya finalidad se dirige precisamente a garantizar la salud de los trabajadores ante las nuevas situaciones que van surgiendo.

8. BIBLIOGRAFÍA

- ALFONSO MELLADO, C. L.: «La relación laboral especial de los abogados: derechos y deberes, contratación y contrato en prácticas, tiempo de trabajo», en AA. VV., *La relación laboral especial de los abogados*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, pp. 59-82.
- ARETA MARTÍNEZ, M. y SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Control judicial del Reglamento regulador de la relación laboral especial de abogacía (Comentario a la STS, Contencioso, de 16 diciembre 2008 [RJ 2008,5991]», *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, núm. 5, 2009, pp. 17-34.
- FOLGOSO OLMO, A.: «El derecho a la desconexión digital y su especial incidencia en el ámbito de la relación laboral especial de los abogados», en Djamil Tony Kahale Carrillo (coord.), *Congreso Internacional «Retos interdisciplinarios en el entorno de la industria 4.0»*, Universidad Politécnica de Cartagena, 2021, pp. 113-122.
- GALLEGO MOYA, F.: «Singularidades de la relación laboral de carácter especial de los abogados en despachos en materia de jornada y descansos, y de derechos y deberes derivados del contrato de trabajo (Comentario a los Capítulos V y VI del Real Decreto 1331/2006)», *Estudios de derecho judicial*, núm. 141, 2007, pp. 379-434.
- GARCÍA PIÑEIRO, N.: «Del trabajo autónomo al abogado trabajador por cuenta ajena: la relación laboral especial de los abogados al servicio de despachos profesionales», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 83, pp. 151-178.
- GOERLICH PESET, J. M.: «La relación especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos: configuración general», en AA. VV., *La relación laboral especial de los abogados*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, 13-58.
- MAS GARCÍA, E. M.: «Delimitación del tipo de relación contractual entre los profesionales liberales. Análisis pormenorizado respecto a los abogados». En *Trabajo autónomo: regulación jurídica y perspectivas. Régimen profesional, modalidades y Seguridad Social*, Francisco Javier Fernández Orrico (dir.), María Mercedes Sánchez Castillo y Rosario Carmona Paredes (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia (2020), 87-106.
- PALOMAR OLMEDA, A.: «La doctrina del Tribunal Supremo sobre la relación especial de los abogados (STS Contencioso, Sección 4.ª, de 16 de diciembre de 2008 [RJ 2008, 5991]», *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, núm. 7, 2009, pp. 11-19.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y FOLGOSO OLMO, A., «En torno a la “desconexión digital”», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Volumen 9, número 2, abril-junio de 2021, pp. 30-63.

CAPÍTULO XXVI

EL TIEMPO DE TRABAJO DEL PERSONAL ESTATUTARIO DE LOS SERVICIOS DE SALUD*

ANA I. PÉREZ CAMPOS

Prof. Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

A los profesionales sanitarios y al personal que presta sus servicios en los centros e instituciones sanitarias de la Seguridad Social se les aplica una regulación específica, la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud. En el caso de los residentes sanitarios en formación, su prestación de servicios tiene naturaleza de relación laboral especial y su normativa reguladora es el RD 1146/2006, de 6 de octubre. La conveniencia de normativas específicas para este colectivo tiene su razón de ser en la necesidad de que su régimen jurídico se adapte a las específicas características del ejercicio de las profesiones sanitarias y del servicio sanitario-asistencial, así como a las peculiaridades organizativas del Sistema Nacional de Salud.

Las reglas relativas a la determinación del tiempo de trabajo del personal estatutario tienen una destacada importancia en el equilibrio de intereses que subyace: de

* Publicación realizada en el marco del proyecto Nuevas dimensiones del tiempo de trabajo, PID 2019-105914GB-I00, convocatoria 2019 para Proyectos de I+D+i en Programas Estatales de Generación de Conocimiento y Fortalecimiento Científico y Tecnológico del Sistema I+D+i y de I+D+i Orientada a los Retos de la Sociedad, Ministerio de Ciencia e Innovación (España).

un lado, los de la Administración a la hora de proporcionar unos servicios públicos de calidad a favor de los ciudadanos y, de otro, los del propio personal estatutario relativos a garantizar su seguridad y salud, a través del descanso y de tiempo de ocio.

El Estatuto Marco sienta las bases del régimen jurídico del personal estatutario de los servicios de salud que quedan sujetas a desarrollo normativo por parte de las Comunidades Autónomas –artículo 3 EM– lo que introduce un factor de dispersión normativa y, por tanto, de heterogeneidad como característica esencial en el alcance de la protección en el ámbito sanitario, con un reflejo específico en materia de tiempo de trabajo y descansos.

Partiendo del hecho cierto de que toda clase de actividad productiva ha de estar referida al tiempo invertido en su realización, no cabe duda de que esta acotación temporal constituye uno de los elementos más importantes de los que componen la regulación de esta prestación de servicios, en la medida en que no es tarea sencilla ordenar los tiempos de trabajo del personal estatutario de los servicios de salud. Minorar la duración del trabajo, como necesidad para proteger la integridad del personal estatutario se configura, por tanto, como una reivindicación paulatina y actualizada a raíz de la pandemia generada por la COVID-19, que se dirige hacia una necesaria delimitación del tiempo de trabajo efectivo y los descansos sobre la base de la necesaria atención continuada de la prestación de servicio público al ciudadano. Las especiales características de la jornada del personal de los centros sanitarios, en la que se produce la acumulación de horas en jornada nocturna o en día festivo, van a condicionar la duración de la jornada y, sobre todo, el respeto del derecho al descanso. A su vez, el objetivo de las normas de protección del personal estatutario se dirige a garantizar el derecho a la salud y seguridad del propio personal estatutario.

En definitiva, la disyuntiva principal sigue girando en torno a cómo integrar la necesidad de atención permanente a los ciudadanos, el respeto a la jornada máxima y a los descansos en garantía de la seguridad y salud del personal estatutario; todo ello en ausencia de recursos humanos suficientes.

Realizadas las anteriores precisiones, el estudio tiene un objetivo general y otro específico. El objetivo general pretende dar a conocer los aspectos fundamentales en la ordenación del tiempo de trabajo para este colectivo, donde los servicios de salud no han mostrado una especial diligencia en la aplicación de la regulación del tiempo de trabajo para el personal que realiza atención continuada. El objetivo específico se centrará en abordar el estado de la cuestión y, en concreto, la eficacia de la regulación de la jornada y los descansos del personal estatutario para identificar y ordenar los conflictos existentes, centralizados en torno a las guardias y sus descansos posteriores. Para finalizar abordaremos en un epígrafe específico, el tiempo de trabajo de los residentes sanitarios en formación.

2. EL TIEMPO DE TRABAJO EN LA ACTIVIDAD SANITARIA

A) Delimitación conceptual

El tiempo de trabajo desempeñado por el personal sanitario tiene particularidades reflejadas en la especial normativa de aplicación a los mismos, donde no siempre resulta una tarea sencilla ordenar la jornada y descansos en el sector sanitario, en especial, la duración de la jornada en atención continuada con el respeto del derecho al descanso¹ y todo ello con el objetivo prioritario de garantizar el derecho a la seguridad y a la salud de este colectivo.

La regulación de la jornada del personal estatutario fue afrontada por el Estatuto Marco incorporando a nuestro derecho interno las demandas del ordenamiento comunitario. En particular, la legislación estatal responde a la transposición al derecho nacional de la Directiva comunitaria 2003/88/CE, de 22 de septiembre de 2004, relativa a la ordenación del tiempo de trabajo.

La regulación del tiempo de trabajo es una cuestión compleja en general, pero aún lo es más en el ámbito sanitario, prueba de ello es que a pesar de los intentos de reforma de la citada norma comunitaria, finalmente no fueron aprobados. No obstante, el pasado julio se ha aprobado una modificación de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, por el Real Decreto-ley 12/2022, de 5 de julio que aborda exclusivamente la reducción del empleo temporal, dejando para una posterior revisión del texto, tal y como se refleja en la disposición adicional primera del real decreto-ley que recoge el compromiso de iniciar en el plazo de 3 meses un proceso de negociación sindical para la actualización del Estatuto Marco (disp. adic. primera RDL 12/2022)².

La ordenación del tiempo de trabajo se regula en el capítulo X sobre jornada de trabajo, permisos y licencias de la Ley 55/2003 del Estatuto Marco, en los artículos 46 a 61.

En el artículo 46 se alude a una serie de definiciones, a los solos efectos de la aplicación de las disposiciones en materia de tiempo de trabajo³, en términos parecidos a los establecidos en las Directivas comunitarias.

Una primera definición se refiere a *centro sanitario* donde el legislador se limita a reenviar a la noción de centros e instituciones a los que alude el ar-

¹ SERRANO ARGÜELLO, M.: «Dos desafíos para la sanidad pública: el mantenimiento de los recursos humanos y la delimitación de la jornada de trabajo», *Lan Harremanak*, núm. 17, 2007, p. 258.

² Sobre las propuestas de modificación de la Directiva 2003/88/CE, de 22 de septiembre de 2004, sobre tiempo de trabajo, véase FERRADANS CARAMÉS, C.: «Ordenación del tiempo de trabajo del personal estatutario: un apunte específico sobre el servicio andaluz de salud», *Temas laborales*, núm. 97/2008, pp. 63-96.

³ CAIRÓS BARRETO, D.: «La ordenación del tiempo de trabajo del personal estatutario de los servicios de salud», *Revista Derecho y salud*, núm. Extra. 2, 2006, p. 36.

título 29 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad⁴. De esta ley puede deducirse que el centro sanitario será todo establecimiento sanitario con independencia de su categoría reconocido como tal.

El *tiempo de trabajo* se define como «el período en que el personal permanece en el centro sanitario, a disposición del mismo y en ejercicio efectivo de su actividad y funciones. Así mismo pueden considerarse incluidos en el tiempo de trabajo los servicios prestados fuera del centro sanitario, siempre que se produzcan como consecuencia del modelo de organización asistencial o deriven de la programación funcional del centro». Como puede observarse la definición del tiempo de trabajo es muy similar a la establecida en la Directiva comunitaria donde la esencia y también la complejidad de esta noción reside en la delimitación de lo que sea estar en el puesto de trabajo y en el ejercicio efectivo de su prestación de servicios.

Junto al tiempo de trabajo en materia de sanidad resulta esencial, para la prestación continuada de servicios de atención y cuidado, la definición de período de localización para hacer referencia al período de tiempo en el que el personal se encuentra en situación de disponibilidad que haga posible su localización y presencia inmediata para la prestación de un trabajo o servicios efectivo cuando fuera llamado para atender las necesidades asistenciales que eventualmente se puedan producir.

Consecuentemente, se denomina *período de localización* el período de tiempo en el que el personal se encuentra en situación de disponibilidad que haga posible su localización y presencia inmediata para la prestación de un trabajo o servicio efectivo cuando fuera llamado para atender las necesidades asistenciales que eventualmente pudieran producirse, de modo que pasaría a considerarse tiempo de trabajo si se produjera la llamada y se realizara la prestación del servicio.

La determinación del tiempo de trabajo efectivo en el ámbito sanitario, al igual que ocurre en el ámbito privado, es una de las materias que más litigiosidad ha causado, principalmente en lo que refiere a la determinación de si la guardia de presencia y de localización se puede considerar o no como tiempo de trabajo efectivo.

⁴ El artículo 29 de la Ley General de Sanidad establece que «Los centros y establecimientos sanitarios, cualesquiera que sea su nivel y categoría o titular, precisarán autorización administrativa previa para su instalación y funcionamiento, así como para las modificaciones que respecto de su estructura y régimen inicial puedan establecerse. La previa autorización administrativa se referirá también a las operaciones de calificación, acreditación y registro del establecimiento. Las bases generales sobre calificación, registro y autorización serán establecidas por Real Decreto. Cuando la defensa de la salud de la población lo requiera, las Administraciones Sanitarias competentes podrán establecer regímenes temporales y excepcionales de funcionamiento de los establecimientos sanitarios.»

La jurisprudencia comunitaria ha venido entendiendo que las guardias con presencia física en el centro sanitario, deben considerarse igualmente tiempo de trabajo, con independencia de que llegue a producirse efectivamente o no la prestación del servicio, ya que excluir del concepto de tiempo de trabajo el período de atención continuada en régimen de presencia física equivaldría a poner seriamente en peligro la consecución del objetivo de garantizar la salud y la seguridad de los trabajadores, propio de la Directiva Comunitaria⁵.

En cambio, la guardia de localización o disponibilidad donde el trabajador tiene que estar localizable se consideró, inicialmente, que no era tiempo de trabajo efectivo el mero hecho de estar disponible y atender o acudir presencialmente sólo cuando fuese llamado para atender una necesidad asistencial. No obstante, en los últimos años se ha matizado y modificado esta interpretación sobre la base de la jurisprudencia comunitaria, que ha pasado a considerar las guardias de localización como tiempo de trabajo efectivo, cuando concurren determinadas circunstancias, sobre la base de que dicha disponibilidad no constituye un efectivo derecho al descanso⁶. Estos pronunciamientos tienen importantes consecuencias en determinados sectores de los distintos Estados miembros, esencialmente en el de la sanidad que requieren períodos de guardia regulares por la atención continuada de esta prestación de servicios.

Otra de las definiciones características en la delimitación del tiempo de trabajo es el de *periodo de descanso*, entendiendo por tal el período de tiempo que no sea tiempo de trabajo, es decir, el legislador tanto comunitario como nacional, en realidad no concreta lo que se considera como tiempo de descanso, al configurarlo en sentido genérico y por oposición al tiempo de trabajo.

La delimitación del *trabajo nocturno* se deja a la determinación de las normas, pactos o acuerdos, que sean aplicables a cada centro sanitario, pero se establece que tendrá una duración mínima de siete horas e incluirá necesariamente el período comprendido entre las cero y las cinco horas de cada día natural. A este respecto, tendrá la consideración de trabajador nocturno el que realice normalmente durante el período nocturno una parte no inferior a tres

⁵ Por todas, véase, STJCE 3 octubre 2000 *SIMAP*, asunto C-303/98.

⁶ STJUE de 21 de febrero de 2018, *Matzak*, asunto C-518/1559, constituye un punto de inflexión, al haber matizado esta posición de partida y al haber considerado como tiempo de trabajo todo el período de tiempo durante el que el trabajador se encuentre en situación de guardia localizada, aunque no sea requerido para trabajar, cuando el tiempo de respuesta exigido para incorporarse a prestar servicios sea tan reducido que limite sus posibilidades de atender sus asuntos personales o sociales, haciendo incompatible el estar de guardia localizada con cualquier otra actividad. ALMENDROS GONZÁLEZ. M. A.: «Tiempo de trabajo efectivo», en AA: *VV. El Nuevo Escenario en Materia de Tiempo de Trabajo. XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales* (Coord. S. González Ortega), Sevilla, 2020, p. 78.

horas de su tiempo de trabajo diario, o el que pueda realizar durante el período nocturno un tercio de su tiempo de trabajo anual.

Por otro lado, se concreta el *trabajo por turnos* como toda forma de organización del trabajo en equipo por la que el personal ocupe sucesivamente las mismas plazas con arreglo a un ritmo determinado, incluido el ritmo rotatorio, que podrá ser de tipo continuo o discontinuo, implicando para el personal la necesidad de realizar su trabajo en distintas horas a lo largo de un período dado de días o de semanas. Consecuentemente, se define el personal a turnos como aquel cuyo horario de trabajo se ajusta a un régimen de trabajo por turnos.

Finalmente, se define la *programación funcional del centro*, como el conjunto de instrucciones que, en uso de su capacidad de organización y de dirección del trabajo, se establezcan por la gerencia o la dirección del centro sanitario en orden a articular, coordinadamente y en todo momento, la actividad de los distintos servicios y del personal de cada uno de ellos para el adecuado cumplimiento de las funciones sanitario-asistenciales.

B) Marco normativo

El trabajo desempeñado por el personal estatutario de los servicios de salud tiene particularidades reflejadas en la especial normativa de aplicación a los mismos y derivadas de la necesidad de la atención continuada de servicio público. Junto a la transposición de la Directiva 2003/88/CE relativa a la ordenación del tiempo de trabajo, su norma fundamental es el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud (en adelante EM), fue aprobado por la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, con el objetivo de actualizar y adaptar el régimen jurídico de este personal, tanto en lo que se refiere al modelo del Estado Autonómico como en lo relativo al concepto y alcance de la asistencia sanitaria, a través del establecimiento de las normas básicas relativas al mismo. A ella hay que sumar la posterior publicación de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), que pretende ser la norma básica sobre la que se desarrollan las condiciones laborales de los funcionarios públicos, dado que desde hace tiempo la jurisprudencia optó por asimilar la relación del personal estatutario a la relación funcionarial, declarando como supletoria no la legislación laboral, sino la normativa de la función pública.

El sistema nacional de salud está descentralizado y, junto a la competencia exclusiva del Estado para regular las bases y coordinación general de la sanidad nacional (art. 149.1.17.^a CE), está la capacidad normativa de las CCAA para organizar y gestionar los servicios. El artículo 2.3 del Estatuto Marco

establece que en esta ley será de aplicación al personal sanitario funcionario y al personal sanitario laboral que preste servicios en los centros del Sistema Nacional de Salud gestionados directamente por entidades creadas por las distintas Comunidades Autónomas para acoger los medios y recursos humanos y materiales procedentes de los procesos de transferencias del antiguo Insalud, en todo aquello que no se oponga a su normativa específica de aplicación y si así lo prevén las disposiciones aplicables al personal funcionario o los convenios colectivos aplicables al personal laboral de cada Comunidad Autónoma. Por tanto, en el ejercicio de sus competencias, las Comunidades Autónomas pueden optar por un desarrollo estrictamente normativo, promulgando leyes, reglamentos, mediante normas pactadas –pactos o acuerdos–, incluidas las facultades directivas de los centros sanitarios.

A su vez, unas y otras fuentes de regulación pueden tener un alcance general o particular tanto desde una vertiente subjetiva como por razón de la materia. Así pues, su ámbito de aplicación puede limitarse al personal estatutario o por el contrario extenderse a todo el personal de los Servicios de Salud. Desde una perspectiva material, las fuentes normativas pueden ir referidas en exclusiva a materias concretas objeto de regulación tales como cuestiones retributivas, régimen de acceso al empleo, condiciones laborales, jornada, permisos y vacaciones, entre otras.

Aun cuando todos los aspectos relacionados con el tiempo de trabajo constituyen una de las materias objeto de negociación entre la Administración y los interlocutores sociales, lo cierto es que todavía es enormemente manifiesta la tradición reglamentista que pervive en este espacio. Es más, la Ley 55/2003 se esfuerza en seguir remarcando la facultad administrativa a la hora de proceder a la concreción temporal de la prestación de servicios, sin posibilidad de generar derechos adquiridos a favor del personal estatutario ante una posible modificación de la misma. Prueba de ello, la delimitación de los tiempos de actividad queda condicionada al acuerdo o los pactos que se establezcan, sin que se concrete en la norma estatutaria el tiempo de ejecución de la prestación, situando con exactitud la actuación debida por el personal estatutario, con el sólo límite de respetar la legislación vigente relativa a descansos diarios y semanales.

En consecuencia, no existe una única fórmula de ordenación del tiempo de trabajo y del régimen de descansos; se presenta un mapa complejo de distintos modelos normativos que en ciertos aspectos van a ser generadores de heterogeneidad jurídica. Por tanto, la dispersión normativa complica su estudio y análisis a la vez que va a provocar que no exista una completa uniformidad en el tratamiento de algunas condiciones de trabajo como, por ejemplo, el régimen de jornada y descansos que constituye el objeto de este estudio. Sirva

este marco normativo amplio y heterogéneo para contextualizar y reforzar la propuesta de necesaria armonización de la ordenación del tiempo de trabajo de la prestación de servicios en el sector sanitario.

C) **Ámbito de aplicación**

Como paso previo al análisis del tiempo de trabajo, interesa destacar dos aspectos: por un lado, el que se refiere al ámbito de aplicación del personal en las diversas Administraciones Públicas y, por otro, el que afecta a los destinatarios del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, en sus diversas modalidades de funcionarios y personal laboral.

La conveniencia de una normativa propia, para este personal, deriva de la necesidad de que su régimen jurídico se adapte a las específicas características del ejercicio de las profesiones sanitarias y del servicio sanitario-asistencial, así como a las peculiaridades organizativas del Sistema Nacional de Salud. Este modelo organizativo especial, que sólo existe en el ámbito de los servicios sanitarios públicos, se crea y configura en la Ley General de Sanidad como medio de adaptación de tales servicios a la organización política y territorial española y se concibe como el conjunto de los diferentes servicios de salud con un funcionamiento armónico y coordinado.

Conviene subrayar que las normas básicas que establece el Estatuto marco para el personal estatutario constituyen la plataforma de partida común a las peculiaridades que configuran las distintas Administraciones, en el sentido de que son los pilares de la normativa que se aplica a los trabajadores de la Administración Pública, es decir, como explica su exposición de motivos: «el régimen de la función pública no puede configurarse hoy sobre la base de un sistema homogéneo que tenga como modelo único de referencia a la Administración del Estado. Por el contrario, cada Administración debe poder configurar su propia política de personal, sin merma de los necesarios elementos de cohesión y de los instrumentos de coordinación consiguientes». Ello significa que la regulación básica en materia de tiempo de trabajo figura en el Estatuto marco, sin perjuicio de que puedan encajarse otras disposiciones sobre esta materia, que respondan a las peculiaridades de la Administración pública correspondiente (estatal, autonómica, local) y siempre que no contradigan lo establecido con carácter general en la citada norma y sobre todo que no rebajen, en ningún caso, los derechos del personal estatutario contenidos en el citado Estatuto. A este respecto, debe destacarse que la diversidad de fuentes

de regulación multiplica la dispersión normativa y, por tanto, la heterogeneidad se erige en característica de su configuración.

La Disposición adicional 2.^a del Estatuto marco especifica que «El régimen de jornada y de descansos establecido en la Sección 1.^a del Capítulo X de esta Ley, será de aplicación al personal sanitario a que se refiere el artículo 6, sea cual sea el vínculo jurídico de su relación de empleo, de los Centros y Servicios Sanitarios gestionados directamente por los Servicios de Salud. Asimismo, dicho régimen será de aplicación, bien con carácter supletorio en ausencia de regulación sobre jornada y descansos en los convenios, acuerdos o pactos en cada caso aplicables, bien directamente si la regulación de esta Ley resulta más beneficiosa que las previsiones de dichos acuerdos, al personal de los centros vinculados o concertados con el Sistema Nacional de Salud, cuando tales centros estén formalmente incorporados a una Red Sanitaria de utilización pública».

En consecuencia, la regulación sobre tiempo de trabajo y descansos, se aplica a todo el personal estatutario –funcionario o laboral– con independencia de que su vínculo administrativo sea fijo o temporal y con independencia también de cuál sea el vínculo que une al personal con la institución sanitaria pública (en régimen de gestión directa) e incluso para los vinculados o concertados por el SNS (gestión indirecta), esto es, cuando estén incorporados a una red sanitaria de utilización pública, bien con carácter supletorio a falta de regulación específica en materia de jornadas y descansos en el convenio colectivo del centro de que se trate, bien con carácter directo, como norma más beneficiosa que las previsiones convencionales, lo que implica, seguramente, en este caso, su articulación como norma mínima mejorable, a pesar del no demasiado afortunado tenor legal⁷, por lo que la normativa del EM actúa, de hecho, como un mínimo indisponible en la negociación colectiva⁸.

La Disposición adicional undécima extiende sus normas al personal estatutario del Instituto Social de la Marina y la Décimo Tercera excluye al personal militar que preste sus servicios en los centros, establecimientos y servicios sanitarios integrados en la red sanitaria militar, debiendo entenderse, por tanto, que sí queda incluido el personal civil, funcionario o no, que preste servicios en tales centros.

⁷ GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I. y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: «La ordenación del tiempo de trabajo del personal estatutario del Sistema Nacional de Salud», *Relaciones Laborales*, núm. 20, 2006. p. 486.

⁸ MARÍN MORAL, I.: «Artículo 46. Objeto y definiciones», en *AAVV Comentarios a la Ley 55/2003 del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud*. (Dir. A. Palomar Olmeda y A. V Sempere Navarro), Thomson-Aranzadi, 2006, p. 440

También se extiende su ámbito de aplicación a los residentes sanitarios en formación, si bien con las especialidades contenidas en el RD 1146/2006, de 6 de octubre, por el que se regula la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud⁹.

3. JORNADA DE TRABAJO. TIPOLOGÍA

La Ley 55/2003 establece con relación a la jornada tres modalidades diferentes: la jornada ordinaria, la complementaria y la especial y donde se incluye en su articulado unas disposiciones mínimas en esta materia, fundamentalmente con la finalidad de garantizar la protección de la seguridad y salud del personal estatutario.

Como es conocido, la prestación de asistencia sanitaria ha de ser continua, todas las horas del día durante todos los días del año, por ello las legislaciones están llamadas a disimular los intereses de los trabajadores del sector (de sus derechos y condiciones laborales) con el derecho de prestar a los ciudadanos la debida protección de la salud –artículo 43 CE y artículo 35 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión europea–¹⁰.

A) Jornada ordinaria

El artículo 47 del EM alude a la jornada ordinaria, remitiendo en su delimitación a las normas, los pactos y acuerdos negociados con los agentes sociales según resulte procedente, pudiéndose establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año a través de la programación funcional del correspondiente centro, que se determinará en las normas, pactos o acuerdos; lo que va a permitir introducir mayor flexibilidad en la prestación de los servicios sanitarios en función de las específicas necesidades del centro.

A diferencia de lo que acontece tanto en la normativa funcionarial como en la laboral, donde la jornada en ambos casos viene fijada por el derecho estatal en cómputo anual con referencias semanales, como un máximo en las leyes laborales y como un número infranqueable e indisponible en las normas funcionariales, no resulta sencillo delimitar la jornada ordinaria del personal

⁹ BOE de 7 de octubre de 2006.

¹⁰ SERRANO ARGÜELLO, M.: «Dos desafíos para la sanidad pública: el mantenimiento de los recursos humanos y la delimitación de la jornada de trabajo», ob. cit., p. 257.

estatutario en un número de horas semanales, dado que las vicisitudes de la prestación asistencial del personal estatutario no pueden equipararse a las de una relación laboral ordinaria¹¹. No se precisa, a este respecto, su período de referencia, aunque se contempla la posibilidad de su distribución irregular.

Junto a ello tampoco ayuda a su concreción la remisión que la regulación establece a la negociación colectiva de este peculiar tipo de empleados, según proceda, pacto o acuerdo¹², ya que entre las materias que son objeto de negociación se cita la regulación de la jornada laboral, tiempo de trabajo y régimen de descansos [art. 80.2.e)]. A este respecto, los convenios y acuerdos suscritos contemplan una jornada semanal ordinaria variada, cuya duración oscila entre las 37 horas semanales y 1602 anuales en Aragón¹³; las 37 horas y media y las 1645 horas anuales de la Comunidad de Madrid¹⁴, hasta aquellos Comunidades autónomas como la de Castilla y León donde no se especifica, limitándose a desarrollar las que denomina jornada ordinaria adicional¹⁵.

No obstante, en la programación funcional y la distribución irregular de la jornada se impone a los centros sanitarios unos límites. El artículo 51 EM señala que el tiempo de trabajo correspondiente a la jornada ordinaria no excederá de doce horas ininterrumpidas, aunque mediante la programación funcional de los centros se pueden establecer jornadas de hasta 24 horas para determinados servicios o unidades sanitarias, con carácter excepcional y cuando así lo aconsejen razones organizativas o asistenciales. Se constituirá una mesa sectorial de negociación en cada servicio de salud, con presencia de los representantes de la correspondiente Administración Autonómica o servicio de salud y las organizaciones sindicales más representativas a nivel estatal y a nivel autonómico, así como las que hayan obtenido el 10% o más de los representantes en las elecciones para delegados y juntas de personal en el ámbito del

¹¹ MARÍN MORAL, I.: «Artículo 46. Objeto y definiciones», ob. cit., p. 441.

¹² Los pactos, que serán de aplicación directa al personal afectado, versarán sobre materias que correspondan al ámbito competencial del órgano que los suscriba. Los acuerdos se referirán a materias cuya competencia corresponda al órgano de gobierno de la correspondiente Administración pública y, para su eficacia, precisarán la previa, expresa y formal aprobación del citado órgano de gobierno (art. 80. 1 EM).

¹³ Artículo 2 Orden SAN/812/2019, de 1 de julio, por la que se da publicidad al Acuerdo de 27 de junio de 2019, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba y ratifica el acuerdo alcanzado por la Mesa Sectorial de Sanidad, por el que se modifica el Acuerdo en materia de jornada anual del personal funcionario y estatutario que presta servicios en centros sanitarios del Servicio Aragonés de Salud, en aplicación de la jornada de 37 horas semanales. (BO Aragón. 11 julio 2019).

¹⁴ Artículo 2 Resolución de 28 de febrero 2012 por la que se dictan instrucciones sobre jornada de trabajo, horarios y turnos en el ámbito del Servicio Madrileño de Salud Dicta instrucciones sobre jornada de trabajo, horarios y turnos en el ámbito del Servicio Madrileño de Salud (BOCM. Comunidad de Madrid 29 febrero 2012).

¹⁵ Artículo 3 Orden SAN/276/2012, de 26 de abril Organiza la jornada ordinaria, calendario laboral y horarios en los centros e instituciones sanitarias de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León (BOCYL. Castilla y León 30 abril 2012).

servicio de salud (art. 79 EM). Se trata de una medida excepcional, causal y para determinados servicios o unidades, aquellos en los que se realicen jornadas complementarias, es decir, servicios de atención continuada, a través de guardias de presencia física o localizada¹⁶.

La regulación de la jornada ordinaria admite así cualquier parámetro temporal de determinación y una doble distribución, regular e irregular, a lo largo del año, siendo normalmente competencia de los acuerdos o pactos su determinación y su distribución en los períodos de tiempo que se determinen, al mismo tiempo que se permite la distribución irregular a lo largo del año por parte de la dirección del centro¹⁷.

B) Jornada complementaria

a) NOCIÓN Y ALCANCE

Junto a la jornada ordinaria el EM prevé la realización de la jornada complementaria, expresión que sustituye a la de «guardias» y que deriva de la necesidad en el ámbito sanitario de mantener la atención continuada y permanente, característica esencial de la prestación de servicios en el sector sanitario.

Destacan dos aspectos esenciales, el primero que se desarrollará según lo establecido en la programación funcional del centro. El segundo aspecto o características configuradora de este tipo de jornada, es su obligatoriedad, aunque pueden encontrarse en la negociación colectiva dispensas en su obligado cumplimiento. Así pues, algunos convenios, acuerdos o pactos contemplan exenciones a la realización de jornadas complementarias a determinados colectivos como mujeres embarazadas, padres que tengan reducción de jornada por cuidados de hijos, mayores de 55 años y matizando que dichas exenciones se concederán cuando así lo permitan las necesidades de servicio con los mismos criterios que para el resto del personal¹⁸.

¹⁶ ARETA MARTÍNEZ, M.: «Artículo 51. Jornada y descansos diarios», en *Comentarios a la Ley 55/2003, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud*, (Dir. A. Palomar Olmeda y A. V. Sempere Navarro, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2006, p. 462.

¹⁷ CAIRÓS BARRETO, D.: «La ordenación del tiempo de trabajo del personal estatutario de los servicios de salud», ob. cit., p. 39.

¹⁸ Artículo 11 Orden SAN/1403/2021, de 8 de noviembre, sobre jornada del personal médico y enfermero de área en atención primaria en el ámbito de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León (BOCYL 20 noviembre 2021). Artículo 6 Acuerdo del Consejo de Gobierno de 17 de abril de 2019 por el que se aprueba el Acuerdo de Organización de la Asistencia Sanitaria prestada por el Servicio Cántabro de Salud para la implantación de la nueva jornada de trabajo (BOC 26 abril 2019). En parecidos términos, el artículo 31 del CC del Hospital del Alto Guadalquivir de 17 de diciembre de 2021 (Boletín Oficial de la

La determinación del personal al que se le puede exigir la prestación de una jornada complementaria se deja a dos fuentes de regulación posible: una legal, pues el párrafo segundo del artículo 48.1 EM señala que sólo será de aplicación al personal de las categorías o unidades que con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley venían realizando una cobertura de la atención continuada mediante la realización de guardias u otro sistema análogo; y otra convencional, pues también puede aplicarse al personal de aquellas otras categorías o unidades que se determine previa negociación en las mesas correspondientes¹⁹.

b) LÍMITE TEMPORAL. JORNADA MÁXIMA SEMANAL

En el apartado segundo del artículo 48 del EM se establece que la duración de la jornada máxima semanal no será superior a 48 horas semanales de trabajo efectivo –entre jornada diaria y complementaria– de promedio en cómputo semestral, salvo que mediante acuerdo, pacto o convenio se establezca otro cómputo. A este respecto, el artículo 6, b) de la Directiva 2003/88/CE establecía con rotundidad la duración máxima del trabajo semanal en 48 horas, incluidas las horas extraordinarias, por cada período de siete días, pudiendo establecerse por los Estados miembros un período de referencia de hasta cuatro meses.

A primera vista pudiera parecer que el EM incumple el mandato comunitario tanto al permitir establecer una jornada máxima superior por vía de la negociación colectiva, como al periodo de referencia semanal o mensual de la jornada máxima. Sin embargo, el EM no incumple la normativa comunitaria porque la limitación de la jornada ordinaria y complementaria a un máximo de 48 horas ha de considerarse como derecho necesario, de forma que la posible negociación se ha de realizar a la baja, es decir, fijando un número de horas menor²⁰. A su vez, tampoco se incumple la Directiva comunitaria en relación

Junta de Andalucía, n.º 241) establece que «La realización de guardias, tanto de presencia física como de localización, será obligatoria para todo el personal facultativo, salvo en los supuestos de estado de gestación, tras el cumplimiento de los cincuenta y cinco años o cuando, previo informe del Servicio de Prevención, existan razones médicas que lo justifique. En tales casos cabrá dispensar la realización de las expresadas guardias, siempre y cuando las necesidades asistenciales del servicio lo permitan».

¹⁹ La Orden SAN/812/2019, de 1 de julio, por la que se da publicidad al Acuerdo de 27 de junio de 2019, del Gobierno de Aragón que aprueba y ratifica el acuerdo alcanzado por la Mesa Sectorial de Sanidad, que se modifica el Acuerdo en materia de jornada anual del personal funcionario y estatutario que presta servicios en centros sanitarios del Servicio Aragonés de Salud, en aplicación de la jornada de 37 horas semanales.

²⁰ MARÍN MORAL, I.: «Artículo 48. Jornada ordinaria de trabajo», en *AAVV Comentarios a la Ley 55/2003 del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud*, ob. cit., p. 467.

con el periodo de referencia, toda vez que el artículo 17.3, c) de la citada norma permite establecer nuevos límites a los períodos de referencia en determinados sectores, entre ellos, la recepción, tratamiento y/o asistencia médica prestados por hospitales o centros similares²¹.

c) GUARDIAS DE PRESENCIA Y LOCALIZACIÓN

La guardia se puede definir como «aquella parte del tiempo de trabajo que se organiza como horario complementario que excede de la jornada normal u ordinaria de los facultativos, aun cuando puede aplicarse también a otro personal sanitario no facultativo e incluso personal no sanitario, desarrollándose normalmente en períodos festivos o nocturno, y que se justifica por las necesidades derivadas de la atención sanitaria continuada»²².

La guardia tiene por objeto cubrir ciertos momentos particulares, para facilitar que no se produzca falta de asistencia a los pacientes hospitalizados en horario nocturno, pero también en horario diurno y específicamente durante los días festivos o en períodos de fin de semana. En consecuencia, la guardia supone un incremento respecto de la jornada ordinaria de trabajo, que se configura como un instrumento absolutamente normal dentro de la prestación de servicios sanitaria, de manera que el facultativo realizará su prestación de servicios habitualmente en régimen de turnos, más las correspondientes guardias, que obedecerán a una lógica prefijada, de manera que el trabajador conocerá a priori cuál es su jornada de trabajo, incluidas las guardias²³.

Se pueden diferenciar dos tipos de guardias: las de presencia y las de localización, cuya diferenciación básica reside en que en las primeras el trabajador permanece físicamente en el lugar de trabajo, en el centro hospitalaria, a disposición de la empresa para el desarrollo de su prestación de trabajo²⁴. Por el contrario, las denominadas guardias de localización no exigen la presencia física del médico, sino la disponibilidad de sus servicios de manera que pueda

²¹ CAIRÓS BARRETO, D.: «La ordenación del tiempo de trabajo del personal estatutario de los servicios de salud...», *ob. cit.* p. 40.

²² GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «Guardias en la sanidad. la extensión de la normativa estatutaria al personal laboral», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 21, 2009, p. 5.

²³ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Ob. cit.*, p. 6.

²⁴ Este tiempo de guardia se considera tiempo de trabajo. Una sentencia reciente al cierre de este estudio considera que también computan como tiempo de trabajo efectivo las guardias de presencia física en el centro de trabajo de los trabajadores dedicados al transporte sanitario. STS 17 febrero 2022 (Rec. 123/2020).

ser encontrado de manera inmediata y se incorpore al centro hospitalario en el tiempo más breve posible²⁵.

El criterio mantenido por la jurisprudencia entendía que al no estar ante un trabajo efectivo los períodos de guardia de localización no se computaba a los efectos de jornada máxima, ni son horas extraordinarias, ni tienen efectos sobre el descanso ininterrumpido entre jornadas²⁶. No obstante, la consideración de la guardia de localización ha sufrido una importante evolución jurisprudencial²⁷, que ha dado lugar a relevantes criterios, especialmente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Así, en la STJUE 21 de febrero de 2018, *Matzak*, asunto C-518/15 se precisó que las guardias de disponibilidad que exigen la presencia física del trabajador en las instalaciones de la empresa constituyen tiempo de trabajo, y que esa misma calificación debe atribuirse tanto a la llamada sin intervención (respuesta telefónica a una incidencia producida durante el servicio de guardia), como a la intervención efectiva (conjunto de operaciones realizadas en remoto o presenciales, acudiendo personalmente al lugar requerido, destinadas a resolver la incidencia). Este concepto sería también aplicable a cualquier tipo de guardia localizada que no permita al trabajador desarrollar una actividad habitual, es decir, cualquier localización que obligue a estar físicamente en algún lugar determinado, independientemente de la circunstancia de que, durante la atención continuada, el trabajador no realice efectivamente una actividad profesional continua²⁸. En otros términos, la jurisprudencia comunitaria señaló que un período durante el cual el trabajador no lleva a cabo efectivamente ninguna actividad por cuenta del empresario no constituye necesariamente un «período de descanso» a efectos de la aplicación de la Directiva 2003/88/CE. La sentencia del TS de 2 de diciembre de 2020²⁹, compendia la doctrina jurisprudencial sobre el tiempo de trabajo, configurado sobre la base de dos elementos: «el elemento espacial, el tiempo de trabajo exige que el trabajador esté obligado a permanecer en las instalaciones de la empresa o en cualquier otro lugar designado por el empleador –incluido el propio domi-

²⁵ CISCART BEA, N. y RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, R.: «Las guardias del personal facultativo estatutario de las instituciones hospitalarias. Cuestiones de interés y criterios jurisprudenciales», *Relaciones Laborales*, Tomo I, 2001, p. 306.

²⁶ STS 27 febrero 2001 (Rec. CUD 2827/2000).

²⁷ Véase, LÓPEZ ÁLVAREZ, M.^a J.: *La ordenación comunitaria del tiempo de trabajo. Puntos críticos*, y MARTÍNEZ YAÑEZ, N.: «Trazando los contornos del tiempo de trabajo y descanso frente a los retos de la economía digital. Recientes aportaciones del Tribunal de Justicia», en AAVV: *El derecho del trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones*. Dir. J. M. Miranda Boto, Cinca, Madrid, 2018, pp. 363-386 y 412-437, respectivamente.

²⁸ STJUE 9 septiembre 2003, *Jaeger*, asunto C-151/02, ap. 74

²⁹ Rec. 28/2019.

cilio para atender al llamamiento empresarial, y el elemento temporal, identificado como tiempo breve de respuesta al llamamiento de la empresa para acudir al lugar de trabajo [...] Será tiempo de trabajo cuando la guardia exige la obligada permanencia en un determinado espacio físico y dar respuesta inmediata en caso de necesidad, porque en tales circunstancias el trabajador se encuentra en el ejercicio de sus funciones laborales. Mientras que se considerarán como tiempo de descanso, si el trabajador puede dedicarse a las actividades personales y de ocio que libremente quisiera realizar, en los que solo será tiempo de trabajo el dedicado a la prestación efectiva de servicios que requiera la intervención necesaria para atender la incidencia.

Más recientemente, el TJUE en dos sentencias de 9 de marzo de 2021 asunto C-344/19 y asunto C-580/19 y otra de 11 de noviembre de 2021, *Dublin City Council*, asunto C-214/20 han vuelto a referirse a que los períodos de guardia en régimen de disponibilidad no presencial pueden calificarse de «tiempo de trabajo», aunque insistiendo en la importancia del derecho al descanso como garantía de la seguridad y la salud. Así, la argumentación del TJUE en esta sentencia parece apuntar –al igual que las sentencias de marzo de 2021– a la calificación del tiempo de guardia como «período de descanso», a salvo de la ponderación de las circunstancias concurrentes por parte del tribunal³⁰. El Tribunal de Luxemburgo pasa a explicitar la finalidad de la Directiva 2003/88/CE que no es otro que promover la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores, permitiendo que estos disfruten de periodos mínimos de descanso (en particular, diario y semanal), así como de períodos de pausa adecuados, al igual que señala que el establecimiento de guardias sujetas a disponibilidad excesivamente largas o frecuentes, sobre todo por la noche, puede generar importantes daños en la salud, tanto física como psíquica, de los trabajadores³¹. El TJUE insta a los Estados miembros a que «definan, en su ordenamiento jurídico nacional, las modalidades de aplicación de esta obligación»³².

En consecuencia, el debate actual no sólo alude a qué es tiempo de trabajo sino al hecho de que la frontera entre tiempo de trabajo y descanso cada vez resulta más tenue. No se trata de medir la prestación real de servicios profesionales, sino la presencia física en el lugar determinado por la empresa y la disposi-

³⁰ MONEREO PÉREZ, J. L. y MUROS POLO, A.: «El “tiempo de trabajo” y el “período de descanso” a debate en las guardias en régimen de disponibilidad no presencial», *La Ley*. Unión Europea, núm. 92, mayo 2021.

³¹ MONEREO PÉREZ, J. L. y MUROS POLO, A.: «De nuevo sobre los criterios del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para calificar las guardias como tiempo de trabajo y su compatibilidad con la doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales de la Carta Social Europea», *La Ley*. Unión Europea, núm. 98, diciembre 2021.

³² STJUE 11 de noviembre de 2021, *Dublin City Council*, asunto C-214/20, ap. 47.

ción del trabajador a desarrollar el trabajo bajo órdenes empresariales, aunque existan tiempos de inactividad laboral no equiparables a un descanso³³.

La configuración de las guardias de localización como tiempo de trabajo es una cuestión que debe revisarse por el legislador, teniendo en cuenta no sólo la interpretación dada por la jurisprudencia sino por tratarse de una figura que, a raíz del desarrollo de la tecnología, las comunicaciones y el fomento del teletrabajo es un tipo de prestación de servicios que tiene y tendrá un relevante impacto en la actividad sanitaria.

Por último, otra de las cuestiones que ha suscitado importantes cuestiones litigiosas no resueltas de forma definitiva es la relativa a los tiempos de descanso tras una guardia³⁴, donde el papel de la interpretación jurisprudencial resulta verdaderamente esencial, como se abordará más adelante, en el apartado relativo a los descansos.

C) Jornada especial

La ley 55/2003 prevé también la posibilidad de realizar una jornada especial que supere la duración máxima conjunta de la jornada diaria y complementaria –48 horas semanales–, precisando que dicha jornada especial surge cuando la jornada complementaria resulte insuficiente para garantizar la adecuada atención continuada y permanente, y siempre que existan razones organizativas o asistenciales que así lo justifiquen, previa oferta expresa de la gerencia del área sanitaria.

La jornada especial es un supuesto de ampliación de jornada que pretenden cubrir la posible insuficiencia de las otras dos clases de jornadas, esto es, que opera con carácter subsidiario a la jornada complementaria, para cubrir las necesidades del servicio y que siempre debe estar motivada en razones organizativas o asistenciales³⁵. El establecimiento de la jornada especial tiene por finalidad garantizar la demanda sanitaria ciudadana, pero también tiene un límite claro como es el de no sobrepasar indebidamente los límites máximos de trabajo semanal contemplados en la Directiva reguladora del tiempo de traba-

³³ LAHERA FORTEZA, J.: «Tiempo de trabajo efectivo europeo», *Trabajo y Derecho*, núm. 43, 2018, p. 27.

³⁴ Véase el estudio realizado por GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J. M. «El Tiempo de trabajo del personal estatutario con jornada complementaria. La guardia y La “salida de guardia”», *Derecho y Salud*, núm. Extra 1, vol. 24, 2014, pp. 299-307.

³⁵ SERRRANO ARGÜELLO, N.: «La ordenación del tiempo de trabajo desde la perspectiva del derecho comunitario y su jurisprudencia: especial atención a su repercusión en el sector sanitario», *Revista universitaria de ciencias del trabajo*, núm. 6, 2005, p. 124.

jo, de ahí que condicione su aplicación al cumplimiento de una serie de requisitos y garantías.

Teniendo en cuenta la singularidad de este tipo de jornada que permite superar el máximo previsto de las 48 horas semanales de promedio, su aplicación se condiciona al cumplimiento de una serie de requisitos:

El primero de ellos, que exista una oferta expresa previa del centro sanitario y que el personal manifieste por escrito, individualizada y libremente, su consentimiento (art. 49.2).

El segundo requisito impuesto es que esta jornada no supere el límite máximo de 150 horas al año (art. 49.1). Como señaló la doctrina científica el legislador alude a jornada complementaria, aun cuando quiere referirse a jornada especial³⁶.

El tercer requisito refiere a que el centro sanitario debe asegurar que (art. 49.3):

– Nadie sufra perjuicio alguno por el hecho de no prestar el consentimiento a que se refiere el apartado 1, sin que pueda ser considerado perjuicio a estos efectos un menor nivel retributivo derivado de un menor nivel de dedicación.

– Existan registros actualizados de personal que desarrolle este régimen de jornada, que estarán a disposición de las autoridades administrativas o laborales competentes, que podrán prohibir o limitar, por razones de seguridad o salud del personal, los excesos sobre la duración máxima de la jornada prevista en el artículo 48.2.

– Se respeten los principios generales de protección de la seguridad y salud.

a) OFERTA DEL CENTRO

El establecimiento de la jornada especial queda condicionado a la existencia de una serie de premisas, tales como que es necesario que la jornada ordinaria y complementaria sean insuficientes para garantizar la adecuada atención continuada y permanente y, por otro, que se justifique la necesidad de ampliación de jornada por razones organizativas o asistenciales. La conjunción copulativa utilizada por el legislador determina que ambas circunstancias

³⁶ SALA FRANCO, T.: «El Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud», Tirant lo Blanch, colección monografías, 2004, p. 79.

deben concurrir de forma simultánea para que sea posible la aplicación de este tipo de jornada.

Debe precisarse que se trata de una medida excepcional, que no tiene que ser aplicada cuando no exista personal suficiente para satisfacer las necesidades asistenciales. En este sentido, la justificación de la misma tiene un papel relevante, de ahí que como se ha venido reiterando, se echa en falta una mayor precisión por parte del legislador en la concreción de las causas y circunstancias que justifican la aplicación de una jornada especial³⁷. La jornada especial no es la solución para evitar la contratación de más personal, sino el remedio para paliar «una situación excepcional de falta de personal o de incremento puntual de la demanda asistencial»³⁸.

b) CONSENTIMIENTO

Otro de los requisitos necesarios en la implantación de este tipo de jornada reside en la voluntariedad manifestada por escrito del trabajador para la para su realización. Dicha conformidad tiene su origen en la Directiva 2003/88/CE donde se establece que «... ningún empresario puede solicitar a un trabajador que trabaje más de 48 horas en el transcurso de un período de 7 días, (...) salvo que haya obtenido el consentimiento del trabajador para efectuar dicho trabajo y b) ningún trabajador pueda sufrir perjuicio alguno por el hecho de no estar dispuesto a dar su consentimiento para efectuar dicho trabajo». El EM se adecua al contenido de la Directiva permitiendo ampliar la jornada más allá de las 48 horas cuando el trabajador otorgue su consentimiento, aunque ello no exonera a la empresa de velar por los principios generales de protección de la seguridad y salud de los trabajadores.

El consentimiento ha de realizarse por escrito y de forma individualizada, esto es, para cada caso en concreto que se le ofrezca, lo que excluiría la posibilidad de celebrar pactos colectivos al respecto. En este sentido, la STJCE 3 octubre 2000, *SIMAP*, asunto C-303/98 indicó que «el consentimiento expresado por los interlocutores sindicales en un convenio o acuerdo no equivale al dado por el propio trabajador, debiendo ser el trabajador quien consienta en sobrepasar el límite de las 48 horas».

³⁷ GONZÁLEZ SALINAS, P. y LIZARRAGA BONELLI, E. (Coord.): Comentarios a la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, Thomson-Cívitas, Madrid, 2005, p. 725.

³⁸ MARÍN MORAL, I.: «Artículo 46. Objeto y definiciones», ob. cit., p. 467.

Los centros sanitarios podrán establecer previamente los requisitos del citado consentimiento, especialmente en lo relativo a su duración mínima que tendrá que ser razonable y no podrá suponer un perjuicio para las condiciones de seguridad y salud del trabajador, porque de lo contrario se estaría desvirtuando el espíritu y la intencionalidad del propio Estatuto Marco³⁹ y, en su caso, incluso la posible retractación o renuncia ante la presencia sobrevenida de circunstancias especiales para el trabajador⁴⁰. Así, a pesar de las cautelas impuestas, por parte de la doctrina científica, se ha venido insistiendo en la necesidad de completar las exigencias de control impuestas por el legislador, tales como el establecimiento de medidas que procuren garantizar la efectiva voluntariedad del trabajador que el consentimiento escrito no sea dado sólo al principio de la relación laboral o durante el periodo de prueba y/o que tenga un plazo de validez limitado, que establezca un número de máximo de horas a realizar y que se contemplen medidas de rescisión de dicho consentimiento, entre otras⁴¹.

c) GARANTÍAS ANTE EL EJERCICIO DEL DERECHO

Como última exigencia en la configuración de la jornada especial, el EM adopta una serie de cautelas en orden a garantizar la libertad del personal para aceptar la realización de esa jornada, así como su indemnidad en caso de que no preste su consentimiento para realizarla.

En concreto, el apartado tercero del artículo 49 EM, de conformidad a lo preceptuado en la Directiva 2003/88/CE, señala que el centro sanitario deberá asegurar:

En primer lugar, que nadie sufra perjuicio alguno por el hecho de no prestar el consentimiento a que se refiere el apartado 1, sin que pueda ser considerado perjuicio a estos efectos un menor nivel retributivo derivado de un menor nivel de dedicación. Ello supone que el derecho a recibir el complemento específico por realización de este exceso de jornada quedaría afectado, pero no el complemento específico o el de productividad.

En segundo lugar, que existan registros actualizados del personal que desarrolle este régimen de jornada, que estarán a disposición de las autoridades

³⁹ CAIRÓS BARRETO, D.: «La ordenación del tiempo de trabajo del personal estatutario...», ob. cit., p. 42.

⁴⁰ GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I. y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: «La ordenación del tiempo de trabajo del personal estatutario del Sistema Nacional de Salud...», ob. cit., p. 36.

⁴¹ FERRADANS CARAMÉS, C.: «Ordenación del tiempo de trabajo del personal estatutario: un apunte específico sobre el servicio andaluz de salud...», ob. cit., p. 81.

des administrativas o laborales competentes, que podrán prohibir o limitar, por razones de seguridad o salud del personal, los excesos sobre la duración máxima de la jornada prevista en el artículo 48.2. Se trata de una previsión normativa en la línea de la obligación de registrar la jornada impuesta por el Real Decreto Ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral. Como indica doctrina autorizada, estos registros resultan esenciales para controlar el cumplimiento del tiempo de trabajo y los descansos u otras disposiciones, por ejemplo el descanso diario, las pausas o el descanso semanal, dado que si no se dispone de ningún registro sobre el tiempo de trabajo efectivamente realizado por los trabajadores que firman la jornada especial, no se podrán verificar estos extremos⁴².

En tercer y último lugar, el centro sanitario debe respetar los principios generales de protección de la seguridad y salud.

4. LA JORNADA EN EL TRABAJO NOCTURNO Y A TURNOS

Especial relevancia tiene la regulación del tiempo de trabajo del trabajo nocturno y del trabajo a turnos, toda vez que en el medio sanitario son realidades inevitables y de indiscutible envergadura⁴³ y sobre todo por la adecuación de mínimos del Estatuto Marco a la Directiva comunitaria 2003/88/CE.

La definición de trabajo y trabajador nocturno está configurada en los mismos términos establecidos en el Estatuto de los trabajadores. Así, trabajo nocturno es el realizado en período nocturno definido en las normas, pactos o acuerdos que sean aplicables a cada centro sanitario. Tendrá una duración mínima de siete horas e incluirá necesariamente el período comprendido entre las cero y las cinco horas de cada día natural. En ausencia de tal definición, se considerará período nocturno el comprendido entre las 23 horas y las seis horas del día siguiente.

Para el trabajo nocturno el artículo 55 EM dispone que la jornada no excederá en tal caso de 12 horas ininterrumpidas, aunque inmediatamente permite jornadas de hasta 24 horas «en determinados servicios o unidades sanitarias, cuando así lo aconsejen razones organizativas o asistenciales», y «mediante la programación funcional de los centros».

⁴² FERRADANS CARAMÉS, C.: ob. cit., p. 82. Al respecto, CALVO SÁNCHEZ, D.: «Acercamiento al Real Decreto 640/2014, de 25 de julio, sobre Registro Nacional de Profesionales Sanitarios», *Actualidad Administrativa*, núm. 2, 2015, pp. 3-16.

⁴³ GARCÍA MURCIA, J. y CASTRO ARGÜELLES, M.^ª A.: «El Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud: Una presentación», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 21/2003, pp. 1491-1520.

El Estatuto Marco no recoge ninguna referencia específica al régimen de descansos, entendiéndose aplicable los periodos de descanso establecidos, con carácter general, para todo el personal estatutario. Tampoco recoge ninguna referencia específica a la prevención de riesgos laborales del personal nocturno y, como ha señalado la doctrina, resulta extraña su ausencia a la vista de las directrices marcadas por el derecho comunitario⁴⁴.

El régimen de la jornada del personal estatutario a turnos, parte de la delimitación conceptual de los turnos al señalar por tal a «toda forma de organización del trabajo en equipo por la que el personal ocupe sucesivamente las mismas plazas con arreglo a un ritmo determinado, incluido el ritmo rotatorio que podrá ser de tipo continuo o discontinuo, implicando para el personal la necesidad de realizar su trabajo en distintas horas a lo largo de un período de días o de semanas (art. 46.2 h).

La regulación de la jornada del trabajo a turnos se establece por remisión a lo señalado con carácter general para el personal estatutario al disponer el artículo 56 EM que les será de aplicación el régimen de jornada, pausa y descanso establecido en los artículos 50, 51, 52, 53 y, en su caso, 54 del EM.

Las últimas referencias en relación con este tipo de prestación de trabajo aluden a la prevención de riesgos laborales que les resulta de aplicación, una vez más, por remisión a lo establecido para el personal del centro sanitario, aunque con la matización de que se trata de medidas de carácter mínimo, por tanto, susceptibles de mejora.

En consecuencia, el desarrollo del trabajo a turnos en el EM se caracteriza por su parquedad, concisión y continua su remisión a las reglas generales aplicables al personal estatutario, a pesar de ser un sistema de trabajo imprescindible en el sector sanitario, por lo que resulta sorprendente su escueta regulación⁴⁵. Como se ha señalado «el personal a turnos es objeto de mención o referencia específica, que no de regulación especial»⁴⁶.

5. LA JORNADA EN EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL

El establecimiento de una jornada a tiempo parcial para el personal estatutario viene también referenciado en el EM, aunque de forma genérica. Así, el artículo 60 del EM establece que, para la prestación de servicios con dedi-

⁴⁴ ARETA MARTÍNEZ, M.: «Artículo 55. Personal nocturno...», *ob. cit.*, p. 536.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ MOLINA NAVARRETE, E. y MOLINA NAVARRETE, C.: «El nuevo marco de relaciones laborales del personal de los servicios de salud: las claves de su Estatuto especial», *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, núm. 252, 2004, p. 105.

cación parcial, se determinará el porcentaje, días y horario que corresponda en cada caso y considerando las circunstancias organizativas, funcionales y asistenciales. Por tanto, la configuración de la jornada parcial queda directamente condicionada a las necesidades del servicio.

A su vez, la norma estatutaria remite a la regulación autonómica en la determinación de la jornada máxima a tiempo parcial, sin que pueda superar el 75 por ciento de la jornada ordinaria, en cómputo anual, o del que proporcionalmente corresponda, si se trata de un nombramiento temporal de menor duración. Como se ha preguntado la doctrina científica, el legislador cuantifica la jornada parcial en un 75 por ciento inferior a la máxima anual, cuando en realidad no especifica qué entiende por dicha jornada máxima anual⁴⁷.

Por último, el EM también prevé la aplicación al personal estatutario de los supuestos de reducciones de jornada establecidas para los funcionarios públicos en las normas aplicables en la correspondiente comunidad autónoma (art. 60). Las normas autonómicas sobre función pública, como regla general, aplican al personal estatutario los supuestos de reducción de jornada establecidos para los funcionarios públicos y que, por tanto, también resultarán aplicables al personal estatutario⁴⁸ y donde sólo se alude a la reducción en la retribución de forma proporcional al tiempo de trabajo, aunque especificándose en acuerdos y pactos que las reducciones de jornada se aplicarán sobre la jornada ordinaria y complementaria de trabajo establecida de acuerdo con la programación funcional, sin que pueda alterarse por dicho motivo. Al objeto de no entorpecer la prestación del servicio, se procurará que la reducción de jornada se acumule en jornadas completas⁴⁹.

6. EL RÉGIMEN DE DESCANSOS EN LA ACTIVIDAD SANITARIA

El tiempo de trabajo del personal estatutario, al igual que ocurre con otro tipo de trabajadores, está configurado sobre la distinción legal entre tiempo de trabajo y descansos. Los artículos 50 a 54 y 58 de la Ley 55/2003 del Estatuto Marco configuran el régimen de descansos del personal estatutario, destacando la regulación de la pausa, el descanso diario, semanal, las vacaciones anuales y los descansos alternativos.

⁴⁷ ARETA MARTÍNEZ, M.: «Artículo 55. Personal nocturno...», ob. cit., p. 483.

⁴⁸ Por todos, véase, el artículo 64 de la Ley 2/2007, de 7 de marzo, del Estatuto Jurídico del Personal Estatutario del Servicio de Salud de Castilla y León. «BOCL» núm. 52, de 14 de marzo de 2007.

⁴⁹ Artículo 10 Orden SAN/1403/2021, de 8 de noviembre, sobre jornada del personal médico y enfermero de área en atención primaria en el ámbito de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León.

A) Descanso en la jornada

En términos muy similares a lo señalado en el Estatuto de los trabajadores y transponiendo la Directiva 2003/88/CE, el Estatuto Marco regula el descanso en el artículo 50 donde establece que «se tendrá derecho a un periodo de descanso, al menos de 15 minutos, siempre que la duración de una jornada exceda de seis horas continuadas».

Parece razonable entender que este descanso debe disfrutarse a lo largo de la duración de la jornada continuada y que en su cómputo deberá tenerse en cuenta tanto la jornada ordinaria como la complementaria⁵⁰. Se trata de una norma mínima que puede mejorarse por vía de la negociación colectiva, pacto o acuerdo.

El momento de disfrute de este período se supeditará al mantenimiento de la atención de los servicios, no así el derecho al descanso que se mantiene, aunque su realización se puede retrasar o suspender.

Esta pausa en el trabajo tendrá la consideración de tiempo de trabajo efectivo, en la forma que esté establecido por norma, pacto o acuerdo (art. 58.1). A este respecto, se ha discutido sobre si el precepto legal alude a que la consideración de la pausa como tiempo de trabajo efectivo queda a lo que determine la negociación colectiva⁵¹ o, por el contrario, si la pausa tiene la consideración de tiempo de trabajo y la forma de cuantificarla es lo que se deja a la negociación colectiva⁵². Se viene entendiendo que al venir condicionado el disfrute de la pausa a las necesidades del servicio, dicha pausa tendrá la consideración de trabajo efectivo a los efectos de determinar su duración máxima⁵³.

B) Descanso diario

La regulación del descanso entre jornadas previsto en el artículo 51 apartado 2 del EM, a semejanza de lo señalado en el Estatuto de los trabajadores, establece un mínimo de doce horas ininterrumpidas, entre el final de una jornada y el principio de la siguiente.

⁵⁰ MARÍN MORAL, I.: «Artículo 50. Pausa en el trabajo...», ob. cit., p. 445.

⁵¹ RODRÍGUEZ PASTOR, G.: «Jornada de trabajo, permisos y licencias en la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud», *Tribuna Social*, núm. 169, 2005, p. 23.

⁵² CAIRÓS BARRETO, D.: «La ordenación del tiempo de trabajo del personal estatutario de los servicios de salud...», ob. cit., p. 42.

⁵³ PÉREZ GÓMEZ, J. M.: «La ordenación del tiempo de trabajo y descanso», en *AAVV El contrato de trabajo de los MIR y otros residentes sanitarios* (Dir. A. V Sempere Navarro). Aranzadi Thomson-Reuters, Pamplona, 2010, p. 616.

No obstante, las especialidades del trabajo sanitario, una vez más, hacen que esta regla general aplicable a todo el personal estatutario sea susceptible de alterarse en algunos supuestos donde se contemplan especialidades que van dirigidas tanto a una reducción como a una ampliación del tiempo de descanso.

El descanso entre jornadas, cuando existan causas que lo justifiquen, podrá reducirse en determinados supuestos (art. 51. 3):

– En el caso de trabajo a turnos, cuando el personal cambie de equipo y no pueda disfrutar del período de descanso diario entre el final de la jornada de un equipo y el comienzo de la jornada del siguiente.

– Cuando se sucedan, en un intervalo inferior a 12 horas, tiempos de trabajo correspondientes a jornada ordinaria, jornada complementaria o, en su caso, jornada especial.

A diferencia del descanso en la jornada, el descanso diario no computará como tiempo de trabajo efectivo, ni podrá ser tenido en cuenta para el cumplimiento de la jornada ordinaria, con independencia del momento de su disfrute (art. 58.2 EM).

La ampliación del descanso diario viene regulada en el segundo párrafo del artículo 51.1 y resulta aplicable tras la realización de jornadas de 24 horas por necesidades de servicio. La concreción de dicha ampliación del descanso diario se realizará a través de los acuerdos o pactos suscritos a tal efecto o subsidiariamente, en los correspondientes servicios de salud y donde las cuestiones litigiosas se han centrado en el disfrute del descanso posterior a una guardia cuando recae en un festivo o día no laborable.

Teniendo en cuenta que los acuerdos alcanzados en materia de descansos no incorporan ninguna previsión al respecto, en la medida en que se limitan a la mera reproducción del texto legal, es la jurisprudencia la que se ha encargado de solventar esta cuestión litigiosa señalando que *cuando el día de la guardia coincida con sábado, víspera de festivo o de sábado no laborable, el descanso se llevará a cabo en la jornada inmediatamente posterior, con independencia de su carácter laborable o no, y sin que desde luego sean aplicables técnicas laborales de traslado del disfrute del festivo a un momento posterior*. A su vez, se consideró que el descanso semanal en día laborable no se considera trabajado a los efectos de contar la jornada ordinaria⁵⁴.

⁵⁴ Por todas, véase, STS de 11 de diciembre de 2002 (Rec. 379/2002). CAVAS MARTÍNEZ, F. y SEMPERE NAVARRO, A. V.: *El Personal Estatutario de la Seguridad Social en la Doctrina de Unificación (1991-1998)*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 67.

C) Descanso semanal

El personal estatutario que presta sus servicios en un centro sanitario tiene también derecho a un período mínimo de descanso ininterrumpido con una duración media de 24 horas semanales, a las que se sumarán las 12 horas del descanso diario, y será computado en un período de referencia de dos meses (art. 52 EM). Las 36 horas resultantes del descanso semanal se consideran una mejora respecto de las 35 horas de descanso establecidas en la Directiva 2003/88/CE, dotada de un carácter mínimo. La Sala 3.^a del Tribunal Supremo avala el derecho del personal sanitario al descanso semanal de 36 horas ininterrumpidas por guardias en un período que no exceda de 14 días⁵⁵.

En relación con el periodo de referencia para el disfrute del descanso semanal se observan diferencias entre la adecuación de la norma española, que lo ha fijado en dos meses en el Estatuto Marco (art. 51.2 EM) frente a los cuatro meses señalados por la Directiva comunitaria (art. 16.b). En la línea ya señalada respecto de otros descansos, se trata de una norma mínima que puede ser mejorada por convenio colectivo, acuerdo o pacto.

Por otra parte, en caso de que no se pueda disfrutar del descanso semanal se prevé que se aplique el régimen de descansos alternativos, cuya duración no podrá ser inferior a la reducción experimentada. En concreto, se presume que la compensación se produce cuando en cómputo trimestral se haya disfrutado un promedio semanal de 96 horas de descanso, incluyendo los descansos semanales disfrutados y computando para ello todos los descansos de duración igual o superior a doce horas (art. 54. 2 EM).

El legislador a diferencia de lo señalado en el descanso diario que alude a razones organizativas o asistenciales no concreta las causas por las que no pueda disfrutarse del mencionado descanso semanal, aunque cabe presumir que las circunstancias concurrentes sean de la misma naturaleza que las señaladas para el descanso diario, esto es, la necesidad del servicio.

Los periodos de descanso semanal y, en su caso, alternativo no tendrán la consideración de tiempo de trabajo efectivo, ni podrán ser, en ningún caso, tomados en consideración para el cumplimiento de la jornada ordinaria de trabajo (art. 58.2 EM). El disfrute de los descansos compensatorios no podrá ser sustituido por compensación económica, salvo en los casos de finalización de la relación de servicios o de las circunstancias que pudieran derivar del hecho insular (art. 54.3 EM).

⁵⁵ STS Contencioso de 10 octubre 2019 (Rec. 2992/2018).

D) Descansos alternativos

Otra de las peculiaridades en la ordenación del régimen de descansos del personal estatutario es la compatibilizar dos derechos, en principio opuestos, como son el garantizar el descanso del personal sanitario como aval de su derecho a la seguridad y salud, junto a la atención continuada del servicio al ciudadano, característica de este sector.

Con la finalidad de garantizar esta dualidad de derechos, el EM regula un régimen de descansos alternativos que garantice el derecho a la salud de los trabajadores a través de descansos compensatorios cuando no pueden disfrutarse por razón de la necesaria atención continuada, es decir, cuando no se hubiera podido disfrutar de los períodos mínimos de descanso diario (art. 54) o semanal (art. 52.3), el Estatuto marco contempla el establecimiento de descansos alternativos como compensación, cuya duración total no podrá ser inferior a la reducción experimentada. Conviene precisar, como ha señalado la doctrina que los descansos alternativos compensan, *strictu sensu*, los tiempos mínimos de descanso, pero no el tiempo de descanso que se haya podido acordar por encima del mínimo legalmente establecido⁵⁶.

La jurisprudencia ha precisado que el personal sanitario tiene derecho a librar no sólo tras una guardia de presencia física sino también tras una guardia localizada⁵⁷. Sin embargo, la recuperación del descanso en los supuestos de trabajo efectivo del personal en localización no tiene una regulación concreta.

Así pues, se cuestiona si la ampliación del periodo de referencia a dos meses, aplicando el régimen de descansos alternativos se ajusta a la habilitación dada por la Directiva y, por tanto, resulta conforme al Derecho comunitario. Las sentencias de algunos de los Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea indican que el descanso semanal de treinta y seis horas no se puede diferir más allá de un periodo de 14 días, de tal manera que el decimoquinto día de trabajo debe ser de descanso, iniciando el descanso semanal no disfrutado⁵⁸. El periodo de carencia de dos meses para su disfrute previsto por el Estatuto Marco es contrario a la regulación comunitaria.

En esta misma línea de interpretación la jurisprudencia española en reiterados pronunciamientos viene señalando que «para extender el período de referencia para el descanso semanal más allá de los 14 días previstos por sus

⁵⁶ ARETA MARTÍNEZ, M.: «El ámbito de aplicación del régimen sobre descansos alternativos regulado en el estatuto marco del personal estatutario», *Derecho y salud*, núm. 1, 2011, p. 17.

⁵⁷ Por todas, véanse, SSTs 21 mayo 2001 (RJ 2001, 5469), y 27 enero 2005 (RJ 2005, 1739).

⁵⁸ STJUE de 9 de noviembre de 2017, *Maio*, asunto C-306/16.

artículos 5 y 16 a), es preciso que no se pueda aplicar la regla de su artículo 5, primer párrafo, mejorada por el artículo 51.1 de la Ley 55/2003, es decir, la que establece el derecho a un descanso semanal de 36 horas ininterrumpidas en un período de referencia que no exceda de 14 días y ofrecer un descanso compensatorio o un período de protección equivalente en los términos del apartado 2 del artículo 17 de la Directiva»⁵⁹.

La complejidad de este precepto se ha puesto de manifiesto en las numerosas cuestiones litigiosas que se han presentado para resolver principalmente cómo se disfruta del descanso diario y semanal que es necesario compensar por jornadas de trabajo continuadas cuando recae sobre un festivo o un día no laborable.

A este respecto, la jurisprudencia comunitaria –STJUE de 9 de septiembre de 2003, *Jaeger*, asunto C-151/02– reconocía que la excepción al descanso entre jornadas a que se refiere la previsión legal del artículo 51.3.b) del Estatuto Marco lo es para el caso de que se sucedan, en un intervalo inferior a 12 horas, tiempos de trabajo correspondientes a jornada ordinaria, jornada complementaria o, en su caso, jornada especial, de tal manera que la Administración sanitaria sólo está facultada para ordenar dos jornadas de trabajo sin solución de continuidad, con una posterior compensación en los descansos; sin que en modo alguno dicho precepto legal autorice, ni de cobertura, a la supresión del derecho al descanso de 12 horas entre jornadas. Así pues, en el párrafo 94 de la citada sentencia se señala que los «... períodos de descanso deben suceder inmediatamente al tiempo de trabajo que supuestamente compensan, para evitar la aparición de un estado de fatiga o agotamiento del trabajador a causa de la acumulación de períodos consecutivos de trabajo». La jurisprudencia española, apoyada en la del TJUE, ha establecido que el descanso debe disfrutarse de manera inmediata tras un tiempo de trabajo, en especial en los supuestos en que tras el tiempo la jornada ordinaria se establece un periodo de atención continuada, pues de otra manera no resultaría adecuado como descanso⁶⁰ al margen de los descansos compensatorios del artículo 54 EM.

Por otra parte, en relación con la guardia de localización en víspera de festivo o fin de semana, se considera que si el personal sanitario fuera requerido para trabajar el festivo correspondiente al día saliente de guardia, procedería la aplicación del régimen de descansos alternativo al festivo no disfrutado⁶¹.

⁵⁹ ATS Sala de lo Contencioso-administrativo de 13 marzo 2021 (Rec. 4094/2020). ATS, Sala de lo contencioso-administrativo de 13 enero 2022 (Rec. 1361/2021). ATS Sala de lo contencioso-administrativo de 22 febrero 2022 (Rec. 2526/2021).

⁶⁰ STS, Sala 3.ª, 30 marzo 2010 y 16 diciembre de 2010 (ROJ: STS 6885/2010).

⁶¹ ARETA MARTÍNEZ, M.: «El ámbito de aplicación del régimen sobre descansos alternativos regulado en el estatuto marco del personal estatutario», ob. cit., p. 19.

La duración total descanso compensatorio no podrá ser inferior al tiempo no descansado (art. 54), en consecuencia, la duración de los descansos alternativos será equivalente a las 12 horas de descanso diario o de las 36 horas de descanso mínimo semanal.

La ampliación de la duración del descanso diario se producirá con carácter excepcional y cuando así lo aconsejen razones organizativas o asistenciales mediante la programación funcional de los centros donde podrán establecerse jornadas de hasta 24 horas para determinados servicios o unidades sanitarias, correspondiendo, como se ha señalado, al poder de organización de la dirección o gerencia del centro su concreción y delimitación⁶². En estos casos, los periodos mínimos de descanso ininterrumpido deberán ser ampliables de acuerdo con los resultados de los correspondientes procesos de negociación sindical en los servicios de salud y con la debida progresividad para hacerlos compatibles con las posibilidades de los servicios y unidades afectados por las mismas. El legislador atribuye la ampliación del descanso entre jornadas al acuerdo con los interlocutores sociales.

Por último, el disfrute de los descansos compensatorios previstos en este artículo no podrá ser sustituido por compensación económica, salvo en los casos de finalización de la relación de servicios o de las circunstancias que pudieran derivar del hecho insular (art. 54). El descanso alternativo, junto a los descansos diario y semanal no tienen la consideración de trabajo y no podrán ser tomados para el cómputo de la jornada ordinaria de trabajo (art. 58.2).

E) Descanso anual

En lo que refiere a las vacaciones del personal estatutario que presta sus servicios en un centro sanitario tendrá derecho a disfrutar como mínimo, durante cada año natural, de unas vacaciones retribuidas de al menos treinta días naturales. Esta duración se verá proporcionalmente reducida si el tiempo de servicio fuese inferior al año (art. 53.1) o ampliada o mejorada por acuerdos o pactos de las mesas sectoriales de salud que así lo establezcan, en función de la antigüedad. Corresponde a la programación funcional del correspondiente centro establecer las reglas sobre el período de disfrute de las vacaciones anuales. El periodo vacacional sólo podrá ser sustituido por una compensación económica en el caso de finalización de la prestación de servicios (art. 53.3).

⁶² CAIRÓS BARRETO, D. M.ª: «La ordenación del tiempo de trabajo del personal estatutario de los servicios de salud», ob. cit. p. 44.

En un análisis sumario de las cláusulas vacacionales aprobadas en los acuerdos o pacto destacan las relacionadas con la duración, disfrute, retribución y compatibilidad de las vacaciones y la incapacidad temporal y el nacimiento.

a) DURACIÓN

El artículo 53 del EM establece que el personal tendrá derecho a unas vacaciones retribuidas de duración no inferior a 30 días naturales, o al tiempo que proporcionalmente corresponda en función del tiempo de servicios. Se trata de una duración mínima que puede ser mejorada por la vía de la negociación.

Como regla general, los acuerdos o pactos colectivos aluden a la duración siguiendo lo señalado en el EM aunque con modulaciones referidas, bien a que la duración del descanso anual fijado reglamentariamente será de un mes natural (andaluz), o de treinta días naturales (cántabro) o incluso aluden a la duración de las vacaciones en la fórmula de días hábiles (valenciano, madrileño y andaluz) y donde se especifica que no se consideraran como tales días hábiles los sábados, sin perjuicio de las adaptaciones que se establezcan para los horarios especiales (madrileño y el andaluz) ⁶³.

En algunos acuerdos o pactos se especifica incluso qué se entiende por mes natural. Así, en el caso del servicio andaluz de salud se establece que «en el caso de que las vacaciones se disfruten en un mes que tenga 31 días, se disfrutará el mes completo (desde el día 1 al 31, ambos inclusive). b) En el caso de que las vacaciones se disfruten en un mes que tenga 30 días, se disfrutarán estos 30 días naturales. c) En el mes de febrero se disfrutarán sus 28 o 29 días (si es año bisiesto), y a estos se le sumarán los días naturales del mes de marzo que sean necesarios hasta completar 30 días naturales» ⁶⁴ A ello hay que añadir que el personal

⁶³ Como ejemplos, pueden destacarse el Decreto 38/2016 de 8 de abril del Consell de la Generalitat, por el que se modifica el Decreto 137/2003 de 18 de julio que regula la jornada y horario de trabajo, permisos, licencias y vacaciones del personal al servicio de las Instituciones Sanitarias de la Generalitat dependientes de la Conselleria de Sanidad (DOGV de 14 de abril de 2016). Pacto de 30 de noviembre de 2021 que sustituye al acordado en la mesa sectorial de sanidad el 10 de diciembre de 2015 sobre vacaciones permisos y licencias del personal estatutario que presta servicios en centros e instituciones sanitarias del servicio madrileño de salud (BOCM de 14 de diciembre de 2021). Acuerdo en la Mesa Sectorial de Negociación de Sanidad de 23 de diciembre de 2020, por el que se aprueba el Manual de normas y procedimientos en materia de vacaciones, permisos y licencias del personal de centros e instituciones sanitarias del Servicio Andaluz de Salud (art. 32). Resolución por la que se ordena la publicación del Acuerdo de 30 de diciembre de 2021 por el que se autoriza la ampliación del periodo de disfrute de vacaciones y permisos al personal de Instituciones Sanitarias del Servicio Cántabro de Salud (BOC 31 diciembre 2021).

⁶⁴ Artículo 32 Acuerdo en la Mesa Sectorial de Negociación de Sanidad de 23 de diciembre de 2020, por el que se aprueba el Manual de normas y procedimientos en materia de vacaciones, permisos y licencias del personal de centros e instituciones sanitarias del Servicio Andaluz de Salud.

generará el derecho a vacaciones adicionales en función de la antigüedad. Así se reconoce un día adicional de vacaciones al cumplir quince años de servicios prestados, otro al cumplir veinte, otro a partir de veinticinco y un cuarto a partir de treinta. Cada uno de estos días adicionales de vacaciones añade siete horas de descuento al cómputo de la jornada efectiva anual (andaluz).

En cuanto a los períodos de disfrute se establece, como regla general, que el disfrute de las vacaciones lo será de manera ininterrumpida (andaluz), no obstante, algunos acuerdos o pactos aluden que las vacaciones podrán ser disfrutadas de manera ininterrumpida o fraccionada (valenciano). En cambio, en otros acuerdos o pactos autonómicos se señala que el interesado podrá solicitar el fraccionamiento de sus vacaciones, quedando su concesión condicionada a las necesidades del servicio. En el servicio Cántabro de Salud se establece que el disfrute de las vacaciones lo será de manera ininterrumpida. No obstante, a elección del interesado, las vacaciones podrán fraccionarse en dos períodos máximo cuya suma no podrá superar los 22 días hábiles⁶⁵.

b) DISTRIBUCIÓN

El Estatuto marco condiciona el período de disfrute de las vacaciones a lo que prevea al respecto la programación funcional del correspondiente centro (art. 53).

A nivel de acuerdos y pactos autonómicos, en términos generales, existe cierta uniformidad en relación con el momento de disfrute de las vacaciones, donde se fija el periodo de disfrute, como regla general, en los meses de verano –julio, agosto y septiembre–. Ahora bien, dichos acuerdos y/o pactos contienen reglas flexibles por las que se permite que voluntariamente puedan tomarse las vacaciones en otros meses del año, conforme a lo que establezca la programación funcional del centro⁶⁶.

c) RETRIBUCIÓN

En relación con la retribución de las vacaciones el EM se limita a señalar, única y exclusivamente, que el personal estatutario tiene derecho a unas vacaciones retribuidas y a nivel de acuerdos sectoriales puede encontrarse un mayor desarrollo.

⁶⁵ Acuerdo de 6 de julio de 2004 del Consejo de Gobierno por el que se aprueba el Acuerdo sobre vacaciones y permisos del personal de Instituciones Sanitarias del Servicio Cántabro de Salud.

⁶⁶ Artículo 23. Decreto 137/2003, de 18 de julio, modificado el 15 de abril de 2016, del Consell de la Generalitat, por el que regula la jornada y horario de trabajo, permisos, licencias y vacaciones del personal al servicio de las Instituciones Sanitarias de la Generalitat dependientes de la Conselleria de Sanidad.

En este sentido, en el acuerdo andaluz, por ejemplo, se precisa que la retribución será la correspondiente al régimen de dedicación del momento de disfrute. Una alternativa a esta opción sería hallar el promedio de retribución obtenido por el trabajador en un período anterior prefijado⁶⁷. En cambio, en otros acuerdos sectoriales como el valenciano y el cántabro no especifican nada al respecto, limitándose a aludir al carácter irrenunciable de las vacaciones, por lo que se disfrutarán ineludiblemente dentro del año natural a que correspondan, no pudiendo compensarse económicamente, salvo en el caso de finalización de la prestación de servicios si no se han podido disfrutar con anterioridad a la misma⁶⁸.

d) VACACIONES Y NACIMIENTO E INCAPACIDAD TEMPORAL

Una última cuestión que se plantea en los acuerdos o pactos de las mesas sectoriales de negociación es la coincidencia de las vacaciones con la incapacidad y la maternidad, hoy cuidado de hijo.

Salvo excepciones muy concretas, la mayoría de las cláusulas de los acuerdos o pactos establecen, siguiendo la previsión legal, que «cuando el período de vacaciones al que se refiere el primer punto de este artículo coincida en el tiempo con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural, o con el descanso por maternidad o el permiso de paternidad, se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones al finalizar las causas reseñadas, aunque haya terminado el año natural a que correspondan. En el supuesto de que el período de vacaciones coincida con una incapacidad temporal por contingencias distintas a las señaladas en el párrafo anterior, que imposibilite al personal disfrutarlas, total o parcialmente, durante el año natural a que corresponden, podrán hacerse efectivas una vez finalice la incapacidad y siempre que no hayan transcurrido más de dieciocho meses a partir del final del año en que se originaron»⁶⁹.

⁶⁷ Artículo 32. Acuerdo de 20 de julio de 2004, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el de 30 de diciembre de 2003, de la Mesa Sectorial de Negociación de Sanidad, sobre el régimen de vacaciones, permisos y licencias del personal de centros e instituciones sanitarias del Servicio Andaluz de Salud.

⁶⁸ Véase, el artículo 20 del Decreto 137/2003, de 18 de julio de 2003 modificado el 16 de abril de 2016 del Consell de la Generalitat, citado. Art. 2 del Acuerdo del Consejo de Gobierno por el que se aprueba el Acuerdo sobre vacaciones y permisos del personal de Instituciones Sanitarias del Servicio Cántabro de Salud aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 24 de junio de 2004 (BOC n.º 131 de 6 de julio de 2004).

⁶⁹ Artículo 2 del Pacto de 30 de noviembre de 2021 sobre vacaciones permisos y licencias del personal estatutario que presta servicios en centros e instituciones sanitarias del servicio madrileño de salud, citado. En el mismo sentido, véase el artículo 23 Decreto 137/2003, de 18 de julio, del Consell de la Generalitat, citado.

A este respecto, cabe destacar también la pervivencia de acuerdos con cláusulas a día de hoy desfasadas, en las que no se contemplan los cambios normativos de los últimos años, como es el caso del Acuerdo sobre vacaciones y permisos del personal de Instituciones Sanitarias del Servicio Cántabro de Salud que no reconoce el derecho a vacaciones cuando coincida con una maternidad o una incapacidad temporal más allá de año natural, por ser de fecha anterior a la aprobación de la modificación normativa por la Ley 3/2007.

7. ESPECIALIDADES EN LA JORNADA Y LOS DESCANSOS DE LOS RESIDENTES SANITARIOS EN FORMACIÓN

El Real Decreto 1146/2006, de 6 de octubre, regula la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en ciencias de la salud. Se trata de una normativa específica y no estatutaria⁷⁰ que contempla especialidades en materia de jornada y descansos para este colectivo, sobre todo en lo que refiere a la jornada complementaria, calificadas por la doctrina como uno de los puntos más delicados y polémicos de todo el régimen jurídico del contrato de trabajo especial de residencia⁷¹.

La regulación de la jornada del personal residente es uno de los aspectos de esta relación laboral especial donde, de nuevo, el modelo de referencia no es el recogido en el ET, sino el previsto para el personal estatutario empleado por los Servicios de Salud donde se ha fijado unos derechos de mínimos básicos⁷².

Las especialidades en materia de tiempo de trabajo para este colectivo tienen como objetivo prioritario garantizar la formación de los médicos residentes. Así, el artículo 5.2 del RD 1146/2006 establece que «la jornada laboral asegurará el cumplimiento de programas formativos, añadiendo que dentro de las posibilidades organizativas y funcionales de cada centro se procurará disponer la jornada de los residentes de forma que la ordenación del tiempo de trabajo no perjudique su formación». Ahora bien, como se ha puesto de manifiesto, este objetivo prioritario no deja de ser ambiguo, en la medida en que la consecución de la formación puede verse cuestionada por la necesidad de ampliación de la jornada por necesidades de programación del servicio de salud, o bien por el

⁷⁰ Entre otras, STS 31 julio 1999 (Rec. 1171/90) y STS 10 enero 2005 (Rec. 194/03).

⁷¹ BAZ RODRÍGUEZ, J.: «La nueva regulación del contrato de trabajo de los residentes en formación. Análisis del Real Decreto 1146/2006, de 6 de octubre». *DS*, Vol. 15, Núm. 2, julio-diciembre 2007, p. 249.

⁷² DE LA PUEBLA PINILLA, A.: «La relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en ciencias de la salud. Comentario al RD 1146/2006, de 6 de octubre (BOE 7 de octubre de 2006)», *Relaciones Laborales*, núm. 3, 2007, pp. 797-813.

hecho de que el residente tenga reconocidos derechos de reducción de jornada por motivos de conciliación o cuidado, donde podría prevalecer la necesidad de atención y cuidado frente a la formación del médico residente⁷³.

Sobre esta premisa general, se concretan una serie de matices de distinción para este colectivo en materia de jornada y descansos respecto de la establecida para el personal estatutario de los servicios de salud, donde cabe destacar las siguientes:

A) **Prelación de fuentes**

Una primera diferencia respecto del régimen de jornada del personal estatutario del EM es la relativa a la ordenación de fuentes.

El RD 1146/2006 especifica que en materia de tiempo de trabajo es la negociación colectiva la primera fuente de derecho aplicable y subsidiariamente lo establecido en los convenios, pactos o acuerdos de los servicios de salud. Por tanto, la aplicación del EM se entiende subsidiaria, en defecto de las anteriores. A este respecto, llama la atención que no se haga referencia al contrato de trabajo como fuente de derecho, por lo que cabría entender que la autonomía individual carece de margen de actuación en este ámbito⁷⁴, debido principalmente a la causa formativa del contrato⁷⁵. De otra parte, dada la especialidad del contrato y su finalidad formativa, el papel del convenio colectivo mejorando lo establecido en el RD 1146/2006 puede tener escaso margen de actuación⁷⁶.

B) **Jornadas máximas**

La duración máxima de la jornada ordinaria constituye otra especialidad de tiempo de trabajo para el colectivo de los residentes en formación. Según se establece en el artículo 5 la jornada ordinaria no podrá exceder las 37 horas y media semanales de promedio en cómputo semestral, salvo que mediante acuerdo,

⁷³ PÉREZ GÓMEZ, J. M.: «La ordenación del tiempo de trabajo y descanso...», ob. cit., p. 611.

⁷⁴ BAZ RODRÍGUEZ, J.: «La nueva regulación del contrato de trabajo de los residentes en formación. Análisis del Real Decreto 1146/2006, de 6 de octubre...» ob. cit., p. 255.

⁷⁵ MONREAL BRINGSVAERD, E.: «La regulación del tiempo de trabajo del residente sanitario». *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 21, 2009, p. 11. DE LA PUEBLA PINILLA, A.: «La relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud...», ob. cit., p. 100.

⁷⁶ LÓPEZ GANDÍA, J.: «Las nuevas relaciones laborales especiales y la introducción de especialidades en las relaciones comunes», en AA. VV *El trabajo por cuenta ajena y sus fronteras* (Dir. J. A. Julián & N. Pulmar Beltrán), Bomarzo, Albacete, 2009, p. 83.

pacto o convenio se establezca otro cómputo (art. 5). Destaca, una vez más, el relevante papel de la negociación colectiva o los acuerdos en la determinación de los tiempos de trabajo de este personal en formación. A este respecto el legislador no ha contemplado la posibilidad de fijar la jornada máxima ordinaria por pacto individual, circunstancia que obedece a la causa eminentemente formativa del contrato de trabajo del residente y al consiguiente principio de formación a tiempo completo introducido por la normativa comunitaria ⁷⁷.

Junto a lo anterior, destaca también el derecho del residente sanitario a un horario que le permita la conciliación, limitando la jornada a 12 horas. Este derecho a conciliar se reconoce en la disposición adicional tercera para los casos de embarazo, guarda legal de menores, mayores con discapacidad, guardia y custodia no compartida de menores, o cuidado directo de un familiar. La norma alude a menores de hasta seis años, por lo que debiera actualizarse hasta los 12 años, para adecuarlo a los cambios operados en el Estatuto de los trabajadores. No obstante, el desarrollo convencional de este derecho permitirá su concreción y, en su caso, actualización.

C) Jornada complementaria

Otra de las especialidades en materia de tiempo de trabajo del personal sanitario en formación se sitúa en la jornada complementaria y, en concreto, en el hecho de que sólo podrán realizar guardias con presencia física, a diferencia del resto del personal estatutario que también puede realizar guardias de localización. El objetivo o finalidad de esta limitación no es otro que la garantía de la formación del residente, salvo que los convenios colectivos pacten otra cosa; en cuyo caso, esta distinción respecto del personal estatutario podría quedar matizada y la garantía formativa podría quedar nuevamente en entredicho.

Junto a esta especialidad, la regulación de la jornada complementaria de los residentes contiene otras particularidades, tales como que las horas de jornada complementaria a realizar serán las que determine el programa formativo con un límite mensual de 7 horas de guardia, indisponible por vía de la negociación colectiva, de forma que no se podrá ni aumentar ni disminuir el número de guardias médicas que debe realizar el residente ⁷⁸; ello por el cariz eminentemente

⁷⁷ MONREAL BRINGSVAERD, E.: «La regulación del tiempo de trabajo del residente sanitario...», ob. cit., p. 11.

⁷⁸ En relación con la realización de la jornada complementaria, los convenios sólo podrían, hipotéticamente, establecer criterios de distribución del número de guardias marcado por los programas formativos en módulos temporales inferiores al mes, de modo que se cumpliera, en todo caso con el mandato

formativo que prima sobre la naturaleza asistencial de las guardias del personal estatutario⁷⁹. Esta limitación de guardias ha sido objeto de críticas por ser excesivo el número de las permitidas, en la medida en que supondrá que el médico residente podría hacer varias guardias a la semana, lo que directamente podría condicionar no sólo la tutela de la salud del trabajador y de la calidad asistencial del servicio, sino la propia finalidad formativa del contrato⁸⁰.

En el RD 1146/2006 no se contiene referencia alguna a su regulación, por tanto, a diferencia del personal estatutario, no se prevé que los residentes en formación realicen la denominada «jornada especial de trabajo», aunque algunos autores consideran que si el convenio colectivo de desarrollo no especificase nada, se deberá entender de aplicación supletoria lo establecido en el EM⁸¹, en cuyo caso, sí que resultaría posible que el personal en formación realizase jornadas especiales.

D) Descansos

Las especialidades en materia de descansos de los médicos residentes se caracterizan no en lo que se regula sino en lo que se omite. Destacan diferencias respecto a lo señalado para el personal estatutario en relación con del descanso obligatorio después de 24 horas seguidas de trabajo ininterrumpido; la pausa en la jornada; el descanso semanal y la fijación de las vacaciones, permisos y festivos.

Respecto del descanso entre jornadas se establece que, en todo caso, después de 24 horas de trabajo ininterrumpido, bien sea de jornada ordinaria, de jornada complementaria, bien sea de tiempos conjuntos de ambas, el residente tendrá un descanso continuo de 12 horas.

Bajo la expresión genérica de «emergencia asistencial» subyace la idea de que se trata de una circunstancia, aunque indeterminada, de aplicación verdaderamente excepcional, resultando la distinción entre la regulación de este descanso en el personal en formación respecto del personal estatutario, muy matizada. Así pues, las diferencias son mayores en una interpretación literal frente a la realidad práctica, toda vez que la ausencia de disfrute del descanso

reglamentario de la no realización de más de siete guardias al mes (v. gr.: previsión convencional de no exceder de dos guardias por semana) BAZ RODRÍGUEZ, J.: «La nueva regulación del contrato de trabajo de los residentes en formación», ob. cit., p. 255.

⁷⁹ MONREAL BRINGSVAERD, E.: «La regulación del tiempo de trabajo del residente sanitario...», ob. cit., p. 16.

⁸⁰ PÉREZ GÓMEZ, J. M.: «La ordenación del tiempo de trabajo y descanso...», ob. cit., p. 612. LÓPEZ GANDÍA, J.: «Las nuevas relaciones laborales especiales y la introducción de especialidades en las relaciones comunes», ob. cit., p. 82.

⁸¹ *Ibidem*, p. 611.

obligatorio determina que, al igual que ocurre con el resto del personal estatutario, se aplica el régimen de descansos alternativos previstos en el artículo 54 EM. Al igual que ocurre con el personal sanitario, las cuestiones litigiosas se han centrado en relación con el disfrute de los descansos posteriores a una guardia realizada en sábado o víspera de festivo.

Cuando la guardia se efectúe en sábado o víspera de festivo, se tiene derecho a descansar las 24 horas inmediatamente siguientes a la finalización de la guardia, que es el domingo o festivo correspondiente y en el caso que no se hubiera disfrutado del tiempo mínimo de descanso diario o semanal en el período establecido, se producirá una compensación a través del régimen de descansos alternativos, en los términos previstos en el artículo 54 EM. En consecuencia, cuando se haya realizado una guardia de presencia física durante 24 horas de sábado a domingo, no se tienen derecho a descansar 36 horas, en lugar de las 24 horas que establece la ley, o 72 horas, en un período de referencia de 14 días, que en todo caso, el descanso se producirá el sábado o el festivo inmediatamente posterior, sin que pueda admitirse que dicho descanso se traslade a días posteriores al festivo⁸².

Otra especialidad en materia de descansos es la relativa a si el personal en formación tiene derecho a un descanso o pausa de 15 minutos por trabajos cuya jornada excede de seis horas consecutivas. El legislador guarda silencio al respecto, no obstante, por mandato del artículo 1.4 RD 1146/2006 procede la aplicación supletoria de lo dispuesto en el artículo 34.4 ET y, por lo tanto, el derecho al descanso. Ahora bien, el disfrute de dicho descanso sí que podría estar condicionado al mantenimiento de la atención de los servicios sanitarios.

En esta misma línea interpretativa, resulta sorprendente la ausencia de una referencia específica sobre la regulación y alcance del derecho al descanso semanal.

Aunque se trate de una especialidad muy sutil, por último, cabría destacar la relativa a la fijación del descanso anual y sus elementos limitadores. Destacan dos: en primer lugar, el programa formativo y, en segundo lugar, el límite que atiende a exigencias de índole propiamente organizativa derivada de las necesidades del servicio. En relación con el resto de aspectos del derecho a vacaciones –duración, obligatoriedad y retribución– no existe peculiaridad alguna en relación con lo dispuesto en el régimen laboral común, al aplicarse el artículo 38 del ET.

⁸² STSJ Madrid 17 febrero 2020 (Rec. 1170/2019). STSJ Andalucía de 18 marzo 2021 (Rec. 1650/2020). STSJ Andalucía de 18 marzo 2021 (Rec. 1651/2020).

8. REFLEXIÓN FINAL

La existencia de personal estatutario como un híbrido entre el personal laboral y el funcionario y la aplicación en materia de tiempo de trabajo de una diversidad de fuentes de regulación, fomenta la dispersión normativa y, por tanto, la heterogeneidad y la problemática de la doble jurisdicción en torno a los conflictos del personal estatutario. Las prolongaciones de jornada por la atención continuada y el margen concedido por el legislador en la aplicación y desarrollo de la ordenación del tiempo de trabajo y los descansos hacen necesario hoy más que nunca una revisión de la normativa aplicable, específicamente, de la Ley 55/2003.

En los últimos años, el surgimiento de cuestiones litigiosas, solventado a través de la interpretación jurisprudencial y la propia evolución de la normativa aplicable, han evidenciado la obsolescencia de su regulación manifestada, sobre todo, en materia de tiempo de trabajo y descansos, donde cabe destacar, entre otros: la adecuación de la jornada y el derecho a la conciliación, la aplicación de los nuevos criterios jurisprudenciales relacionados con las guardias de localización y la duración máxima del trabajo una vez sumados el tiempo ordinario y el tiempo extraordinario de prestación de los servicios en la atención continuada.

Junto a lo anterior habría que añadir el impacto que la pandemia ha tenido en el personal sanitario, que nos ha hecho tomar conciencia no sólo de la relevancia de su trabajo, sino de las carencias que el sistema tiene a nivel de recursos humanos. A su vez, también el impacto de las nuevas tecnologías y mecanismos de comunicación en el desarrollo del trabajo en remoto y su repercusión en la actividad sanitaria hace que sea necesario clarificar y unificar que se entienda por tiempo de trabajo y descanso efectivos. La delimitación de la jornada de trabajo en el sector sanitario se constituye hoy más que nunca en un auténtico desafío.

La adecuación del tiempo de trabajo y descanso ante estas circunstancias constituye una buena excusa para plantearse una próxima modificación *in extenso* y actualización de la norma estatutaria.

9. BIBLIOGRAFÍA

ALMENDROS GONZÁLEZ, M. A.: «Tiempo de trabajo efectivo», en AA. VV.: *El Nuevo Escenario en Materia de Tiempo de Trabajo. XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales* (Coord. S. González Ortega), Sevilla, 2002.

- ARETA MARTÍNEZ, M.: «El ámbito de aplicación del régimen sobre descansos alternativos regulado en el estatuto marco del personal estatutario», *Derecho y salud*, núm. 1, 2011.
- «Artículo 51. Jornada y descansos diarios», en *Comentarios a la Ley 55/2003, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud* (Dir. A. Palomar Olmeda y A. V. Sempere Navarro), Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2006.
- BAZ RODRÍGUEZ, J.: «La nueva regulación del contrato de trabajo de los residentes en formación. Análisis del Real Decreto 1146/2006, de 6 de octubre». *DS*, Vol. 15, Núm. 2, julio - diciembre 2007.
- CAIRÓS BARRETO, D.: «La ordenación del tiempo de trabajo del personal estatutario de los servicios de salud», *Revista Derecho y salud*, núm. Extra. 2, 2006.
- CALVO SÁNCHEZ, D.: «Acercamiento al Real Decreto 640/2014, de 25 de julio, sobre Registro Nacional de Profesionales Sanitarios», *Actualidad Administrativa*, núm. 2, 2015.
- CISCART BEA, N. y RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, R., «Las guardias del personal facultativo estatutario de las instituciones hospitalarias. Cuestiones de interés y criterios jurisprudenciales», *Relaciones Laborales*, Tomo I, 2001.
- DE LA PUEBLA PINILLA, A.: «La relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en ciencias de la salud. Comentario al RD 1146/2006, de 6 de octubre (BOE 7 de octubre de 2006)», *Relaciones Laborales*, núm. 3, 2007.
- FERRADANS CARAMÉS, C.: «Ordenación del tiempo de trabajo del personal estatutario: un apunte específico sobre el servicio andaluz de salud», *Temas laborales*, núm. 97/2008.
- GARCÍA MURCIA, J. y CASTRO ARGÜELLES, M.^a A.: «El Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud: Una presentación», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 21/2003.
- GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I. y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: «La ordenación del tiempo de trabajo del personal estatutario del Sistema Nacional de Salud», *Relaciones Laborales*, núm. 20, 2006.
- GONZÁLEZ SALINAS, P. y LIZARRAGA BONELLI, E. (Coord.): *Comentarios a la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud*, Thomson-Cívitas, Madrid, 2005.
- GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J. M. «El Tiempo de trabajo del personal estatutario con jornada complementaria. La guardia y La “salida de guardia”», *Derecho y Salud*, núm. Extra 1, vol. 24, 2014.
- GORELLI HERNÁNDEZ., J.: «Guardias en la sanidad, la extensión de la normativa estatutaria al personal laboral», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 21, 2009.
- LAHERA FORTEZA, J.: «Tiempo de trabajo efectivo europeo», *Trabajo y Derecho*, núm. 43, 2018.
- LÓPEZ ÁLVAREZ, M.^a J.: «La ordenación comunitaria del tiempo de trabajo. Puntos críticos», en AAVV: *El derecho del trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones*. Dir. J. M. Miranda Boto, Cinca, Madrid, 2018.

- LÓPEZ GANDÍA, J.: «Las nuevas relaciones laborales especiales y la introducción de especialidades en las relaciones comunes», en AA. VV.: *El trabajo por cuenta ajena y sus fronteras* (Dir. J. A Julián & N. Pulmar Beltrán), Bomarzo, Albacete, 2009.
- MARÍN MORAL, I.: «Artículo 46. Objeto y definiciones», en AAVV: *Comentarios a la Ley 55/2003 del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud* (Dir. A. Palomar Olmeda y A. V Sempere Navarro), Thomson-Aranzadi, 2006.
- MARTÍNEZ YAÑEZ, N.: «Trazando los contornos del tiempo de trabajo y descanso frente a los retos de la economía digital. Recientes aportaciones del Tribunal de Justicia», en AAVV: *El derecho del trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones*. Dir. J. M Miranda Boto, Cinca, Madrid, 2018.
- MOLINA NAVARRETE, E. y MOLINA NAVARRETE, C.: «El nuevo marco de relaciones laborales del personal de los servicios de salud: las claves de su Estatuto especial», *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, núm. 252, 2004.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y MUROS POLO, A.: «De nuevo sobre los criterios del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para calificar las guardias como tiempo de trabajo y su compatibilidad con la doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales de la Carta Social Europea», *La Ley*. Unión Europea, núm. 98, diciembre 2021.
- «El “tiempo de trabajo” y el “período de descanso” a debate en las guardias en régimen de disponibilidad no presencial», *La Ley*. Unión Europea, núm. 92, mayo 2021.
- MONREAL BRINGSVAERD, E.: «La regulación del tiempo de trabajo del residente sanitario». *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 21, 2009.
- PÉREZ GÓMEZ, J. M.: «La ordenación del tiempo de trabajo y descanso», en AA. VV.: *El contrato de trabajo de los MIR y otros residentes sanitarios* (Dir. A. V Sempere Navarro). Aranzadi Thomson-Reuters, Pamplona, 2010.
- RODRÍGUEZ PASTOR, G.: «Jornada de trabajo, permisos y licencias en la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud», *Tribuna Social*, núm. 169, 2005.
- SALA FRANCO, T.: «El Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud», Tirant lo Blanch, colección monografías, 2004.
- SERRANO ARGÜELLO, M.: «Dos desafíos para la sanidad pública: el mantenimiento de los recursos humanos y la delimitación de la jornada de trabajo», *Lan Harremanak*, núm. 17, 2007.
- «La ordenación del tiempo de trabajo desde la perspectiva del derecho comunitario y su jurisprudencia: especial atención a su repercusión en el sector sanitario», *Revista universitaria de ciencias del trabajo*, núm. 6, 2005.

CAPÍTULO XXVII

EL TIEMPO DE TRABAJO DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

PILAR PALOMINO SAURINA
Profesora contratada doctora
Universidad de Extremadura

1. JORNADA DE TRABAJO

Como establece el artículo 47 del RDLeg 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, las Administraciones Públicas establecerán la jornada general y las especiales de trabajo de sus funcionarios públicos que podrá ser a tiempo completo o parcial.

Así, con carácter general, la disposición adicional centésima cuadragésima cuarta de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para 2018, establece que la jornada de trabajo general en el sector público se computará en cuantía anual y supondrá un promedio semanal de 37 horas y media, sin perjuicio de las jornadas especiales existentes o que, en su caso, se establezcan. Un precepto que afecta a los empleados públicos incluyendo el personal laboral de las Administraciones públicas, teniendo en cuenta que se considera sector público: a) la Administración General del Estado, las Administraciones de las comunidades autónomas y las entidades que integran la Administración local; b) las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social, c) los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales, las autoridades administrativas independientes, y cualesquiera entida-

des de derecho público con personalidad jurídica propia dependientes o vinculadas a una Administración pública o a otra entidad pública, además de las universidades públicas; d) los consorcios definidos en el artículo 118 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público; e) las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio esté formado en más de un 50% por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades; y f) las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades a las que se refieren los apartados a) y e) de este precepto sea superior al 50%.

A tenor de este artículo se entiende que quedarían excluidos de la regulación de este precepto, el personal militar de las Fuerzas Armadas, el personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, y el personal destinado en instituciones penitenciarias o en instituciones y establecimientos sanitarios.

En concreto, con respecto a la Administración General del Estado, la Resolución de 28 de febrero de 2019, de la Secretaría de Estado de Función Pública, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal al servicio de la Administración General del Estado y sus organismos públicos, establece que la duración de la jornada general será de 37 horas y media semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual, equivalente a mil seiscientos cuarenta y dos horas anuales. Un número de horas que se ha ido modificando progresivamente como consecuencia del incremento del número de días de permiso por asuntos particulares¹. Aunque, en todo caso, ello no significa que se trabaje efectivamente ese número de horas al año, ya que es preciso descontar el tiempo en el que no se realiza prestación laboral, y que se considera tiempo de trabajo efectivo, como los treinta minutos de pausa para el bocadillo. En la Resolución de 20 de diciembre de 2005, la equivalencia era a mil seiscientos cuarenta y siete horas anuales, por lo que hay una diferencia anual de cinco horas.

La distribución de la jornada puede revestir tres modalidades en las que se distingue la parte fija del horario, no disponible para el empleado público, del tiempo restante, sobre el que hay una cierta libertad de actuación para su cumplimiento:

a) Jornada de mañana. El horario fijo de presencia en el puesto de trabajo será de 9:00 a 14:30 horas de lunes a viernes. El tiempo restante hasta completar la jornada semanal se realizará en horario flexible, entre las 7:00 y

¹ MORENO MÁRQUEZ, A.: *La jornada de trabajo en el empleo público*, Tirant lo Blanch, 2018, p. 99.

las 9:00 de lunes a viernes y entre las 14:30 y las 18:00 de lunes a jueves, así como entre las 14:30 y las 15:30 horas los viernes.

b) Jornada de mañana y tarde. El horario fijo de presencia en el puesto de trabajo será de 9:00 a 17:00 horas, de lunes a jueves, con una interrupción para la comida que no computará como trabajo efectivo y que será como mínimo de media hora, y de 9:00 a 14:30 los viernes. El resto de la jornada, hasta completar las treinta y siete horas y media o las cuarenta horas semanales, según el régimen de dedicación, se realizará en horario flexible entre las 7:00 y las 9:00 horas, de lunes a viernes, y entre las 17:00 y las 18:00 horas, de lunes a jueves, así como entre las 14:30 y las 15:30 horas los viernes.

c) Jornada de tarde. El horario fijo de presencia en el puesto de trabajo será de 15:00 a 20:30 horas, de lunes a viernes. El tiempo restante hasta completar la jornada semanal se realizará en horario flexible, entre las 13:00 y las 15:00 horas, así como entre las 20:30 y las 22:00 horas

Asimismo, en el apartado 4 de la Resolución de 28 de febrero de 2019 se recoge la duración de la jornada de especial dedicación que como ya establecía la Resolución de 28 de diciembre de 2012 será de cuarenta horas semanales, sin perjuicio del aumento de horario que excepcionalmente sea preciso por necesidades del servicio. Aunque, también es posible realizar una jornada reducida por interés particular, por la que el funcionario percibirá el 75% de sus retribuciones, compatible con otras medidas de flexibilidad horaria e incompatible con otras reducciones de jornada previstas en la normativa vigente. La concesión de esta jornada está sujeta a los siguientes requisitos:

1) Solo podrá ser solicitada por el personal que ocupe puestos de trabajo cuyo nivel de complemento de destino sea igual o inferior al 28.

2) No podrá reconocerse esta reducción de jornada al personal que preste servicios en régimen de especial dedicación, salvo que se autorice su pase previo al régimen de jornada ordinaria, lo que implicará, que el funcionario deje de percibir el complemento de productividad.

3) Esta modalidad de jornada reducida será incompatible con otras reducciones de jornada previstas en la normativa vigente.

Como recoge el apartado 7 de la Resolución de 28 de febrero de 2019, durante el verano se produce una disminución de la jornada a recuperar a lo largo del año en la forma que establezca el correspondiente calendario laboral, respetando la duración mínima de la jornada en cómputo anual. Así:

1) Durante el período comprendido entre el 16 de junio y el 15 de septiembre, ambos inclusive, se podrá establecer una jornada intensiva de trabajo

de seis horas y media continuadas de trabajo, a desarrollar entre las ocho y las quince horas, de lunes a viernes. Por tanto, en este periodo la jornada semanal a realizar será de treinta y dos horas y media.

2) Salvo que los calendarios laborales establezcan otras modalidades, el personal que preste servicios en régimen de especial dedicación, además del cumplimiento del horario señalado, deberá realizar durante este periodo cinco horas adicionales a la semana, de las cuales un mínimo de dos horas y media se desarrollarán hasta las dieciocho horas, de lunes a jueves. En este caso, la jornada semanal a realizar será de treinta y siete horas y media en lugar de cuarenta, siendo obligatorio trabajar, al menos, una tarde por semana.

3) En las oficinas de información y atención al ciudadano y registros, la jornada intensiva de verano deberá asegurar la apertura al público en horario de ocho a quince horas, de lunes a viernes, y de nueve a catorce horas, los sábados, salvo que el calendario laboral, en atención a la naturaleza particular de los servicios prestados en cada ámbito, determine otros horarios.

2. TELETRABAJO

El artículo 47 bis EBEP considera teletrabajo aquella modalidad de prestación de servicios a distancia en la que el contenido competencial del puesto de trabajo puede desarrollarse, siempre que las necesidades del servicio lo permitan, fuera de las dependencias de la Administración, mediante el uso de tecnologías de la información y comunicación.

De esta definición pueden extraerse una serie de elementos esenciales: a) la ajenidad, ya que se prestan servicios en virtud de una relación laboral o funcionarial con la Administración pública; b) se desarrolla fuera de las dependencias de la Administración, aunque se combina con la presencialidad; y c) se utilizan las tecnologías de la información y la comunicación.

En este sentido es destacable que se exige un equipamiento mínimo de carácter material como disponer de un ordenador personal portátil, un número de teléfono, el acceso a las aplicaciones informáticas utilizadas en el servicio respectivo mediante un canal seguro, acceso a internet, etc.

La Administración pública asume los gastos que genere la prestación de servicios exclusivamente en lo que se refiere a los medios tecnológicos necesarios para la actividad, corriendo también con los costes vinculados a las comunicaciones lo que constituye una manifestación de la ajenidad en los medios que caracteriza la prestación laboral por cuenta ajena.

No obstante, la prestación del servicio mediante teletrabajo habrá de ser autorizada y será compatible con la modalidad presencial. Tendrá carácter voluntario y reversible salvo en supuestos excepcionales debidamente justificados, y en todo caso, quedará condicionada a las necesidades que se produzcan.

Y es que, la prestación del servicio en la modalidad no presencial cumplirá la normativa en materia de protección de datos de carácter personal y la exigencia de la debida reserva y confidencialidad respecto a los asuntos que conozca en los mismos términos que en el desarrollo de sus funciones en la modalidad presencial.

Es de aplicación tanto al personal funcionario como laboral que preste sus servicios a la Administración, ya que éste último, a pesar de su régimen jurídico, queda excluido de la regulación establecida por el RDL 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia para el sector privado².

Así, es el RDL 29/2020, de 29 de septiembre el encargado de regular el régimen jurídico del teletrabajo para los empleados públicos, lo que incluye tanto al personal funcionario como al laboral, aunque no se especifica nada de los puestos directivos. Y es que, la naturaleza de la relación, tanto del personal funcionario como estatutario, no es contractual ya que se rige de forma exclusiva por el Derecho Administrativo.

No obstante, se insta a la negociación colectiva para adecuar los criterios de acceso al teletrabajo, de forma que se garantice su ecuanimidad y se limita la capacidad discrecional de la Administración competente³. Pero el EBEP también podría haber previsto la determinación de algunos criterios objetivos para evitar la heterogeneidad del régimen de tratamiento entre las distintas Administraciones. Asimismo, se echa en falta la delimitación del teletrabajo en el tiempo y que se establezcan los porcentajes mínimos y máximos de presencialidad en el desarrollo del servicio⁴.

En todo caso, el personal que preste sus servicios mediante teletrabajo tendrá los mismos deberes y derechos, individuales y colectivos, que el resto del personal que preste sus servicios en modalidad presencial, incluyendo la normativa de prevención de riesgos laborales que resulte aplicable, salvo aquellos que sean inherentes a la realización de la prestación del servicio de manera presencial.

² CASTILLO RAMOS-BOSSINI, S. E: «Administración digital y teletrabajo», *Documentación Administrativa*, n.º 7, enero-diciembre de 2020, p. 120.

³ EXPÓSITO GÁZQUEZ, A.: «El marco normativo del teletrabajo en el empleo público: delimitación y análisis comparativo», *REALA*, n.º 16, 2021, p. 124.

⁴ EXPÓSITO GÁZQUEZ, A.: «El marco normativo del teletrabajo en el empleo público: delimitación y análisis comparativo», *cit.*, p. 126.

Así, el EBEP establece un sistema de trabajo por objetivos y de evaluación por su cumplimiento lo que supone una novedad con respecto al sistema organizativo de la Administración ya que hasta ahora las horas que pasan los empleados públicos sentados frente al ordenador computan lo mismo que las de trabajo efectivo, al ser consideradas como parte del cumplimiento de la jornada.

Y es que, la implantación de un sistema de teletrabajo se puede enmarcar en una estrategia de las Administraciones públicas que implica una renovación del sistema organizativo tradicionalmente adoptado por éstas, así como de los métodos y procedimientos en que se prestan los servicios públicos.

3. PERMISOS

El EBEP regula en los artículos 48 y 49 los permisos de los funcionarios públicos mientras que en el artículo 51 se ocupa por separado de la jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral.

El artículo 48 enumera una serie de permisos como el que se otorga por fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, por traslado de domicilio, para realizar funciones sindicales o de representación de personal, para concurrir a exámenes finales y demás pruebas definitivas de aptitud, para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto, por lactancia de un hijo menor de doce meses, por nacimiento de hijos prematuros, por razones de guarda legal, por matrimonio, por asuntos particulares o para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público o personal. Situaciones en las que a pesar de que el empleado público no presta servicios, son retribuidas y se consideran tiempo de trabajo efectivo.

Además, es destacable que estos permisos guardan similitud con los que recoge el artículo 37.3 ET, aunque con algunas diferencias como el número de días que se pueden disfrutar. Así, en los casos de fallecimiento, accidente o enfermedad graves el número de días varía de tres a cinco días dependiendo de si se trata de la misma localidad o no, mientras en el ET varía entre dos o cuatro días para la misma o distinta localidad.

También se mejora la situación de los funcionarios en el artículo 48.f) EBEP ya que pueden disfrutar del permiso por lactancia hasta que el menor tenga doce meses sin reducción del salario, mientras que el ET reconoce este derecho cuando ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores lo

ejerzan con la misma reducción y régimen pero con reducción proporcional del salario a partir del cumplimiento de los nueve meses.

Asimismo, aunque en ambos supuestos son equivalentes los términos en que se podrá disfrutar el permiso, esto es, una hora de ausencia del trabajo que se puede dividir en dos fracciones, existen diferencias con respecto a la posibilidad de sustituir dicho permiso por la reducción de la jornada de trabajo, ya que en el caso de la funcionaria lo podrá disfrutar únicamente a partir de la finalización del permiso por nacimiento, adopción, guarda, acogimiento o del progenitor diferente de la madre biológica, mientras que el ET señala a los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con la empresa respetando, en su caso, lo establecido en aquella.

En el caso del permiso por nacimiento de hijos prematuros o que por cualquier otra causa deban permanecer hospitalizados a continuación del parto, la funcionaria tiene derecho a ausentarse del trabajo durante un máximo de dos horas diarias percibiendo sus retribuciones íntegras mientras que el ET lo reduce a una hora. En ambos casos podrán reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, con disminución proporcional de las retribuciones.

La EBEP no establece un límite en el supuesto de reducción de jornada por guarda legal cuando el funcionario tenga el cuidado directo de algún menor de doce años, de una persona mayor que requiera especial dedicación, o de una persona con discapacidad que no desempeñe actividad retribuida, mientras que el ET fija la reducción de la jornada diaria, con disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella.

Pero el EBEP también recoge otros derechos que no aparecen en el ET como el permiso para atender el cuidado de un familiar de primer grado por el que el funcionario tiene derecho a solicitar una reducción de hasta el cincuenta por ciento de la jornada laboral, con carácter retribuido, por razones de enfermedad muy grave y por el plazo máximo de un mes o el permiso de seis días al año por asuntos particulares.

Sin embargo, hay otros derechos de contenido similar como el permiso por traslado de domicilio sin cambio de residencia, realización de funciones sindicales o de representación de personal, concurrencia de exámenes finales y demás pruebas definitivas de aptitud, realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto y, en los casos de adopción o acogimiento, para la asistencia a las sesiones de información y preparación y para la realización de los preceptivos informes psicológicos, cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público o personal o por matrimonio.

El artículo 49 EBEP recoge los permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, por razón de violencia de género y para las víctimas de terrorismo y sus familiares directos.

Estos derechos se asemejan a los supuestos que dan lugar a la suspensión del contrato de trabajo con derecho a reserva de puesto de trabajo que recoge el artículo 45 ET quizás porque ambos textos se inspiran en el RD Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

Así, el permiso por nacimiento para la madre biológica tiene una duración de dieciséis semanas, ampliables en dos semanas más, en los casos de discapacidad del hijo/a y si el neonato debe ser hospitalizado, se ampliará con un máximo de trece semanas.

Es destacable, que las seis semanas posteriores al parto son de descanso obligatorio e ininterrumpido mientras que en el periodo restante se pueden dar diversas situaciones. Esto es:

- Si fallece la madre, la otra persona progenitora podrá hacer uso de la totalidad o de la parte que reste del permiso.

- Si ambos progenitores trabajan, tras las seis semanas de descanso obligatorio, y hasta que el neonato cumpla doce meses, pueden disfrutar del permiso por semanas completas avisando con una antelación de quince días si se disfruta de forma ininterrumpida.

- En el supuesto de fallecimiento del hijo/a, el periodo de duración del permiso no se reduce, salvo que, una vez finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio, se solicite la reincorporación al puesto de trabajo.

- Durante el disfrute del permiso, y una vez finalizado el período de descanso obligatorio, se puede participar en los cursos de formación que convoque la Administración.

El permiso puede disfrutarse a jornada completa o a tiempo parcial dependiendo de las necesidades del servicio.

También tiene una duración de dieciséis semanas el permiso por adopción, guarda con fines de adopción, o acogimiento, tanto temporal como permanente, aunque en el caso de adopción internacional, se puede ampliar hasta dos meses si fuera necesario el desplazamiento previo al país de origen, pudiéndose iniciar hasta cuatro semanas antes de la resolución judicial por la que se constituya la adopción o decisión administrativa o judicial de acogimiento.

Una regulación similar a la anteriormente expuesta es aplicable en el caso de que el permiso lo disfrute un progenitor diferente de la madre biológica por nacimiento, guarda con fines de adopción, acogimiento o adopción de un hijo o hija,

teniendo en cuenta que en todos estos casos previstos el tiempo transcurrido durante su disfrute se computará como servicio efectivo a todos los efectos, garantizándose la plenitud de derechos económicos durante todo el periodo de duración del permiso y, en su caso, durante los periodos posteriores al disfrute de éste.

Asimismo, los funcionarios que hayan hecho uso del permiso por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, tanto temporal como permanente, tendrán derecho, una vez finalizado el período de permiso, a reintegrarse a su puesto de trabajo y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubieran podido tener derecho durante su ausencia.

El artículo 49 e) EBEP regula el permiso por cuidado de hijo menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave que es aplicable a todo el personal funcionario incluido en el ámbito de aplicación del RDLeg 5/2015, de 30 de octubre, con independencia de cuál sea el régimen de Seguridad Social al que pertenezcan. Por tanto, no resultan de aplicación al personal funcionario ni la prestación económica que recoge el artículo 192 RDLeg 8/2015, de 30 de octubre, ni el RD 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave⁵.

Según este permiso, el funcionario tendrá derecho, siempre que ambos progenitores adoptantes o acogedores trabajen, a una reducción de la jornada de trabajo de al menos la mitad de su duración, percibiendo las retribuciones íntegras, durante la hospitalización y tratamiento continuado, del menor de edad afectado por cáncer o cualquier otra enfermedad grave y como máximo, hasta que el menor cumpla los 18 años.

No obstante, es destacable, que el funcionario tendrá derecho a la percepción de las retribuciones íntegras durante el tiempo que dure la reducción de su jornada de trabajo, siempre que el otro progenitor, adoptante o acogedor, no cobre sus retribuciones íntegras en virtud de este permiso o como beneficiario de la prestación establecida para este fin en el Régimen de la Seguridad Social que le sea de aplicación. En caso contrario, sólo tendrá derecho a la reducción de jornada con la consiguiente reducción de retribuciones.

En todo caso, su cobertura económica de este permiso se retribuirá únicamente a cargo al capítulo de gastos de los presupuestos de cada departamento ministerial u organismo, y en el supuesto de que ambos progenitores, adoptantes o acogedores presten servicios en el mismo órgano o entidad, ésta podrá

⁵ GARCÍA ROMERO, B.: «Tiempo de trabajo y permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en el empleo público», *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, n.º 458. p. 43.

limitar su ejercicio simultáneo por razones fundadas en el correcto funcionamiento del servicio.

Pero el artículo 49 LBEP también se ocupa del permiso por razón de violencia de género sobre la mujer funcionaria, determinando que las faltas de asistencia de la misma, totales o parciales, tendrán la consideración de justificadas por el tiempo y en las condiciones en que así lo determinen los servicios sociales de atención o de salud.

Este artículo guarda similitud con el artículo 37.8 ET, aunque el ámbito de aplicación de este último, al ser redactado conforme al apartado tres de la disposición final tercera de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, es más amplio al hablar de «persona trabajadora» mientras que el artículo 49.d) EBEP se refiere a «mujer funcionaria».

En ambos casos la persona beneficiaria tendrá derecho a la reducción de la jornada con disminución proporcional de la retribución, o la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que sean aplicables, aunque el ET también contempla la posibilidad de realizar el trabajo total o parcialmente a distancia o a dejar de hacerlo si este fuera el sistema establecido. En el caso de las funcionarias será el plan de igualdad de aplicación o, en su defecto, la Administración pública competente la que en cada caso establecerán los términos en los que se llevarán a cabo las medidas de reordenación del tiempo de trabajo.

Además, la funcionaria pública mantendrá sus retribuciones íntegras cuando reduzca su jornada en un tercio o menos.

En términos semejantes, el artículo 49.f) EBEP regula una serie de medidas a favor de los funcionarios que hayan sufrido daños físicos o psíquicos como consecuencia de la actividad terrorista, aunque en este caso tendrán derecho a la reducción de jornada con disminución proporcional de la retribución. Las medidas serán adoptadas y mantenidas en el tiempo en tanto resulten necesarias para la protección y asistencia social integral de la persona a la que se concede, ya sea por razón de las secuelas provocadas por la acción terrorista o por la amenaza a la que se encuentra sometida.

Además de los permisos anteriormente mencionados la Resolución de 28 de febrero de 2019, de la Secretaría de Estado de la Función Pública, señala en su artículo 8 otras medidas para la conciliación de la vida familiar y laboral que mejoran la situación de los funcionarios de la Administración general del estado con respecto a otros trabajadores. A saber:

– El derecho de los empleados/as públicos a flexibilizar en una hora diaria el horario fijo de jornada que tengan establecido cuando tengan a su cargo

a personas mayores, hijos/as menores de 12 años, personas sujetas a tutela o acogimiento menores de 12 años o personas con discapacidad, así como quien tenga a su cargo directo familiares con enfermedad grave hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.

– El derecho a disponer de dos horas de flexibilidad horaria diaria sobre el horario fijo que corresponda cuando tengan a su cargo personas con discapacidad hasta el primer grado de consanguinidad o afinidad, a fin de conciliar los horarios de los centros educativos ordinarios de integración y de educación especial donde la persona con discapacidad reciba atención con los horarios propios del centro de trabajo.

En los supuestos anteriormente señalados se refieran a descendientes o personas sujetas a tutela o acogimiento menores de 12 años, si hubiera más de un titular de este derecho por el mismo sujeto causante, se podrá instar su ejercicio simultáneo, salvo que ambos progenitores presten servicios en el mismo órgano o entidad, en cuyo caso se podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones fundadas en el correcto funcionamiento del servicio.

– Excepcionalmente, se podrá autorizar con carácter personal y temporal, la modificación del horario fijo en un máximo de dos horas por motivos directamente relacionados con la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, y en los casos de familias monoparentales.

– Los empleados/as públicos que tengan hijos/as con discapacidad tienen derecho a ausentarse del trabajo por el tiempo indispensable para asistir a reuniones de coordinación de su centro educativo, donde reciban atención o para acompañarlo si ha de recibir apoyo adicional en el ámbito sanitario o social.

– Si se reincorporan al servicio efectivo a la finalización de un tratamiento de radioterapia o quimioterapia, podrán solicitar una adaptación progresiva de su jornada de trabajo ordinaria. Esta adaptación podrá extenderse hasta un mes desde el alta médica y podrá afectar hasta un 25% de la duración de la jornada diaria, preferentemente en la parte flexible de la misma, considerándose como tiempo de trabajo efectivo.

– Y finalmente, podrán disponer de una bolsa de horas de hasta un 5% de la jornada anual para los casos de cuidado de hijos/as menores de edad y sujetos a tutela o acogimiento y para la atención de personas mayores y personas con discapacidad hasta el primer grado de consanguinidad o afinidad.

Estas horas tienen el carácter recuperable en un plazo máximo de tres meses a contar desde el día siguiente a aquel en que se haga uso de la bolsa de horas, debiendo cumplir con el total de la jornada anual correspondiente y

pueden acumularse por jornadas completas, aunque los calendarios laborales podrán establecer los límites y condiciones para ello.

4. VACACIONES Y FESTIVOS

Como recoge el artículo 50 LBEP los funcionarios públicos tendrán derecho a disfrutar, durante cada año natural, de unas vacaciones retribuidas de veintidós días hábiles, o de los días que correspondan proporcionalmente si el tiempo de servicio a lo largo del año fue menor. Teniendo en cuenta que no se consideran días hábiles los sábados, sin perjuicio de las adaptaciones que se establezcan para los horarios especiales.

En este sentido, es destacable, que como recoge la Resolución de 28 de febrero de 2019 con respecto a la Administración General del Estado, se reconocen días adicionales de vacaciones por años de antigüedad en la Administración. Esto es, por cada 15 años de servicio, 23 días hábiles; por 20 años de servicio, 24 días hábiles; por 25 años de servicio, 25 días hábiles, y por 30 o más años de servicio, 26 días hábiles.

En todo caso, las vacaciones se disfrutarán, previa autorización y siempre que resulte compatible con las necesidades del servicio, dentro del año natural y hasta el 31 de enero del año siguiente, en períodos mínimos de 5 días hábiles consecutivos. Aunque también, siempre que las necesidades del servicio lo permitan, de los 22 días hábiles de vacaciones por cada año completo de servicios, se podrá solicitar el disfrute independiente de hasta 5 días hábiles por año natural.

Asimismo, la mitad de la totalidad de los días de vacaciones anuales deben disfrutarse entre los días 16 de junio y 15 de septiembre, salvo que el calendario laboral establezca otros periodos y si se prevé el cierre de las instalaciones debido a la inactividad estacional de determinados servicios públicos, los periodos de disfrute de las vacaciones coincidirán con el periodo de cierre.

Existe también la posibilidad de disfrutar las vacaciones en año natural distinto al que correspondan cuando coincidan con situaciones de permiso de maternidad, incapacidad temporal, riesgo durante la lactancia o riesgo durante el embarazo si impiden iniciar el disfrute de las vacaciones dentro del año natural al que correspondan, o una vez iniciado el periodo vacacional sobreviniera una de dichas situaciones. De tal manera que, el periodo vacaciones se podrá disfrutar, aunque haya terminado el año natural a que correspondan y siempre que no hayan transcurrido más de dieciocho meses a partir del final

del año en que se hayan originado. Un aspecto similar al que recoge el artículo 38 ET con respecto al personal laboral.

No obstante, el artículo 50.3 EBEP también establece que el periodo de vacaciones anuales retribuidas de los funcionarios públicos no puede ser sustituido por una cuantía económica, e incluso, en los casos de renuncia voluntaria deberá garantizarse el disfrute de las vacaciones devengadas, aunque si concluye la relación de servicios de los funcionarios públicos por causas ajenas a su voluntad, tendrán derecho a solicitar el abono de una compensación económica por las vacaciones devengadas y no disfrutadas, especialmente en los casos de jubilación por incapacidad permanente o por fallecimiento, hasta un máximo de dieciocho meses.

Como recoge la Resolución de 28 de febrero de 2019, los días 24 y 31 de diciembre permanecerán cerradas las oficinas públicas, a excepción de los servicios de información o registro general. Los calendarios laborales añadirán dos días de permiso, cuando los días 24 y 31 de diciembre coincidan en festivo, sábado o día no laborable.

Asimismo, los calendarios laborales incorporarán cada año natural, y como máximo, un día de permiso cuando alguna o algunas festividades laborales de ámbito nacional de carácter retribuido, no recuperable y no sustituible por las Comunidades Autónomas, coincidan con sábado en dicho año.

También es destacable, que a la hora de calcular el número de días festivos se considera que los festivos que caigan en domingo se recuperan por desplazamiento al lunes más próximo o mediante la concesión de días adicionales de asuntos particulares.

5. EL CALENDARIO LABORAL

El calendario laboral, será público y en cada ámbito debe estar aprobado antes del 28 de febrero de cada año, previa negociación con los representantes de los trabajadores.

La Resolución de 28 de febrero de 2019, de la Secretaría de Estado de Función Pública, lo define como el instrumento técnico a través del cual se realiza la distribución de la jornada y la fijación de los horarios que en todo caso debe respetar:

a) La duración de la jornada general, establecida en 37 horas y media semanales, sin que pueda menoscabarse el cómputo anual de la misma con

ocasión de la jornada intensiva de verano, de la jornada establecida con motivo de las festividades o del disfrute de la bolsa de horas de libre disposición.

- b) El horario fijo de presencia.
- c) El número de fiestas laborales, de carácter retribuido y no recuperable.
- d) El horario de apertura y cierre de los edificios públicos establecidos por el órgano competente.
- e) La acomodación del horario a las necesidades del servicio y a las funciones del centro.

6. JUSTIFICACIÓN DE AUSENCIAS

Como recoge la Resolución de 28 de febrero de 2018, de la Secretaría de Estado de Función Pública, «los empleados o empleadas públicos deberán registrar en el sistema de control horario de su centro de trabajo todas las entradas y salidas correspondientes a su modalidad de jornada». Una estipulación que exige que en todos los órganos y unidades administrativas exista un sistema de control horario instalado, que funcione y esté operativo.

Así, las ausencias, las faltas de puntualidad y de permanencia a su puesto de trabajo, cualquiera que sea la causa, deberán ser registradas por los empleados públicos que incurran en ellas en el sistema de control horario que debe existir en cada centro.

En el supuesto de ausencia parcial al puesto de trabajo como consecuencia de la asistencia a consulta, prueba o tratamiento médico, dicho periodo de tiempo se considera como de trabajo efectivo siempre que la ausencia se limite al tiempo necesario y se justifique documentalmente por el empleado público su asistencia y la hora de la cita. Este aspecto supone una mejora de la que no disfrutaban los trabajadores por cuenta ajena ya que el artículo 37 ET no recoge el supuesto de permisos retribuidos para acudir al médico. Depende de lo que establezca el convenio colectivo aplicable y si no especifica nada, tan solo se tendría derecho a un permiso no retribuido cuyas horas o bien se descuentan de la nómina o se recuperan otro día, salvo que se llegue a un acuerdo con la empresa en otro sentido.

No obstante, en los casos de ausencia durante la totalidad de la jornada diaria por causa de enfermedad o accidente sin que se haya expedido parte médico de baja, se deberá dar aviso al superior jerárquico de manera inmediata y supondrá la reducción de las retribuciones previstas en la regulación aplicable. Y es que, los responsables de las unidades administrativas exigirán la justificación oportuna de todas las ausencias y no autorizarán dentro de la

jornada laboral aquellas que puedan realizarse fuera de la jornada de trabajo, salvo que correspondan al cumplimiento de un deber inexcusable como recoge el artículo 37 ET con respecto a los trabajadores por cuenta ajena.

La parte de jornada no realizada sin causa justificada dará lugar a la deducción proporcional de haberes, dentro de los 3 meses siguientes a la ausencia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 36 de la Ley 31/1991, de 30 de octubre, modificado por el artículo 102.2 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, sin perjuicio de las medidas disciplinarias que pudieran, además, en su caso adoptarse. Por ello, se promoverán programas de cumplimiento de la jornada de trabajo debida y de control del absentismo, adoptando las medidas necesarias para la corrección de incumplimientos e infracciones. De tal manera que, las Inspecciones de Servicios u otros órganos de control, realizarán mensualmente seguimiento tanto de las ausencias no justificadas como de la realización de las correspondientes deducciones proporcionales de haberes.

7. BIBLIOGRAFÍA

- CAIRÓS BARRETO, D.: *Una nueva concepción del tiempo de trabajo en la era digital*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2021.
- CASTILLO RAMOS-BOSSINI, S. E: «Administración digital y teletrabajo», *Documentación Administrativa*, n.º 7, enero-diciembre de 2020.
- EXPÓSITO GÁZQUEZ, A.: «El marco normativo del teletrabajo en el empleo público: delimitación y análisis comparativo», *REALA*, n.º 16, 2021
- GARCÍA ROMERO, B.: «Tiempo de trabajo y permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en el empleo público», *Revista de trabajo y Seguridad Social. CEF*, n.º 458, 2021.
- MORENO MÁRQUEZ, A.: *La jornada de trabajo en el empleo público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- TRUJILLO SÁEZ, F.: «Transformación digital de la administración pública. ¿Qué competencias necesitan los empleados públicos», *GAPP*, n.º 27, 2021.

CAPÍTULO XXVIII

LA ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO DE LOS DEPORTISTAS PROFESIONALES Y DE LAS PERSONAS ARTISTAS

INMACULADA BAVIERA PUIG

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Navarra

1. INTRODUCCIÓN

Este estudio comprende la ordenación del tiempo de trabajo (jornada, descansos y vacaciones) en la relación laboral de carácter especial de los deportistas profesionales¹, y de las personas artistas², previa exposición del contexto internacional de esta importante cuestión. Se trata de dos supuestos cuyas peculiaridades empujan a una regulación al margen del Estatuto de los Trabajadores, lo que no supone un trato discriminatorio de determinadas categorías de trabajadores³. La existencia de relaciones especiales ha sido tradi-

¹ Artículo 2, ap. d), del ET, desarrollado por el Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales (BOE núm. 153, de 27.6.1985).

² El artículo 2, ap. e), del ET (desarrollado por el Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de las personas artistas que desarrollan su actividad en las artes escénicas, audiovisuales y musicales, así como de las personas que realizan actividades técnicas o auxiliares necesarias para el desarrollo de dicha actividad), fue modificado por Real Decreto-ley 5/2022, de 22 de marzo, por el que se adapta el régimen de la relación laboral de carácter especial de las personas dedicadas a las actividades artísticas, así como a las actividades técnicas y auxiliares necesarias para su desarrollo, y se mejoran las condiciones laborales del sector (BOE núm. 70, de 23.3.2022).

³ SAGARDY BENGOCHEA, J. A.; DEL VALLE VILLAR, J. M.; GIL Y GIL, J. L.: *Prontuario de Derecho del Trabajo*, 8.ª ed., Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006, p. 495.

cional en el Derecho del Trabajo, como «sector del ordenamiento caracterizado, precisamente, por su fuerte veta «sectorial» y «profesional»⁴.

Con todo, esta categoría de relaciones laborales es eminentemente jurídico-positiva y en ocasiones artificiosa, al dejar de lado determinados supuestos. En efecto, la enumeración contenida en el artículo 2 del ET difiere de la redacción del artículo 3 de la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, que consideraba el trabajo a domicilio, en el mar, en la navegación aérea, aprendizaje en la artesanía y el trabajo del personal civil no funcionario al servicio de establecimientos militares, como relaciones de carácter especial. Por ello, más que basarse en un fundamento teórico tiene una finalidad práctica, al dotar a tales relaciones de una regulación diferente a la general contenida en el ET y demás normas laborales comunes, generalmente con condiciones menos beneficiosas a las previstas en el contrato ordinario⁵. En realidad, el legislador ha seleccionado una serie de contratos de trabajo, sin criterio definido, cuyo régimen ha considerado como «espectacularmente distinto, por decirlo de algún modo, del régimen jurídico de los demás»⁶.

Del conjunto de las relaciones laborales especiales se deduce que el objetivo principal radica en adaptar la legislación a las particularidades de cada supuesto⁷. En el ET se incluyen secuencialmente contiguas relaciones dispares, a salvo de la de artistas y deportistas que, como manifestaciones del mundo del espectáculo tienen relación entre sí⁸. El fútbol-deporte generó el fútbol-espectáculo, al servicio del cual surgió la figura del futbolista profesional, es decir, personas que hicieron de esta actividad su medio de vida⁹. Asimismo, como relaciones laborales especiales, se desarrollan en un ambiente laboral

⁴ STC 56/1988, de 24 de marzo (BOE núm. 89, de 13.4.1988).

⁵ MONTOYA MELGAR, A.: «Comentario al artículo 2», en SEMPERE NAVARRO, A. V. (coordinador): *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 9.ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013, pp. 41-42.

⁶ ALONSO OLEA, M.: «Ámbito de aplicación. Relaciones incluidas y relaciones excluidas. Relaciones especiales», en BAYÓN CHACÓN, G. (coord.): *Diecisiete lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales*, Universidad de Madrid. Facultad de Derecho, Madrid, 1977, p. 49.

⁷ OJEDA AVILÉS, A.: «Las relaciones laborales especiales: una perspectiva unitaria», *Relaciones Laborales*, vol. I, 1990, p. 239.

⁸ *Ibid.*, p. 224.

⁹ HERNÁNDEZ MARTÍN, D.: «Contrato de trabajo de los futbolistas», en BAYÓN CHACÓN, G. (coord.): *Catorce lecciones sobre contratos especiales de trabajo*, Universidad de Madrid. Facultad de Derecho, Madrid, 1965, p. 155. En este sentido, señala Cabrera Bazán que «no cabe la menor duda de que el jugador, sobre el que convergen las miradas de millares de fanáticos seguidores, se considera a sí mismo como parte del espectáculo del fútbol, que el club que le tiene contratado organiza y administra», por lo que ya entonces disociaba tal actividad –deportiva para el público– del plano «laboral en sentido económico-jurídico, constituyendo el objeto de una relación de trabajo» [CABRERA BAZÁN, J.: *El contrato de trabajo deportivo (Un estudio sobre la relación contractual de los futbolistas profesionales)*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, p. 46].

distinto al del establecimiento empresarial, y bajo unos parámetros de dirección y organización inhabituales¹⁰. En concreto, una peculiaridad común de artistas y deportistas es la ordenación del tiempo de trabajo, ya que «la especialidad de la actividad laboral deportiva consiste precisamente en una peculiar distribución de la jornada laboral entre los entrenamientos y los partidos, de manera similar a como los artistas dividen su tiempo laboral entre los ensayos y las actuaciones ante el público o representaciones»¹¹. Esta cuestión ha sido abordada por numerosos y excelentes estudios, buena muestra de los cuales se exponen en estas páginas. Este análisis, que parte de aquellos, trata de explorar otras fuentes, a modo de modesta aportación al estudio de la materia. Para ello, se expone extensamente el panorama internacional a través de documentos de la OIT y de la UE, así como informes de colectivos concretos (que hacen especial énfasis en la sobrecarga de trabajo) a modo de pasos previos para posibles reformas del sector.

2. TIEMPO DE TRABAJO DECENTE

En un mundo laboral en transformación, uno de los objetivos de la OIT consiste en identificar los principales aspectos de la política que deberían ser abordados para promover el trabajo decente en lo relativo al tiempo de trabajo¹². La organización de las horas de trabajo y los períodos de descanso, esto es, la ordenación del tiempo de trabajo, constituye uno de los aspectos fundamentales de las relaciones laborales. El número de horas trabajadas, así como de los períodos de descanso y la manera en que son distribuidos a lo largo del día, de la semana y del mes, tienen importantes consecuencias para los trabajadores y sus empleadores¹³. En efecto, cada vez tenemos más indicios sobre los efectos adversos en la salud humana y en la seguridad en el lugar de trabajo, así como en la productividad, a consecuencia de las largas jornadas laborales¹⁴. La OIT ha desarrollado un concepto de «trabajo decente» que incluye la

¹⁰ OJEDA AVILÉS, A.: «Las relaciones laborales especiales...», ob. cit., p. 231.

¹¹ SALA FRANCO, T.: *El trabajo de los deportistas profesionales*, Editorial Mezquita, Madrid, 1983, p. 57.

¹² OIT: *El tiempo de trabajo en el siglo XXI. Informe para el debate de la Reunión tripartita de expertos sobre la ordenación del tiempo de trabajo (17-21 de octubre de 2011)*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2011, pp. 1, 3, 74.

¹³ OIT: *Garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro- Estudio General relativo a los instrumentos sobre el tiempo de trabajo-Informe III (Parte B)*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2018, p. 2.

¹⁴ OIT: *Guía para establecer una ordenación del tiempo de trabajo equilibrada*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2019, pp. 6-7. Al respecto, cabe añadir que el empleo de horas extraordinarias

promoción de oportunidades para que mujeres y hombres «puedan tener un trabajo decente y productivo, en condiciones de libertad, igualdad, seguridad y de dignidad humana»¹⁵. En este sentido, es importante el énfasis en el tiempo de trabajo, que fue la esencia del primer convenio internacional de la OIT, el Convenio sobre las horas de trabajo (industria), 1919 (núm. 1). El tiempo de trabajo sigue siendo una de las principales preocupaciones de la OIT, que ha adoptado una serie de normas internacionales relativas a distintos temas sobre esta cuestión, no solo estableciendo límites en las horas de trabajo, sino que también provean de protección para los trabajadores nocturnos, de un período mínimo de descanso semanal, así como vacaciones anuales pagadas. Las nuevas tendencias económicas de las últimas décadas han incrementado la tensión entre las necesidades de los trabajadores, en cuanto a las horas de trabajo, y las exigencias de los negocios. Entre los cambios se incluyen, cada vez con mayor frecuencia, las relaciones laborales orientadas a resultados y la expansión de las horas de funcionamiento hacia una «economía de 24 horas»¹⁶.

La OIT incide en que el «tiempo de trabajo decente» es a su vez tiempo de trabajo productivo. Por ello, cada vez más las empresas reconocen que la promoción de un equilibrio saludable entre la vida laboral y la vida personal de sus empleados supone una estrategia que mejora el rendimiento individual e institucional¹⁷. Además, la regulación de los tiempos de trabajo y descanso juega un papel central en la defensa del principio que reconoce que el trabajo no debe ser considerado como una mercancía, consagrado en el Tratado de Versalles (1919) y en la Declaración de Filadelfia (1944)¹⁸. Por tanto, con la excepción de los salarios, la condición laboral que tiene un impacto más directo en la vida cotidiana de los trabajadores es el tiempo de trabajo. La cantidad de horas trabajadas, así como la forma en que están distribuidas, afecta no solo a la calidad del trabajo sino también a la vida personal¹⁹.

Los debates sobre las horas extraordinarias han resurgido en los últimos años, y se han acentuado con ocasión de la crisis del Covid-19, ya que se alentó a muchas personas a trabajar horas extra para compensar las posibles pérdidas de productividad. Con el aumento del teletrabajo después de la pandemia, la forma en que se registran las horas trabajadas está cambiando, por lo que las horas adicionales pueden no ser compensadas. Una forma importante de abor-

provoca un mayor riesgo de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales (OIT: *El tiempo de trabajo en el siglo XXI...*, ob. cit., p. 59).

¹⁵ OIT: *Guía para establecer una ordenación del tiempo de trabajo equilibrada...*, ob. cit., p. 1.

¹⁶ *Ibid.*, p. 1.

¹⁷ *Ibid.*, p. 7.

¹⁸ OIT: *Garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro...*, p. 2.

¹⁹ *Ibid.*, p. 2.

dar este desafío es a través de las disposiciones nacionales sobre desconexión. En este contexto, se están desarrollando debates en torno a las horas extras no remuneradas en sectores donde el diálogo social tiene un papel consolidado, como la metalurgia, la logística y la sanidad, así como en áreas específicas como la académica (con los consiguientes problemas de conciliación entre vida profesional y personal, como en Países Bajos o Reino Unido) o la industria del desarrollo de videojuegos. El predominio y el alcance de las horas extraordinarias también varía según la ocupación de los trabajadores y el sector de actividad. En algunos países, se intensifican entre los trabajadores más cualificados, como los directivos y las profesiones académicas²⁰. Otros sectores, como el deportivo y el cultural y creativo, se analizan detenidamente a continuación.

A) El tiempo de trabajo decente en el deporte

La OIT ha recordado que «el deporte se considera como una actividad recreativa importante y una manera de promover la paz, la salud humana, el desarrollo y el trabajo decente»²¹. Practican el deporte millones de aficionados y deportistas profesionales en todo el mundo y, desde mediados del siglo XX constituye una importante industria con una enorme repercusión económica²². Se trata un sector dinámico y en continuo crecimiento, que sirve al desarrollo local y regional, que puede estimular la mejora de las infraestructuras y tiene sinergias con el turismo²³. Su importancia ha venido confirmada por diversos estudios. Así, en el año 2012, el Producto Interior Bruto relacionado con el

²⁰ Eurofound: *Overtime in Europe: Regulation and practice*, Publications Office of the European Union, Luxemburgo, 2022, pp. 1, 15-16, 19, 25, 28-29, 31-35, 38. En Dinamarca, las horas extraordinarias no remuneradas son frecuentes en la industria del desarrollo de videojuegos, donde las malas condiciones laborales –trabajando hasta el agotamiento– han dado lugar a una elevada rotación de los trabajadores, en su mayoría jóvenes. Este sector es relativamente nuevo y de rápido crecimiento, y una de las principales razones de las horas extras no remuneradas se encuentra en la ausencia de representación legal de los trabajadores, así como de convenios colectivos (*Ibid.*, pp. 25, 28).

²¹ OIT: *El trabajo decente en el mundo del deporte*, Documento temático para el debate en el Foro de diálogo mundial sobre el trabajo decente en el mundo del deporte (Ginebra, 20-22 de enero de 2020), Ginebra, 2019, p. 1. En palabras de Juan Pablo II, que resultan tan actuales: «En estos tiempos en que por desgracia diversas formas de violencia, y por lo tanto de odio, tienden a desgarrar nefastamente el tejido de la solidaridad social, vosotros contribuís, por vuestra parte, a dar un testimonio luminoso de cohesión, de paz, de unión, en una palabra de «saber estar juntos» (JUAN PABLO II: *Discurso del Santo Padre Juan Pablo II a los participantes en el XXXIII campeonato de esquí acuático de Europa, África y Mediterráneo*, Castelgandolfo, 31.8.1979).

²² OIT: *El trabajo decente en el mundo del deporte...*, p. 1.

²³ Comisión de las Comunidades Europeas: *Libro Blanco sobre el deporte*, COM (2007) 391 final, Bruselas, 11.7.2007, pp. 11-12.

deporte representó el 2,12 % de la economía total de la UE, lo que equivale a 279.700 millones de euros, mientras que la proporción de empleo relacionado con el deporte ascendió al 2,72% del total de la UE, equivalente a 5,6 millones de personas²⁴. El deporte también desempeña una función importante, ya que junto con la actividad física contribuye a la inclusión e integración social (que se activa a través de las actividades deportivas de base, a nivel de la comunidad local), al crecimiento económico y a la empleabilidad, mejorando el bienestar de los ciudadanos, hasta el punto de que constituye el mayor movimiento de la sociedad civil en la UE. Su función social también se manifiesta en la participación en eventos deportivos, ya que más allá del interés por las competiciones deportivas, refleja el deseo de socializar y formar parte de una experiencia colectiva. Las ciudades europeas albergan una serie de competiciones deportivas nacionales e internacionales, con un importante impacto económico y social. Además, el deporte y la actividad física juegan un papel importante en la educación, no solo por su influencia positiva en el bienestar mental y físico, sino también por sus beneficios sobre las habilidades de aprendizaje, pues confieren seguridad y confianza en uno mismo, en sintonía con sus capacidades de movimiento. La educación física transmite importantes valores como la solidaridad, la equidad, el espíritu de equipo y el juego limpio²⁵.

Con todo, han surgido con fuerza en los últimos años cuestiones sobre los derechos humanos y la dimensión laboral de los eventos deportivos, y en particular de los megaeventos²⁶. Este es el caso de la Copa Mundial de fútbol, que se celebrará en Catar en 2022, y que tiene como uno de sus objetivos el respeto de los derechos laborales y el bienestar de los trabajadores involucrados en su preparación y en la construcción de las sedes de la Copa Mundial de la FIFA. Para ello, el Gobierno local ha tenido que acometer reformas continuas a nivel nacional para el pleno cumplimiento de las normas internacionales de trabajo (OIT), y del octavo de los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2030 de Naciones Unidas (promover el crecimiento económico inclusivo y sostenible, el empleo y el trabajo decente para todos)²⁷. En concreto, se han acometido cuestiones de derechos humanos en materia de horarios de trabajo razonables

²⁴ European Commission: *Mapping sport statistics and data in the EU. Final report to the European Commission*, Publications Office of the European Union, Luxemburgo, 2021, p. 20.

²⁵ *Ibid.*, p. 39.

²⁶ OIT: *El trabajo decente en el mundo del deporte...*, ob. cit., p. 1.

²⁷ FIFA: *FIFA World Cup Qatar 2022™: Sustainability strategy*, Fédération Internationale de Football Association (FIFA), the FIFA World Cup Qatar 2022 LLC (Q22) and the Supreme Committee for Delivery and Legacy (SC), Zurich-Doha, 2020, pp. 7, 26, 35, 91.

y descansos, seguridad y protección en los lugares de alojamiento, así como la libertad de circulación durante las horas de descanso²⁸.

Asimismo, se presta atención a las cuestiones en materia de empleo y condiciones laborales de los deportistas que practican una disciplina a nivel profesional. La especificidad del deporte se manifiesta en que muchas de las cuestiones que les incumben se rigen por reglas establecidas por las federaciones deportivas, a menudo consideradas como ajenas al derecho del trabajo y otras leyes nacionales debido a la «excepción deportiva». Sin embargo, los deportistas cuestionan dicha excepción cada vez más, e intentan abordar las cuestiones deportivas a través del derecho laboral, civil o administrativo. Los tribunales, a su vez, tienen que distinguir entre las cuestiones relacionadas con las distintas ramas del ordenamiento jurídico y las de carácter puramente deportivo. De este modo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea aplicó el derecho europeo en lugar de los reglamentos deportivos en distintas ocasiones, ya que el deporte es una actividad económica y los deportistas son actores económicos²⁹.

En cuanto al tiempo de trabajo, debe tenerse en cuenta no solo el tiempo de juego en sí, sino también el tiempo dedicado a entrenar, a viajar y a cumplir una serie de compromisos como las giras promocionales. Aquellos deportistas con doble carrera profesional deben afrontar otras limitaciones de tiempo (laborales o por estudios) a la hora de programar sus actividades deportivas. Por ejemplo, en el rugby femenino abundan las deportistas semiprofesionales, y muchas de ellas dedican sus vacaciones a entrenar, por lo que con frecuencia tales entrenamientos resultan insuficientes o excesivos, a consecuencia de la irregularidad de los torneos³⁰. En otras ocasiones, las vacaciones de los deportistas con contratos informales no siempre están garantizadas. En el caso de los deportistas europeos, se ha constatado un apoyo generalizado para potenciar los acuerdos colectivos que regulen las normas mínimas del tiempo de trabajo y otras cuestiones como salarios o prestaciones sociales³¹. En concreto, un estudio del año 2013 señalaba que, si bien la mayoría de los jugadores estaban satisfechos pues su vida laboral encajaba bien con otros compromisos más amplios ajenos al trabajo, como medida para un buen equilibrio entre vida profesional y familiar, muchos jugadores preferirían menos partidos durante la

²⁸ *Ibid.*, p. 104. Catar ha reducido las barreras a la libertad de movimiento de la mayoría de los trabajadores expatriados, al abolir el requisito del permiso del empleador para salir del país (*Ibid.*, p. 32).

²⁹ OIT: *El trabajo decente en el mundo del deporte...*, ob. cit., pp. 1-2.

³⁰ OIT: *El trabajo decente en el mundo del deporte...*, ob. cit., p. 17; International Rugby Players: *Women's survey: Who's playing the game?*, en <https://www.rugbyplayers.org/womens-survey-whos-playing-the-game/>.

³¹ OIT: *El trabajo decente en el mundo del deporte...*, ob. cit., pp. 17-18. Uni Global Union Europa Sport-Pro, *Eu Athletes: An analysis of the working conditions of professional sports players*, 2013, p. 87.

temporada y más tiempo libre durante el período de Navidad y año nuevo³². En el caso de los jugadores de baloncesto entrevistados, destacaron que el hecho de practicar este deporte de manera profesional dejaba muy poco tiempo para otras actividades, por lo que relativamente pocos jugadores tenían otro empleo (aunque esto variaba de un país a otro, y a pesar de que en determinadas circunstancias requerían ingresos adicionales)³³.

La prolongación de las temporadas de juego en determinados deportes, como el fútbol, ha reducido el número de días de vacaciones de los jugadores, esto es, los períodos de necesaria recuperación y sin entrenamientos. El auge de los campeonatos internacionales en Asia y en Estados Unidos, a consecuencia del aumento de la popularidad del fútbol europeo, contribuye a una mayor visibilidad de los clubes y aumentar sus ingresos. Pero como estos campeonatos suelen celebrarse entre temporadas, con la consiguiente reducción de las vacaciones de los jugadores, puede tener –como han señalado algunos entrenadores– consecuencias negativas en la condición física de los jugadores³⁴. En otra disciplina deportiva, la ampliación de la temporada de juego de nueve a diez meses, con la consiguiente tensión física y mental de los jugadores, ha sido criticada por la Asociación de Jugadores de Rugby de Inglaterra³⁵. Como respuesta, y para mejorar su bienestar, se establecieron períodos obligatorios de descanso entre temporadas y limitaciones del número de partidos por temporada³⁶. También los jugadores europeos de balonmano y de tenis se han quejado de los excesivos compromisos deportivos³⁷.

La profesionalización del deporte ha contribuido a aumentar el número de sindicatos y asociaciones de deportistas en todo el mundo, especialmente en algunas disciplinas deportivas como el fútbol, el rugby, el críquet y en muchos de los

³² Uni Global Union Europa Sport-Pro, Eu Athletes: *An analysis of the working conditions...*, ob. cit., pp. 7, 89.

³³ *Ibid.*, p. 48.

³⁴ OIT: *El trabajo decente en el mundo del deporte...*, ob. cit., p. 18. La necesidad de descansar de los jugadores de fútbol ha sido puesta de manifiesto por grandes entrenadores como Pep Guardiola: «¡Es un calendario de locos, que va a acabar con nuestros jugadores! No podemos mantenerlo por mucho tiempo (...) Tienen que descansar para rendir mejor en los torneos. ¡Tienen que descansar!» (FIFPro: *Al límite: La carga de trabajo de los jugadores en el fútbol profesional masculino de élite*, Hoofddorp, 2019, p. 1).

³⁵ OIT: *El trabajo decente en el mundo del deporte...*, ob. cit., p. 18. La declaración de la RPA señalaba: «Extending an already arduous season from nine months to ten has serious implications for players, given the potencial increase to the game, training and psychological loads they face. The physical and mental strain placed on participants of professional contact sport cannot be underestimated» (Rugby Players' Association (RPA): *RPA Statement regarding proposed premiership season changes*, en <https://therpa.co.uk/news/2017/05/rpa-statement-regarding-proposed-premiership-season-changes/>).

³⁶ OIT: *El trabajo decente en el mundo del deporte...*, ob. cit., p. 18; BBC Sport: *In-season breaks for rugby players to be introduced by RFU*, 23.10.2018, en <https://www.bbc.com/sport/rugby-union/45956402>.

³⁷ OIT: *El trabajo decente en el mundo del deporte...*, ob. cit., p. 18.

deportes que se practican en Estados Unidos. Por ejemplo, los jugadores de béisbol negociaron su primer convenio colectivo en 1968, a través de la Asociación de Jugadores de Grandes Ligas de Béisbol (*Major League Baseball Players Association*, MLBPA), de modo que fueron adquiriendo derechos laborales básicos. Las ligas nacionales de Estados Unidos cuentan con un largo recorrido de paros laborales y cierres patronales³⁸. Esta tendencia se ha dado en los últimos años en el fútbol femenino, que en ocasiones se ha declarado en huelga, o ha amenazado con hacerlo, en respuesta a unas condiciones laborales discriminatorias³⁹.

El diálogo social difiere por disciplinas deportivas y por regiones. La falta de estatuto profesional y de sindicatos de deportistas puede obstaculizar los procesos de diálogo social. Por ejemplo, el baloncesto carece a nivel internacional de una entidad que agrupe a los jugadores, y la *World Player Association* acoge a menos de diez asociaciones de este deporte. Por el contrario, el fútbol es el deporte mejor organizado en el plano internacional, gracias a la Federación Internacional de Futbolistas Profesionales (FIFPro) que agrupa a 65 asociaciones nacionales de jugadores, de las que 31 proceden de Europa, 12 de África, 7 de Asia/Oceanía y 15 de las Américas. Incluso los niveles de sindicación de este deporte pueden ser más elevados que en otros sectores, alcanzando un 90-100 por ciento, en algunos países⁴⁰. Las condiciones de trabajo de los jugadores de fútbol profesional han sido analizadas en distintos informes de FIFPro, cuyos datos más relevantes en materia de ordenación del tiempo de trabajo se recogen a continuación.

a) LA CARGA DE TRABAJO DE LOS JUGADORES EN EL FÚTBOL PROFESIONAL MASCULINO DE ÉLITE

El fútbol profesional –señala el informe FIFPro de 2019– es uno de los sectores más importantes de la industria mundial del deporte y del espectáculo⁴¹. Los jugadores, especialmente una serie de deportistas de élite, cautivan a millo-

³⁸ OIT: *El trabajo decente en el mundo del deporte...*, ob. cit., p. 3. En efecto, en el año 2022 se cerró un acuerdo colectivo tras 99 días de cierre patronal, que consiguió una mejora de sus condiciones laborales como los salarios mínimos, los beneficios médicos (para los jugadores y sus familias) y de pensión (MLBPA: *Players achieve key objectives in new basic agreement*, 10.3.2022, en <https://www.mlbplayers.com/post/players-achieve-key-objectives-in-new-basic-agreement>). Se trata de un deporte con una programación muy exigente, que cuenta con muy pocos días libres. En efecto, el artículo 5 del convenio básico 2017-2021 (expirado) prevé 162 partidos por temporada (https://es.mlbplayers.com/_files/ugd/b0a4c2_95883690627349e0a5203f61b93715b5.pdf).

³⁹ OIT: *El trabajo decente en el mundo del deporte...*, ob. cit., p. 3; European Parliament: *Gender equality in sport: Getting closer every day*, marzo, 2019, p. 8.

⁴⁰ OIT: *El trabajo decente en el mundo del deporte...*, ob. cit., p. 4.

⁴¹ FIFPro: *Al límite: la carga de trabajo de los jugadores...*, ob. cit., p. 4.

nes de espectadores en todo el mundo. Sus trayectorias profesionales son intensas y breves, al tiempo que esta industria está experimentando una evolución acelerada, con un calendario de partidos bastante más denso. Las competiciones y sus formatos, tanto a nivel nacional como internacional, han sufrido grandes modificaciones debido especialmente a intereses económicos y financieros. También aceleró la transformación de las competiciones la privatización de las cadenas de televisión en la década de los 80 y 90. Por tanto, en los últimos veinte años se han incrementado las exigencias a los jugadores, lo que puede poner en riesgo su salud y sus perspectivas profesionales y, en consecuencia, puede disminuir su rendimiento deportivo máximo y la calidad de las competiciones⁴².

El informe FIFPro de 2019 destaca una serie de conclusiones: la primera, que hay jugadores que llegan a participar en casi 80 partidos al año, esto es, más del doble de partidos que los jugadores no internacionales de primera y segunda división; la segunda, que la sobrecarga de partidos afecta a muchos jugadores de élite, quienes participan en más de 60 partidos por temporada en distintas competiciones, y cuando no alcanzan esa cifra es debido a lesiones, eliminaciones o por no haber sido clasificados para una competición; la tercera, que la mayoría de los jugadores de élite juegan pese a un insuficiente período de descanso y de recuperación (menos de 5 días), con lo que se incrementa el riesgo de lesiones y se acorta la duración de sus carreras profesionales; la cuarta, que la acumulación de competiciones ha provocado la disminución de los descansos de temporada y los de desentrenamiento; la quinta, que los futbolistas de élite no europeos viajan mucho, cruzando numerosas zonas horarias, sin poder disfrutar de descansos adicionales recomendados por los médicos profesionales; la sexta, que los ciclos constantes de competiciones ponen en riesgo las carreras profesionales de los jugadores, iniciadas a edades cada vez más tempranas; la séptima, que la mayor sed de fútbol de élite, unida a intereses económicos, y la falta de armonización de los organizadores de competiciones han provocado un calendario fragmentado; y, por último, que se requiere un enfoque integral para mejorar el entorno de juego, ya que el calendario no puede ser mejorado por ninguna parte por sí sola⁴³.

⁴² *Ibid.*, pp. 2, 4.

⁴³ *Ibid.*, p. 7. A modo de ejemplo de sobrecarga de partidos, de kilómetros recorridos en vuelos de larga distancia, de falta de descansos durante la temporada y de temporada, cabe citar al delantero surcoreano del Tottenham Hotspur F. C. de la Premier League de Inglaterra. Heung-Min jugó un total de 78 partidos para su club y para su país en un año (mayo 2018 - junio 2019), de los cuales jugó 25 con su selección nacional, y 56 de los partidos disputados (lo que representa un 72%) los jugó con menos de cinco días de descanso. El hecho de haber participado en los Juegos Asiáticos de Indonesia en agosto, supuso que solo pudiera disfrutar de 22 días de descanso en verano. Tampoco tuvo en invierno ningún período de desentrenamiento, y recorrió una distancia de 110.600 Km (*Ibid.*, pp. 10-11). Otro jugador del mismo

En el año 2018 FIFPro efectuó una encuesta sobre el Calendario Internacional de Partidos. Del total de 543 respuestas se obtuvieron los siguientes resultados: el 85 por cien de los encuestados estaba a favor de un descanso de 14 días dentro de temporada, el 64 por cien creía que no descansaba lo suficiente entre partidos, y el 60 por cien afirmó que los vuelos largos (nacionales e internacionales) afectaban de manera negativa a su recuperación⁴⁴. Llegados a este punto, el informe FIFPro de 2019 propone una serie de recomendaciones para anteponer la salud y el rendimiento de los jugadores, de modo que el fútbol profesional adopte un planteamiento más sostenible: la primera, el blindaje de los descansos de temporada mínimos obligatorios (dos semanas en invierno y cuatro semanas en verano) en el calendario, para lograr el descanso físico y mental de los jugadores; la segunda, que los futbolistas dispongan de un descanso mínimo de 5 días entre partidos de gran intensidad, para rendir mejor en la temporada y evitar lesiones; la tercera, considerar la introducción de límites al número de partidos, a causa de la presión que impone al cuerpo y a la mente un calendario excesivamente apretado; la cuarta, que el número de partidos debe considerarse de manera individual y no por equipo, por lo que un incremento del tamaño de los equipos (dando la oportunidad a otros jugadores de disponer de tiempo de juego) puede facilitar un diseño más flexible de las competiciones; la quinta, reducir el número de viajes intercontinentales (ya que los viajes de larga distancia afectan al rendimiento) e introducir un período mínimo de descanso en estos casos; la sexta, la creación de un sistema de aler-

club, Harry Kane, pese a haber perdido dos meses de competiciones a causa de las lesiones sufridas, e incluso no haber podido disputar algunos partidos en septiembre, octubre, enero, abril y mayo, participó en un total de 57 partidos, de los que 38 (67%), fueron sin cinco días de descanso. El delantero inglés del Tottenham, tras hacer un excelente trabajo en el Mundial de Rusia 2018, anotando 6 goles en 7 partidos, lo que le valió la Bota de Oro, tan solo descansó 22 días en verano y ninguno en invierno. Además, recorrió un total de 28.550 Km con la selección nacional inglesa (*Ibid.*, p. 27; DÍAZ, L. A.: *Harry Kane, Bota de Oro del Mundial 2018*, 17.7.2018, en <https://www.marca.com/futbol/mundial/2018/07/15/5b4b5a98ca7416c4b8b45ff.html>).

⁴⁴ FIFPro: *Al límite: la carga de trabajo de los jugadores...*, ob. cit., p. 17. Por todo ello, FIFPro fomenta una adecuada negociación al respecto. En concreto, el Secretario General de FIFPro afirmaba: «Los jugadores tienen unos límites fisiológicos naturales, y un interés inherente en el avance sostenible del juego: el éxito del deporte depende de su bienestar físico y mental. Lo que decidimos en los altos niveles del juego repercute en miles de profesionales de todo el mundo. Todo plan para extender las competiciones debe integrar su experiencia y opiniones a nivel colectivo». Asimismo, señala que el fútbol femenino presenta «necesidades y oportunidades únicas» (FIFPro: *FIFPro insta a la adecuada negociación sobre las reformas al Calendario internacional de partidos*, 14.9.2021, en <https://fifpro.org/es/apoyar-a-los-jugadores/salud-y-rendimiento/carga-de-trabajo-del-jugador/fifpro-insta-a-la-adecuada-negociacion-sobre-las-reformas-al-calendario-internacional-de-partidos>). Otro dato es que el 46 por cien de los futbolistas con una carga de 50 o más partidos decían en una encuesta de 2018 que jugaban demasiado (FIFPro: *El calendario del fútbol se está volviendo más ocupado, reduciendo el tiempo de descanso y arriesgando su salud*, 16.7.2019, en <https://fifpro.org/es/apoyar-a-los-jugadores/salud-y-rendimiento/carga-de-trabajo-del-jugador/at-the-limit>).

ta temprana que ayude a la planificación anticipada de la carga de partidos y del cumplimiento de los períodos de descanso y de recuperación mínimos; la séptima, que no se introduzcan partidos adicionales a los calendarios de competición sin que se implanten medidas de protección de los jugadores⁴⁵. El informe FIFPro de 2021 añade los efectos perjudiciales de la falta de tiempo que tienen los jugadores para estar con sus familias y para su vida personal⁴⁶. Estas cuestiones se han puesto en un primer plano en el fútbol femenino, como se verá en el apartado siguiente.

b) LA CARGA DE TRABAJO DE LAS JUGADORAS EN EL FÚTBOL PROFESIONAL FEMENINO DE ÉLITE: NUEVOS RETOS Y OPORTUNIDADES

La necesidad de poner en primer lugar el bienestar de las jugadoras ha sido puesta de relieve por el informe 2021 sobre la carga de trabajo de las mujeres en el fútbol⁴⁷. Hay muchos factores a tener en cuenta al considerar dicha carga de trabajo en el caso de las futbolistas: las competiciones, los entrenamientos, los partidos, el calendario y el tiempo entre partidos consecutivos, así como la distancia recorrida y las condiciones en los viajes. Además, es posible que los jugadores deban jugar en condiciones medioambientales desafiantes (climas extremos –por ejemplo, calor– altitud o humedad) que pueden afectar a la salud y el rendimiento. El COVID-19 ha influido en el peso del trabajo, habiendo incrementado los niveles de estrés y el hecho de volver a jugar poco después de esta enfermedad⁴⁸. En efecto, debido a cambios en el calendario de

⁴⁵ FIFPro: *Al límite: la carga de trabajo de los jugadores...*, ob. cit., pp. 5, 8. El informe FIFPro 2021 vuelve a incidir en la idea de que la creación de una industria del fútbol más sostenible debe incluir medidas centradas en el jugador para aumentar su protección y encauzar los actuales fallos de mercado. También destaca la importancia de la negociación colectiva [FIFPro: *2021 Shaping our future report: industry development and governance standards for a sustainable game (Men's football industry report)*, Hoofddorp, 2021, pp. 2, 33-34, 100-111].

⁴⁶ FIFPro-KPMG: *2021 FIFPro player workload monitoring (Annual workload report - Men's football)*, Hoofddorp, 2021, pp. 10-13.

⁴⁷ Como señala el entrenador del Arsenal Women Football Club (Arsenal WFC), Jonas Eidevall: «It's important to put player welfare first. As a player you want to play and be available but when you look at the schedule across the season, players will need time off. Not just physically, but to be motivated and refreshed from a mental perspective. There needs to be a co-operation with National Teams so players can have a break and are in the best possible condition.» [FIFPro-KPMG: *2021 FIFPro player workload monitoring (Annual workload report - Women's football)*, Hoofddorp, 2021, p. 59].

⁴⁸ Todo ello de acuerdo con el médico del Chelsea F. C., que además añade el cansancio, el estado de ánimo y el sueño como efectos psicológicos que pueden afectar al trabajo, la presión en las redes sociales por el auge del fútbol femenino, así como las peores condiciones laborales frente a los hombres, lo que puede impulsar a conductas de riesgo como el hecho de no revelar una lesión o volver a jugar prematuramente tras ella, aumentando el riesgo de recurrencia (*Ibid.*, p. 18).

las competiciones a consecuencia de la emergencia sanitaria, que retrasó el inicio de la liga, las jugadoras sufrieron épocas de concentración de partidos importantes en unas pocas semanas, mientras que en otras temporadas el juego resultó escaso e irregular («too long breaks in play»)⁴⁹. La coexistencia de ambas situaciones afecta a las jugadoras, y requiere abordarse de forma sostenible, esto es, a través del diálogo y de la consulta entre las partes interesadas, de modo que se alcance un calendario equilibrado y cohesionado. La necesidad de una visión común en el fútbol profesional femenino que proporcionase una evolución sostenible del juego se presentó en el informe *Raising our game* de FIFPro⁵⁰.

A medida que se desarrolla el fútbol femenino, es el momento de considerar la manera de priorizar las necesidades de las jugadoras y asegurarse de que esta trayectoria de crecimiento no eclipse sus condiciones laborales, como medio para crear una base duradera para la profesionalización de este sector⁵¹. Por ello, el informe *Raising our game* de FIFPro señala como objetivos prioritarios el establecimiento de estándares laborales mínimos a nivel global, que garanticen condiciones idóneas en cuanto a contratación (los contratos escritos son determinantes para reconocer la condición de profesional de las jugadoras y garantizar la protección de las leyes laborales), medidas de salud y seguridad, entornos de entrenamiento y de juego (infraestructuras y condiciones materiales y personales para rendir al máximo), remuneración adecuada, protección de datos, igualdad y no discriminación, acceso a una reparación efectiva caso de ser violados sus derechos, a la formación, y a la libertad de asociación y a la negociación colectiva. Cabe destacar las medidas relativas a la carga de trabajo, ya que incide en que los jugadores deben disfrutar del descanso obligatorio y de períodos de recuperación, como un descanso (remunerado) durante la temporada y otro fuera de ella. Se trata de garantizar sus derechos como trabajadoras y de mantener un alto rendimiento, salvaguardando la salud física y mental, de las jugadoras⁵². También debe garantizarse la coordinación entre las competiciones internacionales y nacionales, esto es, que el calendario contenga un número razonable de partidos, y que estos se encuentren lo suficientemente espaciados entre ellos⁵³.

⁴⁹ FIFPro-KPMG: *2021 Flash report: player workload & impact during the emergency calendar*, FIFPro Player Workload Monitoring (PWM) - Women's football report, Hoofddorp, 2021, pp. 6, 29.

⁵⁰ FIFPro-KPMG: *2021 FIFPro player workload monitoring...*, ob. cit., p. 58.

⁵¹ FIFPro-KPMG: *Raising our game - Women's football report 2020*, Hoofddorp, 2020, p. 18.

⁵² *Ibid.*, p. 96.

⁵³ *Ibid.*, p. 100.

Entre las medidas para la promoción del empleo, el informe *Raising our game* de FIFPro señala la necesidad de impulsar el crecimiento sostenible del fútbol profesional a través de competiciones estables e innovadoras, y asegurar el equilibrio entre el trabajo y la vida personal. En esta línea, dicho informe destaca que la seguridad social es un derecho humano que responde a la necesidad universal de protección frente a ciertos riesgos de la vida y necesidades sociales. Las jugadoras deben tener garantizados unos estándares mínimos de protección –como tienen el resto de trabajadores– a través de prestaciones en caso de enfermedad, desempleo, jubilación, accidente laboral, y por nacimiento de hijos⁵⁴.

Las cuestiones en torno a la maternidad y la conciliación entre la vida laboral y familiar (que suponen una reordenación del tiempo de trabajo) son una demostración –como señala el informe– de que el fútbol femenino debe seguir su propio camino, sin tener que copiar necesariamente todo el modelo masculino⁵⁵. En 2019, FIFPro fue consultada por la Asociación de Futbolistas Españoles (AFE) y por Futbolistas Agremiados Argentinos (FAA), ambos miembros de FIFPro, sobre la posición de esta última con respecto a la protección de la maternidad, que se estaba negociando a nivel nacional. A falta de documento formal, se formó un equipo interdisciplinar que tomó como punto de partida el Convenio núm. 183, sobre protección de la maternidad, adoptado por la OIT el 15 de junio del año 2000. FIFPro elaboró una guía («*FIFPro parental policy*») e instó a FIFA a crear medidas al respecto⁵⁶. En consecuencia, se iniciaron negociaciones (agosto-noviembre de 2020) aprobándose un texto acordado por FIFA, FIFPro y otras partes interesadas, para proteger a las futbolistas que desearan tener hijos, incorporándose al Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores, con efectos desde el 1 de enero

⁵⁴ *Ibid.*, p. 96. Un informe de 2017, sobre las condiciones laborales en el fútbol femenino, también reveló la necesidad de un descanso adecuado, del apoyo necesario para el cuidado de los hijos y de la baja por maternidad –como tienen otros trabajadores– de modo que no se vean abocadas a realizar decisiones injustas sobre sus carreras (FIFPro: *2017 FIFPro Global employment report: Working conditions in professional women's football*, Hoofddorp, 2017, pp. 5, 49).

⁵⁵ «We cannot completely copy the format of men's football, we have to walk another way» (FIFPro-KPMG: *Raising our game...*, ob. cit., p. 107).

⁵⁶ FIFPro: *Pathway maternity regulations for professional footballers*, Hoofddorp, 2020, p. 9. La política seguida por FIFPro, basada en la premisa de que no debe tolerarse ninguna acción discriminatoria contra la jugadora por motivo de embarazo, lactancia o cuidados, se divide en requisitos obligatorios y recomendaciones, estas últimas referidas al cuidado de menores de 12 meses o en período de lactancia de las jugadoras que deban efectuar viajes (FIFPro: *Player pregnancy & parental management – FIFPro Policy Guide*, Zúrich, 2020, en <https://www.fifpro.org/media/z4npufvw/2020-fifpro-parental-policy-guide.pdf>). Sobre la discriminación por embarazo o maternidad, *Vid.* BAVIERA PUIG, I.: «Comentario al artículo 8: Discriminación por embarazo o maternidad», en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.; SEMPERE NAVARRO, A. V. (directores): *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Aranzadi-Thomson, Cizur Menor, 2008, pp. 117-121.

de 2021. Algunas de las medidas previstas son las siguientes: un permiso por maternidad de al menos catorce semanas, de las que ocho serán inmediatamente después del parto, con derecho al percibo de al menos dos tercios de su salario, salvo que la legislación nacional establezca una cantidad superior (art. 18, ap. 7); la jugadora, incluso si está en forma, puede decidir si continúa o no jugando durante su embarazo (en este último supuesto, el club deberá proponerle un empleo alternativo, art. 18 *quater*); si el club rescinde el contrato durante el embarazo o la baja, deberá probar que no estuvo relacionado con estas causas, caso contrario deberá indemnizar a la jugadora y el club podrá ser sancionado (art. 18 *quater*); y el derecho de reincorporación a la actividad futbolística tras el descanso por maternidad, y de que le sea proporcionada por el club atención médica adecuada, e instalaciones para la lactancia conforme a la legislación nacional o la negociación colectiva aplicable (art. 18 *quater*). Estas y otras medidas permiten el desarrollo sostenible del fútbol femenino y perspectivas de carreras profesionales a largo plazo, sin que sea preciso retirarse por el hecho de tener hijos o querer cuidarlos. Al tratarse de condiciones mínimas obligatorias, debían estar en vigor en las regulaciones nacionales el 30 de junio del año 2021 ⁵⁷.

La protección de la maternidad constituye el primer ejemplo de la incorporación de un articulado preciso y aplicable en exclusiva a las mujeres como jugadoras profesionales ⁵⁸. En el caso de países que no cuenten con una protección del embarazo y de la maternidad puede suponer un impulso para su extensión a todas las mujeres trabajadoras ⁵⁹. La UE ha recordado recientemente la influencia considerable de los medios de comunicación y del sector de la cultura en la configuración de los valores, las creencias y la percepción de la

⁵⁷ Cfr. FIFPro: *New maternity regulations provide female players with more opportunities*, 19.11.2020, en <https://fifpro.org/en/supporting-players/conditions-of-employment/maternity-and-parental-provision/new-maternity-regulations-provide-female-players-with-more-opportunities/>; FIFPro: *Pathway maternity regulations...*, ob. cit., pp. 11 ss; FIFA: *Women's football: minimum labour conditions for players*, en <https://digital-hub.fifa.com/m/033101649cc3c480/original/f9cc8eex7qligvxfzmbf-pdf.pdf>; FIFA: *Regulations on the Status and Transfer of Players - January 2021 Edition*, Zúrich, pp. 23, 26-28; FIFA: *Commentary on the regulations for the status and transfer of players - Edition 2021*, Zúrich, 2021, pp. 57, 59, 205, 217-219.

⁵⁸ «Maternity protection is the first example of the incorporation of a detailed article that applies only to women's football, as well as additions in other articles referring specifically to the rights of female players» (FIFPro: *Pathway maternity regulations...*, ob. cit., p. 12).

⁵⁹ *Ibid.*, p. 12. Este informe también indica que en otros países el impacto será menor, al contar con una legislación al respecto. Con todo, en el caso de la UE, se está trabajando por conseguir una mayor equidad entre hombres y mujeres, ya que quedan muchas desigualdades en el mercado de trabajo, incluido el del deporte. En concreto, una menor representación de las mujeres en puestos directivos, la mayor ocupación en el trabajo a tiempo parcial, y la brecha salarial con efectos en las pensiones [European Commission-Directorate-General for Education, Youth, Sport and Culture: *Towards more gender equality in sport: recommendations and action plan from the High Level Group on Gender Equality in sport (2022)*, Publications Office of the European Union, Luxemburgo, 2022, p. 25].

realidad de la ciudadanía, por lo que se convierten en una herramienta clave para rebatir estereotipos de género y cambiar las actitudes⁶⁰. De ahí la importancia de la protección de las personas que trabajan en este sector, lo que se analiza seguidamente.

B) El tiempo de trabajo decente en los sectores cultural y creativo

La Recomendación relativa a la condición del artista, aprobada por la Conferencia General de la Unesco, en 1980, destacó la necesidad de mejorar las condiciones de trabajo y de seguridad social, así como las disposiciones fiscales relativas al artista, habida cuenta de su contribución al desarrollo cultural. La Recomendación de 1980 no pide a los Estados la concesión de privilegios específicos a los artistas, sino que se les otorguen derechos análogos a los de cualquier otro colectivo profesional. La aplicación de esta Recomendación puede contribuir a la consecución de algunos de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas para 2030 y, en concreto, el número 8, relativo a la promoción del crecimiento económico inclusivo y sostenible, el empleo y el trabajo decente para todos⁶¹.

Sobre la ordenación del tiempo de trabajo se han llevado a cabo varios estudios. En concreto, se realizó un análisis en el año 2014, a partir de una encuesta sobre el equilibrio entre la vida laboral y personal en los sectores audiovisual y de espectáculos en directo en ocho países europeos⁶². Las conclusiones destacaron los siguientes aspectos: los trabajadores no estaban satisfechos en su conciliación laboral y familiar; este tema se encontraba poco presente en los convenios colectivos; la idea de que se debe estar siempre presente y disponible, lo cual tiene un impacto negativo en la conciliación; las diferencias de derechos entre categorías de trabajadores (funcionarios, trabaja-

⁶⁰ Comisión Europea: *La Unión de la igualdad: Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025*, COM (2020) 152 final, Bruselas 5.3.2020, p. 6.

⁶¹ UNESCO: *Cultura y condiciones laborales de los artistas - Aplicar la Recomendación de 1980 relativa a la condición del artista*, París, 2019, pp. 8, 14; European Expert Network on Culture and Audiovisual (EENCA): *The status and working conditions of artists and cultural and creative professionals*, Zoetermeer-Bruselas, 2020, pp. 44-45. Su contribución a la sociedad es tan importante que Juan Pablo II llamaba a los artistas «geniales constructores de belleza». Precisamente porque el artista realiza con su inspiración «obras verdaderamente válidas y bellas, no sólo enriquecen el patrimonio cultural de cada nación y de toda la humanidad, sino que prestan un servicio social cualificado en beneficio del bien común» (JUAN PABLO II: *Carta del Santo Padre Juan Pablo II a los artistas*, Roma, 1999).

⁶² European Arts and Entertainment Alliance (FIM, FIA, UNI-Mei) and European Federation of Journalists: *Survey on the situation of work-life balance in the audiovisual and live performance sectors in eight European countries*, 2014.

dores temporales, autónomos); la posibilidad de un trabajo flexible depende mucho de la gerencia; la insuficiente disponibilidad de guarderías y apoyo para el cuidado de los niños; y, una buena estrategia puede ser vincular las cuestiones sobre conciliación con temas como la igualdad de remuneración o la seguridad y salud laboral⁶³.

Otro estudio realizado por Uni Global Union, en noviembre de 2021, ponía de relieve la necesidad de terminar con las jornadas laborales prolongadas, cuya gravedad se acentuó a la vuelta del confinamiento, por la necesidad de recuperar el tiempo perdido, lo que dio lugar a la acumulación de producciones, llegando a rodarse varias al mismo tiempo. Los resultados fruto de la encuesta realizada en julio de 2021, reflejaban la insuficiencia del tiempo de descanso entre turnos, e incluso entre dos jornadas de trabajo. En ocasiones, las empresas desafiaban no solo los convenios colectivos, sino también las leyes laborales nacionales sobre duración máxima de la jornada⁶⁴. El informe también recogía la práctica habitual de trabajar en fin de semana (práctica siempre necesaria según el 18 por cien de los encuestados, y problema común según el 41 por cien). Un tipo particular de trabajo, que resulta cada vez más común, es el Fraturday (una especie de «viersábado») que hace referencia los turnos que comienzan los viernes y terminan en la madrugada del sábado. Esta práctica elimina los fines de semana y con ello el tiempo necesario para la familia, el descanso y la salud⁶⁵. La cultura de las largas jornadas laborales, así como la falta de tiempo de descanso, ocupa la primera de las cuestiones que las personas encuestadas quieren que sea abordada en la negociación colectiva. Sus efectos son devastadores, a corto y largo plazo, para la salud y la seguridad de los trabajadores. La fatiga que conlleva y la falta crónica de sueño provocan accidentes y problemas emocionales y físicos como la ansiedad o las enfermedades cardíacas⁶⁶. Por todo ello, recomendaba el respeto de los horarios de trabajo y de descansos previstos en las leyes nacionales y en los convenios colectivos, así como promover políticas de conciliación de la vida laboral y

⁶³ *Ibid.*, p. 44. La necesidad de mejorar la conciliación laboral y familiar también se destacó en un informe relativo a los artistas y profesionales de la cultura [Cfr. MAGKOU, M.: *Life off-stage. Survival Guide for creative arts professionals*, IETM-International network for contemporary performing arts) - International Federation of Actors (FIA)-UNI Global Union-Media Entertainment & Arts (UNI MEI), Brussels, November 2017, p. 20].

⁶⁴ Uni Global Union: *Demandar dignidad detrás de escena: terminar con la cultura de las largas horas de trabajo en la industria cinematográfica y televisiva en todo el mundo*, Nyon, 2021, pp. 5, 9.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 10.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 12.

personal. En cuanto a las horas extras, debían ser voluntarias y no exigidas de forma regular, con una compensación superior⁶⁷.

La Resolución del Parlamento Europeo, de 7 de junio de 2007, sobre el estatuto social de los artistas⁶⁸, también abogó por mejorar el tiempo de trabajo al considerar que «todos los artistas ejercen su actividad de forma permanente», no limitándose «a las horas de las representaciones artísticas o de las actuaciones escénicas» (núm. 27). También señalaba como tiempo de trabajo efectivo de pleno derecho los períodos de ensayo, y la urgencia de tener «en cuenta el conjunto de estos períodos de actividad al determinar la vida laboral, tanto en relación con los períodos de desempleo como a efectos de pensiones» (núm. 28).

El informe del Parlamento Europeo sobre la situación de los artistas y la recuperación cultural en la UE, de octubre de 2021, señalaba que, si bien las Resoluciones de junio de 2007, noviembre de 2016 y septiembre de 2020 reclamaban mejoras, en términos generales, de la situación de los artistas, no se habían realizado muchos progresos. La crisis de la COVID-19 puso de manifiesto las vulnerabilidades preexistentes de los sectores e industrias culturales y creativos, que dio lugar a una situación aún más precaria⁶⁹. El Plan de trabajo del Consejo en materia de cultura 2019-2022 otorga prioridad a la creación de un marco que apoye a los artistas y a los profesionales de la cultura y la creación, lo que requiere una acción conjunta. Entre los obstáculos que señala cabe destacar la dificultad de una posible armonización, a causa de la coexistencia de varias definiciones de artistas y trabajadores culturales. A ello se une la diferencia de legislaciones en los Estados miembros, que impide el reconocimiento mutuo del estatuto de los artistas y los trabajadores culturales y creativos, así como la colaboración y movilidad transfronterizas, con la consiguiente creación de barreras a la creación cultural y artística⁷⁰.

Un ejemplo de un Estado miembro que ha adoptado medidas que conforman un Estatuto del Artista es España. El 6 de septiembre de 2018, el Pleno del Congreso de los Diputados aprobó por unanimidad el informe de la Subcomisión para la elaboración del Estatuto del Artista, que demandaba al Gobierno la aprobación de medidas de urgencia sobre la creación artística, con objeto de mejorar las condicio-

⁶⁷ *Ibid.*, p. 21.

⁶⁸ 2006/2249(INI). Ponente: Claire Gibault, 1.6.2007.

⁶⁹ 2020/2261(INI). Ponente: Monica Semedo, 13.10.2021. Considerandos P y Q.

⁷⁰ *Ibid.*, considerandos U, V, W. Sobre la creación de un estatuto del artista, así como de un marco europeo para las condiciones de trabajo en los sectores e industrias culturales y creativas, que ayudará al establecimiento de unos estándares mínimos y a la sostenibilidad del sector, necesario ya que la cultura está en la base del proyecto europeo, *Vid.* Culture Action Europe & Dâmaso, M., *The situation of artists and cultural workers and the post-COVID-19 Cultural Recovery in the European Union*, European Parliament - Policy Department for Structural and Cohesion Policies, Brussels, 2021, pp. 6, 12-13, 30-40.

nes laborales de los creadores españoles. En concreto, se puso de relieve la necesidad de actualizar y mejorar el Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos⁷¹. Entre las propuestas señalaba la necesidad de ampliar la definición de espectáculo público, de modo que alcance a «las actividades profesionales conexas que no implican actuar materialmente encima de un escenario». El informe recomendaba adaptar el Real Decreto «a la nueva realidad productiva mediante la integración de los técnicos y personal auxiliar en los espectáculos públicos y mediante la inclusión dentro de los actuales grupos de cotización al personal técnico y auxiliar que no se incardine en la estructura fija de la empresa productora de dicho espectáculo»⁷². Entre otras cuestiones, se recomendaba modificar el Real Decreto 1435/1985, de modo que se incluyera el entorno web, así como las «nuevas fórmulas de difusión más allá del lugar de actuación» (*streaming*). También era preciso evitar abusos en la contratación temporal y mejorar la indemnización por finalización del contrato de duración determinada⁷³.

El Real Decreto-ley 5/2022, de 22 de marzo, procedió a modificar el artículo 2.1, párrafo e), del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre. Así, se considera relación laboral especial «la de las personas artistas que desarrollan su actividad en las artes escénicas, audiovisuales y musicales, así como las personas que realizan actividades técnicas o auxiliares necesarias para el desarrollo de dicha actividad». En consecuencia, se amplía el ámbito subjetivo del Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, sobre la base de que este personal «está sujeto a la misma intermitencia que el personal artístico», conforme al Preámbulo de la normativa reformadora, y frente a la clásica exclusión⁷⁴. En definitiva, las medidas en torno al Estatuto del Artista pretenden avanzar en la mejora de las condiciones socioeconómicas de los profesionales

⁷¹ Preámbulo al Real Decreto-ley 5/2022, de 22 de marzo, por el que se adapta el régimen de la relación laboral de carácter especial de las personas dedicadas a las actividades artísticas, así como a las actividades técnicas y auxiliares necesarias para su desarrollo, y se mejoran las condiciones laborales del sector (BOE núm. 70, de 23.3.2022). La inclusión de los nuevos sujetos protegidos, se recogía en el punto 45 del informe de la Subcomisión para la elaboración del Estatuto del Artista (*Boletín Oficial de las Cortes Generales-Congreso de los Diputados*, Serie D, núm. 373, 20.6.2018). Sobre los orígenes de este Estatuto en España, *Vid.* ALZAGA RUIZ, I.: «Propuestas de mejora de la situación sociolaboral de los artistas en espectáculos públicos», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 203, 2017, pp. 127-149.

⁷² Informe de la Subcomisión para la elaboración del Estatuto del Artista..., ob. cit., punto 45.

⁷³ *Ibid.*, puntos 47-48, 50; Preámbulo al Real Decreto-ley 5/2022, de 22 de marzo.

⁷⁴ En virtud de la Disposición adicional única (Régimen aplicable al personal técnico y auxiliar), no les resulta de aplicación todo el régimen de los artistas.

del sector, en aras de lograr un trabajo decente, recogido en el octavo de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas para 2030.

3. LA ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO DE LOS DEPORTISTAS PROFESIONALES EN ESPAÑA

La práctica del deporte profesional resulta tan variada que requiere, además del análisis legal y doctrinal, el recurso a la negociación colectiva, a la que remite ampliamente la normativa. A continuación, se hará referencia a la jornada y a los descansos, incluidas las vacaciones.

A) Jornada

La regulación de la jornada constituye una de las peculiaridades más relevantes de este tipo de relación, con respecto a los trabajadores comunes⁷⁵. El Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales⁷⁶, establece la jornada en su artículo 9, la cual «comprenderá la prestación efectiva de sus servicios ante el público y el tiempo en que esté bajo las órdenes directas del club o entidad deportiva a efectos de entrenamiento o preparación física y técnica para la misma» (ap. 1). La duración de esta jornada se fijará por «convenio colectivo o contrato individual, con respeto en todo caso de los límites legales vigentes, que podrán aplicarse en cómputo anual» (ap. 2). A efectos de duración máxima de la jornada, no se computarán «los tiempos de concentración previos a la celebración de competiciones o actuaciones deportivas, ni los empleados en los desplazamientos hasta el lugar

⁷⁵ SALA FRANCO, T.: *El trabajo de los deportistas profesionales...*, ob. cit., p. 57; RUBIO SÁNCHEZ, F.: «Jornada, descanso y vacaciones», en MONEREO PÉREZ, J. L.; CARDENAL CARRO, M. (dirección); FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.; GARCÍA SILVERO, E. A. (coordinación): *Los deportistas profesionales: estudio de su régimen jurídico laboral y de Seguridad Social*, Comares, Granada, 2010, p. 339.

⁷⁶ BOE núm. 153, 27.6.1985. Entendiéndose por deportista profesional las personas incluidas en el artículo 2.1 d) ET y dentro del ámbito de aplicación del artículo 1 del Real Decreto 1006/1985. Para una correcta delimitación de esta figura, me remito a RUBIO SÁNCHEZ, F.; GARCÍA SILVERO, E.; GONZÁLEZ DEL RÍO, J. M.; SCHNEIDER SALVADORES, C.: «La relación laboral especial de los deportistas profesionales», en SEMPERE NAVARRO, A. V.; CARDENAL CARRO, M. (directores); ARIAS DOMÍNGUEZ, Á. (coordinador): *Relaciones laborales especiales y contratos con particularidades*, Volumen II (colección *El contrato de trabajo*), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 228-237. También se ha puesto de relieve la conveniencia de aclarar el alcance del término «deporte profesional» ya que genera bastantes malentendidos [SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Sobre el régimen jurídico del deportista. Anotaciones», en PALOMAR OLMEDA, A. (director); PÉREZ GONZÁLEZ, C. (coordinadora): *Un nuevo marco jurídico para el deporte*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2017, p. 475].

de la celebración de las mismas, sin perjuicio de que a través de la negociación colectiva se regule el tratamiento y duración máxima de tales tiempos» (ap. 3).

La doctrina ha destacado la regulación excesivamente imprecisa y general de la jornada de trabajo del deportista profesional. El texto omite la duración máxima del tiempo de prestación de servicios, remitiendo su determinación a lo pactado en convenio colectivo o contrato individual de trabajo. Pero a diferencia de la regulación precedente (Decreto de 5 de febrero de 1981), el Real Decreto 1006/1985 especifica la aplicación de los límites legales establecidos por la normativa laboral común, admitiéndose su cómputo anual⁷⁷. Por tanto, la duración de la jornada será la pactada por convenio o contrato, la cual será igual o inferior a la máxima legal. Sin embargo, conforme al inciso final del artículo 9.2 del RD 1006/1985, se permite la aplicación de límites en cómputo anual, lo que abre importantes posibilidades a la negociación y a la contratación individual. De este modo, se puede disponer de la duración máxima del trabajo diario de los deportistas profesionales mayores de dieciocho años. Esto es, puede eliminarse y quedar limitada la jornada diaria por el descanso mínimo entre jornadas de doce horas (art. 34.3.1.º ET), que tiene carácter imperativo. Asimismo, puede sustituirse el módulo semanal de las cuarenta horas ordinarias de trabajo efectivo por otro, bien sea menor o mayor, cuando el total anual de horas no supere las 1826 horas y 27 minutos, respetándose los períodos de descanso de los deportistas profesionales⁷⁸.

Sobre el cómputo como jornada de trabajo del tiempo que los jugadores suplentes permanecen en el banquillo, puede considerarse en sentido afirmativo, al estar prestando servicios efectivos «ante el público», pese a no participar en el juego, pero cuyo servicio estriba precisamente en la cobertura de posibles contingencias de su equipo. El mero hecho de ser convocado para la disputa de un partido supone computar «todo el período de tiempo que transcurre desde que el jugador se pone a disposición del club o entidad deportiva a efectos de concentraciones, desplazamientos y, especialmente, disputa del encuentro en cuestión, siendo indiferente el tiempo que el deportista permanezca efectivamente en el terreno de juego»⁷⁹. No es del todo cierto que los mejores jugadores realicen una prestación de servicios más extensa temporalmente, pues quienes no son convocados no dejan de estar a disposición del club todo el fin de semana, sino que suelen realizar sesiones de entrenamiento en dicho período.

⁷⁷ SAGARDOY BENGOCHEA, J. A.; GUERRERO OSTOLAZA, J. M.: *El contrato de trabajo del deportista profesional*, Civitas, Madrid, 1991, p. 77.

⁷⁸ ROQUETA BUJ, R.: «Régimen jurídico de los deportistas profesionales y otros agentes del deporte (I)», en PALOMAR OLMEDA, A.; PÉREZ GONZÁLEZ, C. (coordinadores): *Derecho deportivo. Legislación, comentarios y jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, 3.ª ed., Valencia, 2022, p. 435.

⁷⁹ RUBIO SÁNCHEZ, F.: «Jornada, descanso y vacaciones»..., ob. cit., pp. 339-340.

do o bien, si las normas deportivas lo permiten, participan con equipos de categorías inferiores que dependan de la misma entidad⁸⁰.

El Real Decreto 1006/1985 aborda una cuestión importante, silenciada en la regulación anterior, y es el que los tiempos de concentración previos a la celebración de competiciones o actuaciones deportivas, así como los invertidos en desplazamientos no computan, sin perjuicio de que por negociación colectiva se regule su tratamiento y duración máxima. La fijación de la jornada, así como el régimen jurídico de la disponibilidad del deportista hacia el club o entidad deportiva, son materias que deberán negociarse por convenio o contrato individual, conforme al mandato establecido en el Real Decreto 1006/1985. En consecuencia, el Real Decreto se limita a establecer unas normas generales, que permiten una amplia flexibilidad a las partes en los procesos de negociación colectiva, pero supone el escaso celo del legislador de fijar límites más precisos sobre tiempos máximos destinados a concentraciones o viajes, que no son computables dentro de la jornada de trabajo, cuya remisión a la negociación colectiva ha sido criticada al tratarse de una materia que, en sus máximos, es de orden público laboral. Lo que parece más lógico es la remisión de la fijación del horario de prestación de servicios a la negociación colectiva, según las circunstancias específicas de cada disciplina, al depender de la normativa federativa en lo relativo a los días y horas de celebración de partidos o competiciones oficiales⁸¹.

Con todo, la regulación de la jornada y los descansos trata de responder, con la mayor flexibilidad, a las específicas exigencias de la actividad deportiva⁸². Así, en el caso del fútbol profesional, el convenio colectivo distingue entre jornada y horario⁸³. La primera se regula en el artículo 7, la cual no superará «las siete horas del día»⁸⁴, con las excepciones señaladas en el ar-

⁸⁰ *Ibid.*, p. 340; RUBIO SÁNCHEZ, F.: *El contrato de trabajo de los deportistas profesionales*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 245.

⁸¹ SAGARDOY BENGOCHEA, J. A.; GUERRERO OSTOLAZA, J. M.: *El contrato de trabajo del deportista profesional...*, ob. cit., pp. 77-78. Cfr. SALA FRANCO, T.: *El trabajo de los deportistas profesionales...*, ob. cit., p. 58 (en cuanto a la problemática de la legislación anterior).

⁸² MERCADER UGUINA, J.: «La dimensión laboral del deporte profesional: balance y perspectivas», en PALOMAR OLMEDA, A. (director); PÉREZ GONZÁLEZ, C. (coordinadora): *Un nuevo marco jurídico para el deporte...*, ob. cit., p. 560.

⁸³ Resolución de 23.11.2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo para la actividad de fútbol profesional (BOE núm. 293, 8.12.2015).

⁸⁴ El Convenio Colectivo para las futbolistas limita la jornada en el artículo 7, la cual «en ningún caso superará las siete horas diarias, ni las 35 horas semanales en cómputo semestral, con las excepciones señaladas en el artículo siguiente». Esto es, el artículo 8, sobre distribución del tiempo en a) entrenamientos; «b) Concentraciones y Desplazamientos: La Futbolista queda obligada a realizar las concentraciones que establezca el Club/SAD, siempre que no excedan de las 24 horas inmediatamente anteriores a la del comienzo del partido, cuando se juegue en campo propio. Si se jugase en campo ajeno, la concentración no excederá de 72 horas (incluido el tiempo de desplazamiento), tomándose igualmente de referencia la

título 8. Este último regula el horario, esto es, «el tiempo que el Futbolista se encuentra bajo las órdenes del Club/SAD o sus representantes». Este comprenderá: «a) Entrenamientos: Serán decididos por el Club/SAD o Entrenador y comunicados a los Futbolistas con la necesaria antelación»; «b) Concentraciones y Desplazamientos: El Futbolista queda obligado a realizar las concentraciones que establezca el Club/SAD, siempre que no excedan de las 36 horas inmediatamente anteriores a la de comienzo del partido, cuando se juegue en campo propio. Si se jugase en campo ajeno, la concentración no excederá de 72 horas (incluido el tiempo de desplazamiento), tomándose igualmente de referencia la de comienzo del partido»; y «c) Otros Menesteres: Comprenden la celebración de reuniones de tipo técnico, informativo, sauna y masaje deberán ser comunicadas al Futbolista con la debida antelación».

Pese a la dicción del articulado, se ha discutido si las concentraciones y desplazamientos deben ser considerados a efectos de duración máxima⁸⁵. En este punto, que no depende de manera unilateral del club o entidad deportiva, sino que se remite a la negociación colectiva, el artículo 9.3 del RD 1006/1985 supone «una norma beneficiosa para los clubes o SADs que ganan flexibilidad horaria y no pierden, con los necesarios desplazamientos y concentraciones, la posibilidad de exigir a los deportistas profesionales el cumplimiento de las correspondientes horas de trabajo efectivo ni vienen tampoco obligados a computar los tiempos dedicados a los desplazamientos y concentraciones ni a abonarlos como horas extraordinarias»⁸⁶.

Una cuestión controvertida es la de si los tiempos dedicados a actividades de las Federaciones Nacionales, tales como concentraciones, competiciones o viajes computan a efectos de amortizar la jornada que el deportista debe al club o entidad deportiva o, por el contrario, deben recuperarse posteriormente. Por el carácter obligatorio de este tipo de prestaciones, y por las características de la jornada en el deporte profesional, se trataría de un tiempo de trabajo no recuperable⁸⁷. La integración del deportista en las Federaciones Nacionales puede considerarse una cesión legal y obligatoria⁸⁸.

de comienzo del partido»; y c) otras actividades (Resolución de 11.8.2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo para las futbolistas que prestan sus servicios en clubes de la primera división femenina de fútbol, BOE núm. 220, 15.8.2020).

⁸⁵ RUBIO SÁNCHEZ, F.: *El contrato de trabajo de los deportistas profesionales...*, ob. cit., p. 246.

⁸⁶ ROQUETA BUJ, R.: «Régimen jurídico de los deportistas profesionales y otros agentes del deporte (I)...», ob. cit., p. 436.

⁸⁷ RUBIO SÁNCHEZ, F.: *El contrato de trabajo de los deportistas profesionales...*, ob. cit., p. 248; MERCADER UGUINA, J.: «La dimensión laboral del deporte profesional...», ob. cit., pp. 560-561. Como este último indica, hay diversidad de opiniones al respecto.

⁸⁸ SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Sobre el régimen jurídico del deportista...», ob. cit., p. 475; MERCADER UGUINA, J.: «La dimensión laboral del deporte profesional...», ob. cit., p. 561.

B) Descansos y vacaciones

Como se ha tratado ampliamente en el apartado 2. A, es importante no incurrir en sobrecargas que afecten al rendimiento de los deportistas. De ahí que los problemas reales se hayan planteado en términos de cuando se realiza dicha prestación, lo que está muy ligado al calendario de competición, y también que la cuestión de los descansos y las vacaciones haya sido en ocasiones conflictiva⁸⁹. El tema de las competiciones oficiales, que en su inmensa mayoría coinciden en fines de semana, y la necesidad de una permanente actividad para estar en forma física, han llevado a que el RD 1006/1985 haya previsto un régimen específico de descanso semanal, frente al régimen general del artículo 37.1 ET⁹⁰. Por ello, el artículo 10 del RD 1006/1985 prevé –de manera flexibilizadora⁹¹– que «los deportistas profesionales disfrutarán de un descanso mínimo semanal de día y medio, que será fijado de mutuo acuerdo, y que no coincidirá con los días en que haya de realizarse ante el público la prestación profesional del deporte de que se trate. Si el descanso semanal no pudiera disfrutarse ininterrumpidamente, por exigencias deportivas del club o entidad deportiva, la parte no disfrutada será trasladada a otro día de la semana. En los supuestos en que existiesen compromisos de inmediatas actuaciones deportivas, el descanso semanal mínimo podrá computarse como equivalente a treinta y seis horas» (ap. 1).

En el caso del fútbol profesional, el convenio prevé «un descanso semanal mínimo de día y medio, del que, al menos, un día será disfrutado de forma continuada, a partir de las cero horas, dejándose al acuerdo de las partes el disfrute del medio día restante, que tampoco podrá ser fraccionado» (art. 9). En el Convenio Colectivo para las futbolistas se mejora, ya que el descanso mínimo semanal «de día y medio» deberá ser disfrutado de forma continuada (art. 9). El convenio de baloncesto profesional⁹² prevé asimismo un «descanso mínimo semanal de día y medio ininterrumpido, que será fijado de común acuerdo con el club o SAD». Ahora bien, «si tal descanso se ve alterado en algún caso por causa de la competición, la parte no disfrutada

⁸⁹ MERCADER UGUINA, J.: «La dimensión laboral del deporte profesional...», ob. cit., p. 561.

⁹⁰ RUBIO SÁNCHEZ, F.: *El contrato de trabajo de los deportistas profesionales...*, ob. cit., p. 249. En el caso de los menores de 18 años, el descanso mínimo será como mínimo de dos días ininterrumpidos, de acuerdo con el artículo 37.1 ET (ROQUETA BUJ, R.: *El trabajo de los deportistas profesionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 183-184).

⁹¹ DURÁN LÓPEZ, F.: «La relación laboral especial de los deportistas profesionales», *Relaciones Laborales*, vol. II, 1985, p. 277.

⁹² Resolución de 3.3.2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el IV Convenio colectivo de baloncesto profesional ACB (BOE núm. 65, 17.3.2021).

será trasladada a otro día cualquiera de la semana, nuevamente de acuerdo con el Club o SAD» (art. 31).

El artículo 10.2 del RD 1006/1985 prevé que «cuando no puedan disfrutarse las fiestas incluidas en el calendario oficial, por exigencias deportivas del club o entidad deportiva, se trasladará el descanso a otro día de la semana». Al respecto, se entiende por «calendario oficial» el previsto con carácter general en el artículo 37.2 ET⁹³. Cabe destacar una especial atención por las fiestas de Navidad y Año Nuevo en los convenios colectivos, que se recoge de manera específica en el convenio de baloncesto profesional: «Descanso navideño: 30.1. La ACB no programará competición alguna para los días 24, 25 y 26 de diciembre, así como tampoco los clubs o SAD, quienes salvo el día 26, no podrán tampoco programar ningún entrenamiento, desplazamiento o cualquier otra actividad de naturaleza laboral». A continuación, el apartado 2 prevé que «para los días 1 y 6 de enero se intentará hacer otro tanto por la ACB, siempre que el calendario de competición –a su exclusivo juicio– lo permita» (art. 30).

La importancia del calendario de competiciones es clave, como se demuestra asimismo en el disfrute de los descansos comprendidos en el calendario laboral. Al respecto señalan los convenios de fútbol profesional mencionados que: «Los Futbolistas Profesionales disfrutarán de los días de descanso que establezca el calendario laboral de cada año, a excepción de aquellos que coincidan con un partido de fútbol o en las 48 horas anteriores, si se jugase en campo propio, o 72 horas, si se jugase en campo ajeno, en cuyo caso será trasladado su disfrute a otro día de la semana, de mutuo acuerdo» (art. 11). Este mismo artículo se remite, en ambos convenios, y en lo relativo a otros permisos, a lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores. Sin embargo, en la práctica, el disfrute de estos permisos deberá acomodarse al calendario de competiciones, debiendo llegarse a un acuerdo individual entre el club o entidad deportiva y el jugador sobre el momento y duración de estas ausencias del trabajo, por causas legalmente justificadas, a las que como cualquier trabajador tiene derecho⁹⁴.

La regulación de la jornada de trabajo y de los períodos de descanso, recogida en los artículos 9 y 10 del RD 1006/1985, y en los que se invoca a la negociación colectiva y a la contratación individual es una solución adecuada, al tratarse de una materia fuertemente condicionada por los calendarios deportivos, cuya aprobación compete a las Federaciones deportivas españolas. Sin

⁹³ ROQUETA BUJ, R.: «Régimen jurídico de los deportistas profesionales y otros agentes del deporte (I)...», ob. cit., p. 438; MERCADER UGUINA, J.: «La dimensión laboral del deporte profesional...», ob. cit., p. 561.

⁹⁴ RUBIO SÁNCHEZ, F.: *El contrato de trabajo de los deportistas profesionales...*, ob. cit., p. 254.

embargo, es una ordenación criticable desde el punto de vista de la salud y de la vida personal del deportista, al que no se le garantiza con total certeza los días de descanso. Por ello, convendría que la normativa deportiva laboral garantizase la participación de los representantes de los deportistas profesionales, a la hora de confeccionar las propuestas de los calendarios deportivos, que las Ligas deben elevar para su aprobación por las Federaciones deportivas⁹⁵. Esta cuestión ha sido recogida en los convenios, como el del fútbol profesional, que recoge una previsión específica sobre el calendario de competición: «Durante la vigencia del presente Convenio ambas partes se comprometen a elaborar de mutuo acuerdo el calendario de competición oficial a presentar a la RFEF para su aprobación» (art. 44). También el convenio de baloncesto profesional, recoge en su artículo 29.2 que: «salvo acuerdo expreso en contrario alcanzado con sus jugadores, los clubs o SAD no podrán disputar más de 75 partidos por temporada, excluyéndose de dicho cómputo los referidos a las competiciones internacionales de clubs».

Por último, la referencia a las vacaciones se recoge en el artículo 10.3 del RD 1006/1985: «Los deportistas profesionales tendrán derecho a unas vacaciones anuales retribuidas de treinta días naturales, cuya época de disfrute, así como su posible fraccionamiento, se acordarán por convenio colectivo o en contrato individual». Nuevamente, se produce la remisión a la negociación colectiva, que determinará el disfrute de este derecho (de 30 días como prevé el artículo 38.1 ET), por lo que no cabrá su fraccionamiento de manera unilateral por exigencias del club. El artículo 38.1 ET determina la prohibición de su sustitución por una compensación económica, que actúa como derecho supletorio ante el silencio del RD 1006/1985 (art. 21). El menos interesado en la compensación será el propio club, ya que el descanso es necesario para el pleno rendimiento del deportista⁹⁶. No obstante, esta especificación viene recogida, por ejemplo, en el Convenio colectivo para las futbolistas que prestan sus servicios en clubes de la primera división femenina de fútbol (art. 10). Por último, el período de disfrute de las vacaciones coincidirá con el de paralización de la actividad deportiva⁹⁷.

⁹⁵ ROQUETA BUJ, R.: «Las relaciones laborales en el deporte: propuestas de “lege ferenda”», en PALOMAR OLMEDA, A. (director); PÉREZ GONZÁLEZ, C. (coordinadora): *Un nuevo marco jurídico para el deporte...*, ob. cit., p. 582. Al respecto, *Vid.* el apartado 2, A, a), de este estudio.

⁹⁶ ROQUETA BUJ, R.: «Régimen jurídico de los deportistas profesionales y otros agentes del deporte (I)...», ob. cit., pp. 439-440.

⁹⁷ La negociación colectiva recoge algunas previsiones en los casos que pudieran afectar a las vacaciones: «En el supuesto de que los calendarios de la FIBA sufran modificaciones que afecten a los de las competiciones de la ACB, las partes se comprometen a iniciar inmediatamente la renegociación de este punto en el seno de la Comisión Paritaria del Convenio, si bien se mantendrá en vigor lo previsto en el

4. LA ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO DE LAS PERSONAS ARTISTAS EN ESPAÑA

Conviene dejar claro previamente que, si bien la norma primera y básica que regula esta relación especial es el Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto⁹⁸, deberá tenerse en cuenta el Estatuto de los Trabajadores y demás normas laborales generales, consideradas como supletorias «en cuanto sean compatibles con la naturaleza especial de la relación laboral de los artistas en espectáculos públicos» (art. 12). Esta normativa debe completarse además con lo previsto en la negociación colectiva⁹⁹. El carácter peculiar del contexto en el que el artista presta sus servicios se proyecta sobre el régimen jurídico del tiempo de trabajo, configurándose de una manera especial lo que se considera tiempo de trabajo efectivo de ciertas actividades, la distribución de la jornada o los descansos semanales (respecto de los cuales no se prevé su disfrute en fin de semana)¹⁰⁰.

Otra cuestión que también hay que dejar clara es que el Real Decreto-ley 5/2022, de 22 de marzo, modificó el artículo 2.1, párrafo e), del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, considerando relación laboral especial «la de las personas artistas que desarrollan su actividad en las artes escénicas, audiovisuales y musicales, así como las personas que realizan actividades técnicas o auxiliares necesarias para el desarrollo de dicha actividad». En este sentido, también modificó el artículo 1 (ámbito de aplicación) del Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto. Ahora bien, en virtud de la Disposición adicional única (Régimen aplicable al personal técnico y auxiliar), no les afectan todas las previsiones contenidas en el Real Decreto 1435/1985, ya que «por excepción, no les resulta de aplicación los artículos 2, 6, 7, 8, 9 y 10, apartado 4, aplicables exclusivamente a las personas artistas». En concreto, la excepción comprende los artículos 8 (jornada) y 9 (descansos y vacaciones), cuyo análisis se expone a continuación.

epígrafe 32.1 en tanto no se alcance un nuevo acuerdo» (art. 32.3 del IV Convenio colectivo de baloncesto profesional ACB).

⁹⁸ Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de las personas artistas que desarrollan su actividad en las artes escénicas, audiovisuales y musicales, así como de las personas que realizan actividades técnicas o auxiliares necesarias para el desarrollo de dicha actividad (BOE núm. 194, 14.8.1985). Antes de la reforma efectuada por Real Decreto-ley 5/2022, de 22 de marzo, se denominaba Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos.

⁹⁹ LÓPEZ-TARRUELLAS, F.: «Relación especial de trabajo de los artistas en espectáculos públicos: aspectos destacables», *Actualidad laboral*, núm. 25, 1987, p. 1346.

¹⁰⁰ DE NIEVES PRIETO, N.: *El tiempo de trabajo en las relaciones laborales especiales*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, p. 108.

A) Jornada

El Real Decreto 1435/1985 regula, en materia de jornada de trabajo, la duración y distribución de la misma, así como la peculiaridad más destacable, que son los tiempos que deben considerarse como de «trabajo efectivo». En cuanto a la duración de la jornada y, en concreto a su duración máxima, el artículo 8.2 remite al ET, permitiendo una regulación más favorable por convenio o contrato¹⁰¹: «En materia de duración y distribución de la jornada se estará a lo que se disponga en el convenio colectivo o pacto individual, con respeto, en todo caso, de la normativa del Estatuto de los Trabajadores en lo referente a la duración máxima de la jornada». En función de lo anterior, si bien se estará a lo dispuesto en convenio o pacto individual en materia de duración y distribución de la jornada de trabajo, la autonomía de la voluntad –individual y colectiva– tiene como límite la duración máxima de la jornada fijada en el artículo 34 ET (cuarenta horas semanales de trabajo efectivo, de promedio, en cómputo anual), que constituye norma de derecho necesario. En consecuencia, resulta decisivo determinar los tiempos que son de trabajo efectivo, y los que no, a efectos de su cómputo en la duración de la jornada máxima del artista¹⁰².

El artículo 8 del Real Decreto 1435/1985 prevé que «la jornada del artista comprenderá la prestación efectiva de su actividad artística ante el público y el tiempo en que está bajo las órdenes de la Empresa, a efectos de ensayo o de grabación de actuaciones» (ap. 1). De este modo, aclara la doctrina que la jornada del artista comprende no solo la efectiva prestación ante el público, sino también la grabación de las actuaciones para su posterior difusión entre el público, los ensayos, las giras o desplazamientos¹⁰³, y cualquier otro tiempo incluido por contrato o convenio. La duración máxima de la jornada (art. 34 ET) se computará de modo que tanto al inicio como al final el artista se encuentre en su puesto de trabajo (art. 34.5 ET), esto es, a disposición del empresario y en disposición de prestar el trabajo para el cual fue contratado, no siendo suficiente la mera puesta a disposición del trabajador. Como señala el artículo 6.2 del Real Decreto 1435/1985: «El artista está obligado a realizar la actividad artística para la que se le contrató, en las fechas señaladas, aplicando

¹⁰¹ LÓPEZ-TARRUELLAS, F.: «Relación especial de trabajo de los artistas en espectáculos públicos...», ob. cit., p. 1350.

¹⁰² DE NIEVES PRIETO, N.: *El tiempo de trabajo en las relaciones laborales especiales...*, ob. cit., pp. 108-109.

¹⁰³ Art. 8. Tres: «Por convenio colectivo o pacto individual se regulará, en su caso, el régimen de los desplazamientos y giras».

la diligencia específica que corresponda a sus personales aptitudes artísticas, y siguiendo las instrucciones de la Empresa en lo que afecte a la organización del espectáculo». Por todo ello, los períodos de acceso al lugar de trabajo, de caracterización del personaje, maquillaje, y cambio de vestuario no computan, salvo pacto en contrario, siendo la negociación colectiva el instrumento idóneo para determinar esta cuestión ¹⁰⁴.

La jornada del artista comprende asimismo el tiempo dedicado a los ensayos, aunque «quedará excluida, en todo caso, la obligatoriedad de realización de ensayos gratuitos» (art. 8.1 Real Decreto 1435/1985), que fue criticada por la doctrina ¹⁰⁵. Estos ensayos, para una mejor preparación de las representaciones, y que permiten el más adecuado montaje de aquellas ¹⁰⁶, pueden ser requeridos por el propio artista, que debe tutelar sus intereses artísticos, además de los económicos. En tal caso, si no se desarrollan a instancia del empresario, sino a petición exclusiva del intérprete o ejecutante, no se considera tiempo de trabajo efectivo y libera al organizador del espectáculo de retribuirlos ¹⁰⁷.

¹⁰⁴ ALZAGA RUIZ, I.: *La relación laboral de los artistas*, CES, Madrid, 2001, pp. 247-248, 250. A modo de ejemplo, el III Convenio colectivo estatal regulador de las relaciones laborales entre los productores de obras audiovisuales y los actores que prestan servicios en las mismas (Resolución de 3.5.2016, BOE núm. 118, 16.5.2016) prevé en su artículo 15, con respecto al cómputo de la jornada de trabajo:

«En las grabaciones o rodajes en exteriores, no se computará como jornada laboral el tiempo de desplazamiento entre el lugar de residencia y el punto de trabajo, hasta un máximo de una hora y media entre la ida y vuelta.

No se computará tampoco dentro de la jornada laboral el tiempo necesario para la caracterización (vestuario, maquillaje y peluquería) del actor/actriz, hasta un máximo de una hora.

En caso de que la caracterización o el desplazamiento excedan los tiempos establecidos en los párrafos precedentes, sólo los excesos sobre los mismos se considerarán tiempo efectivo de trabajo.

En todo caso, será considerada jornada efectiva de trabajo la que, cumpliendo los párrafos anteriores, el actor/actriz esté a disposición de la productora.

En el caso de horas extraordinarias, sólo computarán las de trabajo efectivo y se abonarán al 50% del salario por sesión del papel correspondiente.»

¹⁰⁵ «En conclusión, como se observará, y aunque la regulación de esta materia incide directamente en la de la jornada y salario, solo queremos resaltar la peculiaridad que representa contener en el objeto del contrato artístico los ensayos, por la propia naturaleza de la labor artística de espectáculo público, y lo que aún resalta más por su injusticia, el carácter gratuito de muchos de estos ensayos» (DOLZ LAGO, M.-J.: «La relación laboral de carácter especial de los artistas de espectáculos públicos», *Revista de Derecho Privado*, Tomo LXVII, 1983, p. 148).

¹⁰⁶ GONZÁLEZ PÉREZ, F.: *El estatuto del artista de espectáculos públicos*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Extremadura, Cáceres, 1981, p. 135. Este autor también critica duramente la permisividad en cuanto a los ensayos gratuitos: «De todo lo dicho, es posible deducir no ya la profunda injusticia de los ensayos gratuitos sino la nulidad de las normas que lo posibilitan y la oportunidad de proceder a una regulación que contemple como integrante remunerador a la prestación laboral del artista profesional de espectáculos y expresamente derogue, por tanto, la división inaceptable entre ensayos gratuitos y retribuidos» (*Ibid.*, pp. 136-137).

¹⁰⁷ ALZAGA RUIZ, I.: *La relación laboral de los artistas...*, ob. cit., p. 248; DE NIEVES PRIETO, N.: *El tiempo de trabajo en las relaciones laborales especiales...*, p. 109.

Con respecto a la previsión del artículo 7.3 del Real Decreto 1435/1985, sobre «el tratamiento retributivo de aquellos tiempos en los que, sin estar comprendidos en la noción de jornada de trabajo del artículo siguiente, el trabajador se encuentre en situación de disponibilidad respecto del empresario», la normativa remite expresamente a la negociación colectiva. El problema es que no se indica lo que deba entenderse por tales tiempos, en los que se deberá estar a disposición del empresario, aunque sin realizar trabajo efectivo. La distinción entre tiempo de disponibilidad y de trabajo efectivo deberá realizarse caso por caso, conforme a lo dispuesto en el artículo 34.5 ET¹⁰⁸.

La distribución de la jornada se fijará por convenio colectivo o pacto individual. En cuanto que como único límite a la negociación colectiva opera la duración máxima de la jornada, los límites relativos a las exigencias de 9 horas diarias máximas de trabajo efectivo y de 12 horas de descanso mínimo entre jornadas, no constituirán un obstáculo para la negociación. La norma reglamentaria no hace mención a la fijación del horario, por lo que se estará a lo fijado en convenio o pacto individual¹⁰⁹. No obstante, surge la duda de su aplicabilidad respecto de los menores de edad. Aunque nada se menciona, otra cosa es que la Autoridad Laboral que concede la autorización prevista en el artículo 2.1 del Real Decreto 1435/1985 estime que el desarrollo del trabajo nocturno perjudique la salud del menor, o su formación humana y profesional¹¹⁰. Algunos conve-

¹⁰⁸ ROQUETA BUJ, R.: *El trabajo de los artistas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 74-75. Sobre esta cuestión se ha indicado que no se habilita al convenio colectivo para decidir sobre su carácter retribuido o gratuito, sino que estos tiempos serán retribuidos al venir regulados por convenio, en cuanto que son necesarios para el desarrollo normal de la actividad. Y, caso de no venir contemplados tales tiempos en el convenio, el empleador no puede exigirlos al artista (RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, S.: *El contrato laboral del artista*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 297).

¹⁰⁹ ALZAGA RUIZ, I.; BAVIERA PUIG, I.; ROMERAL HERNÁNDEZ, J.: «La relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos», en SEMPERE NAVARRO, A. V.; CARDENAL CARRO, M. (directores); ARIAS DOMÍNGUEZ, Á. (coordinador): *Relaciones laborales especiales y contratos con particularidades...*, ob. cit., pp. 303-304.

¹¹⁰ ALZAGA RUIZ, I.: *La relación laboral de los artistas...*, ob. cit., p. 251; HURTADO GONZÁLEZ, L.: *Artistas en espectáculos públicos: Régimen laboral, propiedad intelectual y Seguridad Social*, La Ley, Madrid, 2006, pp. 529-531. Esta cuestión ha sido tratada extensamente por ABELEIRA COLAO, M.: *El trabajo de los menores en espectáculos públicos*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021, pp. 298 y ss. Esta autora señala dos límites a respetar: «Ni se pueden superar las ocho horas diarias, ni el tiempo de trabajo puede suponer un entorpecimiento para el desarrollo personal del menor» (*Ibid.*, p. 303). En este sentido, pone como ejemplo el convenio colectivo del Sector Actores y Actrices de Teatro de Madrid (Resolución de 30.4.2015, B.O. Comunidad de Madrid núm. 133, 6.6.2015): «Artículo 16. Trabajo infantil: (...) 16.2. La actividad laboral a desarrollar por los menores será compatible con el horario escolar diario del menor, no pudiendo ser el mismo interrumpido por ensayos y representaciones; 16.3. La jornada máxima de trabajo para los menores se fija en cinco horas diarias, con un descanso mínimo de media hora. Los menores no podrán realizar dos o más funciones en un mismo día; 16.4. Se prohíbe la participación de menores en escenas violentas, espectáculos de contenido pornográfico o espectáculos calificados como no aptos para menores; 16.5. El menor deberá contar con la presencia de un familiar no más lejano del segun-

nios prohíben el trabajo nocturno de manera expresa («en ningún caso podrán trabajar en jornada nocturna») cuando se contrate a menores de 16 años¹¹¹.

B) Descansos y vacaciones

Los descansos se regulan en el artículo 9 del Real Decreto 1435/1985, que establece «un descanso mínimo semanal de día y medio, que será fijado de mutuo acuerdo, y que no coincidirá con los días en que haya de realizarse ante el público la actividad artística de que se trate. Si no es posible el disfrute ininterrumpido del descanso semanal, podrá fraccionarse, respetando, en todo caso, un descanso mínimo ininterrumpido de veinticuatro horas, salvo que, mediante pacto individual o colectivo, se estableciera la acumulación por períodos de hasta cuatro semanas del disfrute del descanso semanal» (ap. 1). Obviamente, la excepción al descanso dominical deberá jugar cuando la representación sea en directo, ante el público, ya que si se trata de grabaciones no es preciso que sea en domingo. Además, el descanso debe disfrutarse de forma ininterrumpida como regla general, a la que se añaden excepciones, nada afortunadas en cuanto a claridad se refiere¹¹².

El disfrute de las fiestas incluidas en el calendario laboral también puede alterarse por exigencias del espectáculo, lo que vendrá definido de manera unilateral por el empresario, a diferencia del descanso semanal, si se traslada a otro día dentro de la misma semana¹¹³: «Cuando no puedan disfrutarse las fiestas incluidas en el calendario laboral por desarrollarse en ellas la actividad artística ante el público, se trasladará el descanso a otro día dentro de la semana, o del período más amplio que se acuerde» (art. 9.2 Real Decreto 1435/1985). La norma especial silencia el disfrute de permisos retribuidos, por lo que el régimen común del ET será el aplicable, a salvo de la regulación más favorable por convenio o pacto individual¹¹⁴.

Por último, las vacaciones anuales serán retribuidas, con una duración mínima de treinta días naturales (los mismos días previstos en el 38.1 del

do grado de parentesco o, en su defecto, de una persona dispuesta por la empresa que vele por el bienestar y las necesidades del menor; 16.6. El salario del menor será el de la categoría profesional que desempeñe, no pudiendo darse ninguna discriminación por razón de edad».

¹¹¹ Artículo 35 del Convenio colectivo del Sector de Doblaje y Sonorización (Rama Artística), (Resolución de 4.8.2021, BO Comunidad de Madrid, núm. 199, 21.8.2021).

¹¹² LÓPEZ-TARRUELLAS, F.: «Relación especial de trabajo de los artistas en espectáculos públicos...», ob. cit., pp. 1351-1352.

¹¹³ ALZAGA RUIZ, I.: *La relación laboral de los artistas...*, ob. cit., p. 254.

¹¹⁴ *Ibid.*, pp. 254-255.

ET)¹¹⁵. En cuanto a la retribución del período vacacional, «cuando el artista no preste servicios en todos los días que en el conjunto del año tienen la consideración de laborales, la retribución de los descansos se reducirá proporcionalmente, pudiendo incluirse la misma en la retribución global correspondiente a los días de trabajo efectivo, particularmente cuando se pacten tales retribuciones como correspondientes a unidades específicas del trabajo artístico, como actuaciones, giras, rodajes y similares» (art. 9.3 Real Decreto 1435/1985).

5. UN APUNTE FINAL

Este estudio ha pretendido resaltar buena parte de la doctrina más destacada en materia de jornada, descansos y vacaciones de los deportistas profesionales y de las personas artistas. A la vista del contexto internacional y de las constantes presiones sobre ambos colectivos y, por extensión, sobre el sector creativo y cultural, es preciso garantizar una serie de límites en beneficio de unas condiciones laborales dignas. En los últimos años se han desarrollado numerosas iniciativas en aras de actualizar esta normativa especial, como demuestran los estudios de campo aquí aportados. Asimismo, se observa un creciente compromiso de la actuación colectiva en la conquista de derechos que garanticen profesiones sostenibles. La sobrecarga de trabajo puede perjudicar la salud de los actores principales del mundo del deporte y del espectáculo, por lo que es preciso promover la iniciativa de trabajo decente de la OIT, especialmente por la importancia de este sector en el poder transformador de la cultura y sobre todo del patrimonio cultural europeo. Para concluir, y más en un momento de conflicto como el actual, basten estas palabras de Juan Pablo II sobre la contribución social del deporte y, en concreto, del fútbol: «La unidad de Europa, por ejemplo –y hablo de ella porque casi todos sois de este continente–, no digo que se vaya a realizar precisamente en torno a un balón redondo, u ovalado, pues los problemas se sitúan en un nivel más complejo; pero el deporte puede ciertamente contribuir a hacer que los contendientes se conozcan mejor, se aprecien mutuamente y vivan una cierta solidaridad por encima de las fronteras, precisamente sobre la base común de sus mismas cualidades humanas y deportivas»¹¹⁶.

¹¹⁵ ROQUETA BUJ, R.: *El trabajo de los artistas...*, ob. cit., p. 76.

¹¹⁶ JUAN PABLO II: *Discurso del Santo Padre Juan Pablo II a los directivos y miembros de las Federaciones Europeas de Fútbol*, 20.6.1980.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ABELEIRA COLAO, M.: *El trabajo de los menores en espectáculos públicos*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021.
- ALONSO OLEA, M.: «Ámbito de aplicación. Relaciones incluidas y relaciones excluidas. Relaciones especiales», en BAYÓN CHACÓN, G. (coord.), *Diecisiete lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales*, Universidad de Madrid. Facultad de Derecho, Madrid, 1977.
- ALZAGA RUIZ, I.: *La relación laboral de los artistas*, CES, Madrid, 2001.
- «Propuestas de mejora de la situación sociolaboral de los artistas en espectáculos públicos», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 203, 2017.
- ALZAGA RUIZ, I.; BAVIERA PUIG, I.; ROMERAL HERNÁNDEZ, J.: «La relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos», en SEMPERE NAVARRO, A. V.; CARDENAL CARRO, M. (directores); ARIAS DOMÍNGUEZ, Á. (coordinador): *Relaciones laborales especiales y contratos con particularidades*, Volumen II (colección *El contrato de trabajo*), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.
- BAVIERA PUIG, I.: «Comentario al artículo 8: Discriminación por embarazo o maternidad», en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., SEMPERE NAVARRO, A. V. (directores): *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Aranzadi-Thomson, Cizur Menor, 2008.
- CABRERA BAZÁN, J.: *El contrato de trabajo deportivo (Un estudio sobre la relación contractual de los futbolistas profesionales)*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961.
- Comisión de las Comunidades Europeas: *Libro Blanco sobre el deporte*, COM (2007) 391 final, Bruselas, 11.7.2007.
- Comisión Europea: *La Unión de la igualdad: Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025*, COM (2020) 152 final, Bruselas 5.3.2020.
- Congreso de los Diputados: «Informe de la Subcomisión para la elaboración del Estatuto del Artista» (*Boletín Oficial de las Cortes Generales-Congreso de los Diputados*, Serie D, núm. 373, 20.6.2018).
- Culture Action Europe & Dâmaso, M.: *The situation of artists and cultural workers and the post-COVID-19 Cultural Recovery in the European Union*, European Parliament - Policy Department for Structural and Cohesion Policies, Brussels, 2021.
- DE NIEVES PRIETO, N.: *El tiempo de trabajo en las relaciones laborales especiales*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.
- DOLZ LAGO, M.-J.: «La relación laboral de carácter especial de los artistas de espectáculos públicos», *Revista de Derecho Privado*, Tomo LXVII, 1983.
- DURÁN LÓPEZ, F.: «La relación laboral especial de los deportistas profesionales», *Relaciones Laborales*, vol. II, 1985.
- Eurofound: *Overtime in Europe: Regulation and practice*, Publications Office of the European Union, Luxemburgo, 2022.

- European Arts and Entertainment Alliance (FIM, FIA, UNI-Mei) and European Federation of Journalists: *Survey on the situation of work-life balance in the audiovisual and live performance sectors in eight European countries*, 2014.
- European Commission: *Mapping sport statistics and data in the EU. Final report to the European Commission*, Publications Office of the European Union, Luxemburgo, 2021.
- European Commission-Directorate-General for Education, Youth, Sport and Culture: *Towards more gender equality in sport: recommendations and action plan from the High Level Group on Gender Equality in sport (2022)*, Publications Office of the European Union, Luxemburgo, 2022.
- European Expert Network on Culture and Audiovisual (EENCA): *The status and working conditions of artists and cultural and creative professionals*, Zoetermeer-Bruselas, 2020.
- European Parliament: *Gender equality in sport: Getting closer every day*, marzo, 2019.
- FIFA: *FIFA World Cup Qatar 2022™: Sustainability strategy*, Fédération Internationale de Football Association (FIFA), the FIFA World Cup Qatar 2022 LLC (Q22) and the Supreme Committee for Delivery and Legacy (SC), Zurich-Doha, 2020.
- *Regulations on the Status and Transfer of Players – January 2021 Edition*, Zúrich.
- *Commentary on the regulations for the status and transfer of players – Edition 2021*, Zúrich, 2021.
- FIFPRO: *2017 FIFPro Global employment report: Working conditions in professional women's football*, Hoofddorp, 2017.
- *Al límite: La carga de trabajo de los jugadores en el fútbol profesional masculino de élite*, Hoofddorp, 2019.
- *Pathway maternity regulations for professional footballers*, Hoofddorp, 2020.
- *2021 Shaping our future report: industry development and governance standards for a sustainable game (Men's football industry report)*, Hoofddorp, 2021.
- FIFPRO-KPMG: *Raising our game – Women's football report 2020*, Hoofddorp, 2020.
- *2021 FIFPro player workload monitoring (Annual workload report – Men's football)*, Hoofddorp, 2021.
- *2021 FIFPro player workload monitoring (Annual workload report – Women's football)*, Hoofddorp, 2021.
- *2021 Flash report: player workload & impact during the emergency calendar*, FIFPro Player Workload Monitoring (PWM) – Women's football report, Hoofddorp, 2021.
- GONZÁLEZ PÉREZ, F.: *El estatuto del artista de espectáculos públicos*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Extremadura, Cáceres, 1981.
- HERNÁNDEZ MARTÍN, D.: «Contrato de trabajo de los futbolistas», en BAYÓN CHACÓN, G. (coord.): *Catorce lecciones sobre contratos especiales de trabajo*, Universidad de Madrid. Facultad de Derecho, Madrid, 1965.
- HURTADO GONZÁLEZ, L.: *Artistas en espectáculos públicos: Régimen laboral, propiedad intelectual y Seguridad Social*, La Ley, Madrid, 2006.

- JUAN PABLO II: *Discurso del Santo Padre Juan Pablo II a los participantes en el XXXIII campeonato de esquí acuático de Europa, África y Mediterráneo*, Castelgandolfo, 31.8.1979.
- *Discurso del Santo Padre Juan Pablo II a los directivos y miembros de las Federaciones Europeas de Fútbol*, 20.6.1980.
 - *Carta del Santo Padre Juan Pablo II a los artistas*, Roma, 1999.
- LÓPEZ-TARRUELLAS, F.: «Relación especial de trabajo de los artistas en espectáculos públicos: aspectos destacables», *Actualidad laboral*, núm. 25, 1987.
- MAGKOU, M.: *Life off-stage. Survival Guide for creative arts professionals*, IETM-International network for contemporary performing arts) - International Federation of Actors (FIA) - UNI Global Union-Media Entertainment & Arts (UNI MEI), Brussels, November, 2017.
- MERCADER UGUINA, J.: «La dimensión laboral del deporte profesional: balance y perspectivas», en PALOMAR OLMEDA, A. (director); PÉREZ GONZÁLEZ, C. (coordinadora): *Un nuevo marco jurídico para el deporte*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2017.
- MONTOYA MELGAR, A.: «Comentario al artículo 2», en SEMPERE NAVARRO, A. V. (coordinador): *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 9.ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013.
- OJEDA AVILÉS, A.: «Las relaciones laborales especiales: una perspectiva unitaria», *Relaciones Laborales*, vol. I, 1990.
- OIT: *El tiempo de trabajo en el siglo XXI. Informe para el debate de la Reunión tripartita de expertos sobre la ordenación del tiempo de trabajo (17-21 de octubre de 2011)*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2011.
- *Garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro-Estudio General relativo a los instrumentos sobre el tiempo de trabajo-Informe III (Parte B)*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2018.
 - *Guía para establecer una ordenación del tiempo de trabajo equilibrada*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2019.
- ROQUETA BUJ, R.: *El trabajo de los artistas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- *El trabajo de los deportistas profesionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
 - «Las relaciones laborales en el deporte: propuestas de “lege ferenda”», en PALOMAR OLMEDA, A. (director); PÉREZ GONZÁLEZ, C. (coordinadora): *Un nuevo marco jurídico para el deporte*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2017.
 - «Régimen jurídico de los deportistas profesionales y otros agentes del deporte (I)», en PALOMAR OLMEDA, A.; PÉREZ GONZÁLEZ, C. (coordinadores): *Derecho deportivo. Legislación, comentarios y jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, 3.ª ed., Valencia, 2022.
- RUBIO SÁNCHEZ, F.: *El contrato de trabajo de los deportistas profesionales*, Dykinson, Madrid, 2002.
- «Jornada, descanso y vacaciones», en MONEREO PÉREZ, J. L.; CARDENAL CARRO, M. (dirección); FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.; GARCÍA SILVERO, E. A. (coordi-

- nación): *Los deportistas profesionales: estudio de su régimen jurídico laboral y de Seguridad Social*, Comares, Granada, 2010.
- RUBIO SÁNCHEZ, F.; GARCÍA SILVERO, E.; GONZÁLEZ DEL RÍO, J. M.; SCHNEIDER SALVADORES, C.: «La relación laboral especial de los deportistas profesionales», en SEMPERE NAVARRO, A. V.; CARDENAL CARRO, M. (directores); ARIAS DOMÍNGUEZ, Á. (coordinador): *Relaciones laborales especiales y contratos con particularidades*, Volumen II (colección *El contrato de trabajo*), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.
- SAGARDOY BENGOCHEA, J. A.; GUERRERO OSTOLAZA, J. M.: *El contrato de trabajo del deportista profesional*, Civitas, Madrid, 1991.
- SAGARDOY BENGOCHEA, J. A.; DEL VALLE VILLAR, J. M.; GIL Y GIL, J. L.: *Prontuario de Derecho del Trabajo*, 8.ª ed., Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006.
- SALA FRANCO, T.: *El trabajo de los deportistas profesionales*, Editorial Mezquita, Madrid, 1983.
- SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Sobre el régimen jurídico del deportista. Anotaciones», en PALOMAR OLMEDA, A. (director); PÉREZ GONZÁLEZ, C. (coordinadora): *Un nuevo marco jurídico para el deporte*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2017.
- UNESCO: *Cultura y condiciones laborales de los artistas - Aplicar la Recomendación de 1980 relativa a la condición del artista*, París, 2019.
- Uni Global Union Europa Sport-Pro, Eu Athletes: *An analysis of the working conditions of professional sports players*, 2013.
- Uni Global Union: *Demandar dignidad detrás de escena: terminar con la cultura de las largas horas de trabajo en la industria cinematográfica y televisiva en todo el mundo*, Nyon, 2021.

CAPÍTULO XXIX

JORNADAS ESPECIALES DE TRABAJO: AMPLIACIONES, REDUCCIONES Y EXCLUSIONES

JOSÉ ANTONIO GONZÁLEZ MARTÍNEZ
Profesor Ayudante Doctor (acreditado a Contratado Doctor)
Universidad de Murcia

1. EL DISEÑO DE UNA REGULACIÓN SINGULAR DEL TIEMPO DE TRABAJO

Tomando como punto de partida el artículo 34.7 ET, que autoriza al Gobierno (a propuesta de la persona titular del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, y previa consulta a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas) para establecer ampliaciones o limitaciones en la ordenación y duración de la jornada de trabajo y de los descansos (así como especialidades en las obligaciones de registro de jornada), para aquellos sectores, trabajos y categorías profesionales que por sus peculiaridades así lo requieran, se promulgó el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo¹ (las cuales se regulan por este Decreto, y sólo supletoriamente por el ET)².

¹ BOE núm. 230, de 26 de septiembre, cuya Exposición de Motivos señala que se entiende por «jornadas especiales de trabajo», aquellas que difieren en uno u otro aspecto de la normativa laboral común en materia de jornada.

² Artículo 1.2 RD: «Las disposiciones generales del Estatuto de los Trabajadores serán aplicables en cuanto no se opongan a las especiales que en este Real Decreto se establecen». Este Decreto no es aplicable a las relaciones especiales de trabajo, que se rigen por su normativa específica.

Esta regulación reglamentaria persigue hacer compatibles las necesidades específicas de determinados sectores y actividades con el respeto del derecho de los trabajadores al descanso y a la limitación de la jornada laboral, de forma que se llegue a una ordenación más flexible de aquél y ésta. Y en dicha adecuación, la norma otorga un valor primordial al papel de la negociación colectiva, remitiendo frecuentemente a los convenios colectivos y a los acuerdos de empresas. Así pues, el régimen jurídico de la jornada máxima legal, tal como aparece delineado en el ET, se instrumenta en torno a lo que puede denominarse un régimen común y unos regímenes especiales de jornada laboral, a los que se suma un régimen de exclusiones³.

Por tanto, junto a la regulación normal de la jornada ordinaria (régimen común), aplicable con carácter general a los trabajadores y a toda clase de actividades laborales, coexisten unas regulaciones especiales (regímenes especiales) para adaptar las normas generales a las características y necesidades específicas de determinados sectores y trabajos, bien para permitir una ampliación o una utilización más flexible de dichas normas, en función de las exigencias organizativas de tales actividades o de las peculiaridades del tipo de trabajo o del lugar en que se presta, bien para establecer limitaciones adicionales tendentes a reforzar la protección de la salud y seguridad de los trabajadores en aquellos casos en que la prolongación en el tiempo por encima de ciertos límites de unas determinadas condiciones de prestación del trabajo pudiera entrañar un riesgo para aquéllos.

2. AMPLIACIONES DE LA JORNADA EN ACTIVIDADES DETERMINADAS

El RD 1561/1995, en sus artículos 3 a 22, regula una serie de supuestos de ampliaciones de la jornada de trabajo en diversas actividades productivas: empleados de fincas urbanas (art. 3); guardas y vigilantes no ferroviarios (art. 4); trabajo en el campo (art. 5); comercio y hostelería (arts. 6 y 7); transporte en general (arts. 8 y 9); transporte por carretera (arts. 10 a 12); transporte ferroviario (art. 13); transporte aéreo (art. 14); trabajo en el mar (arts. 15 a 18); trabajo a turnos (art. 19); trabajo de puesta en marcha y cierre de los demás (art. 20); trabajos en condiciones especiales de aislamiento o lejanía (art. 21); y trabajos en actividades con jornadas fraccionadas (art. 22).

³ MONTROYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2020, p. 365.

A) Empleados de fincas urbanas

El tiempo de trabajo de los empleados de fincas urbanas «con plena dedicación» (horas de servicio) está comprendido entre los horarios de apertura y cierre de los portales, conforme a las ordenanzas municipales. Dichos trabajadores tienen derecho a disfrutar cada día de trabajo, y dentro de la jornada laboral (horas de servicio), de «uno o varios períodos de descanso» (en la forma que se determine por convenio colectivo o, en su defecto, mediante acuerdo con el titular del inmueble). El tiempo de trabajo efectivo no puede exceder de la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo (40 horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual).

El descanso mínimo entre jornadas será de 10 horas consecutivas, compensándose la diferencia hasta las 12 horas establecidas (las otras 2 horas) en períodos de hasta 4 semanas. Del día y medio de descanso semanal, medio día del descanso, igualmente, podrá acumularse por períodos de hasta 4 semanas, o separarse respecto del correspondiente al día completo para su disfrute en otro día de la semana.

En el artículo 2 de la Directiva 2003/88/CE⁴ se establece que tiempo de trabajo, es todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales⁵; y período de descanso es todo período que no sea tiempo de trabajo. Estas definiciones constituyen conceptos de derecho comunitario, sin que los Estados miembros puedan mantener o adoptar una definición del concepto «tiempo de trabajo» menos restrictiva que la contenida en la directiva⁶.

Por ejemplo, el Convenio Colectivo del sector Oficinas y Despachos de la Comunidad de Madrid prevé una jornada máxima anual efectiva de 1.785 horas, y que ninguna semana tendrá una jornada superior a 42,5 horas de trabajo efectivo y, fuera del período de vacaciones, 13 semanas en régimen de lunes a viernes la jornada «intensiva» será de 35 horas de trabajo efectivo (al menos 4

⁴ Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (DOUE I. 299/9 18 noviembre 2003).

⁵ Además, conforme se declara en la STJUE 3 de octubre de 2000 (asunto c- 303/98) los servicios de guardia que realiza el trabajador en régimen de presencia física en el centro de trabajo deben considerarse tiempo de trabajo en su totalidad, al estar el trabajador obligado a permanecer físicamente en el lugar determinado por el empresario y a permanecer a disposición de este para poder realizar de manera inmediata las prestaciones adecuadas en caso de necesidad.

⁶ STJUE 21 febrero 2018 (asunto c-518/18), según la cual la obligación de permanecer en el domicilio, con el terminal de teléfono activado y la obligación de responder en un plazo de ocho minutos a los encargos que pudiera recibir, determina que ese tiempo deba considerarse como tiempo de trabajo.

de estas semanas se disfrutarán seguidas de 1 junio a 30 de septiembre). Reclama el actor el derecho a disfrutar de 13 semanas de 35 horas de trabajo, en régimen de jornada intensiva. Pero queda acreditado en la sentencia de instancia que figura una jornada semanal máxima en el Convenio superior a la desempeñada por el actor, sin que exista exención de trabajo en sábados, salvo el de 13 semanas de jornada intensiva anual, ello ha de ponerse en relación con la jornada máxima anual prevista en dicho Convenio Colectivo para el año 2004 que se fija en 1.785 horas al año, sin que haya acreditado al actor que con el horario que viene efectuando si se dedujeran las 5 horas en las 15 semanas de jornada (reducida) intensiva que interesa, cubra dicha jornada anual⁷.

B) Guardas y vigilantes no ferroviarios

El tiempo de trabajo diario de los mismos, a los que no se les exija una vigilancia constante y tengan asignado el cuidado de una zona limitada en la que exista «un lugar destinado a que puedan descansar en condiciones adecuadas», podrá extenderse hasta 12 horas.

El régimen de descansos durante la jornada laboral, entre jornadas y semanal es el mismo que el previsto para los empleados de fincas urbanas. Y es que la actividad de los guardas o vigilantes no ferroviarios y de los empleados de fincas urbanas presenta notables similitudes y no podemos aceptar que el tiempo de trabajo en esas actividades alcance las 24 horas cada día, incluyendo aquellas horas en las que se encuentran descansando y sin realizar vigilancia constante o actividad laboral alguna⁸.

Cuando la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 (BOE núm. 161, de 4 de julio de 2018), en su Disposición Adicional 144 prevé y regula la materia relativa a la Jornada de trabajo en el Sector Público, estipula que a partir de la entrada en vigor de esta Ley, la jornada de trabajo general en el sector público se computará en cuantía anual y supondrá un promedio semanal de treinta y siete horas y media, sin perjuicio de las jornadas especiales existentes o que, en su caso, se establezcan: con la mención «jornadas especiales» se está refiriendo no a las pactadas por las partes, sino a las jornadas como las de, dicho sea sin ánimo exhaustivo, empleados de fincas urbanas; guardas y vigilantes no ferroviarios; trabajo en labores agrícolas, forestales y agropecuarias; comercio y hostelería; actividades de transportes y trabajo en el mar;

⁷ STSJ Madrid 25 octubre 2005 (rec. 2763/2005).

⁸ STSJ Islas Baleares 24 mayo 2019 (rec. 9/2019).

trabajo a turnos; trabajos de puesta en marcha y cierre de los demás; trabajos en condiciones especiales de aislamiento o lejanía; trabajos en actividades con jornadas fraccionadas; trabajo en el campo; trabajo en interior de minas o trabajo en cámaras frigoríficas y de congelación⁹.

C) Trabajo en el campo

La jornada de trabajo, en las labores agrícolas, forestales y pecuarias, cuya distribución y cómputo se encomienda a los convenios colectivos o, en su defecto, a la costumbre local (salvo en lo que resulte incompatible), puede ampliarse hasta un máximo de 20 horas semanales¹⁰, sin que la jornada diaria pueda exceder de 12 horas de trabajo efectivo, y computándose esas horas de exceso como extraordinarias.

Estos trabajadores deberán disfrutar de un mínimo de 10 horas consecutivas de descanso entre jornadas, compensándose la diferencia hasta las 12 horas establecidas por períodos de hasta 4 semanas. Del mismo modo, podrá acumularse por períodos de hasta 4 semanas el medio día del descanso semanal, o separarse respecto del correspondiente al día completo para su disfrute en otro día de la semana.

Un ejemplo de encomienda a la negociación colectiva, es el Convenio Colectivo Agropecuario de Cataluña (2015-2017), el cual señala que la jornada laboral comienza en el lugar de trabajo para las tareas exclusivamente laborales o en el lugar de reunión, si fuese necesario aparear animales o utilizar maquinaria, aparatos o accesorios y se entiende que acaba en el lugar donde haya comenzado, con previsión de indemnizaciones cuando la distancia a recorrer desde la población a la finca es más de dos kilómetros, si bien se excepciona si las empresas faciliten a los trabajadores medios automecánicos de locomoción adecuados¹¹.

Respecto al agente forestal, el Auto del TJUE de 4 de marzo de 2011 (c-258/10) declaró que la calificación de un período como tiempo de trabajo no depende de que se ponga a disposición un alojamiento dentro de la parcela forestal de cuya gestión se ocupa el agente forestal correspondiente, siempre y cuando la puesta a disposición de ese alojamiento no implique que el agente debe estar físicamente presente en el lugar determinado por el empleador y permanecer en el mismo a disposición de este para poder prestar inmediatamente los servicios adecuados en caso de necesidad.

⁹ STSJ Canarias (Las Palmas) 29 octubre 2019 (rec. 944/2019).

¹⁰ Cuando las circunstancias estacionales determinen la necesidad de intensificar el trabajo o concentrarlo en determinadas fechas o períodos, así como en los trabajos de ganadería y guardería rural.

¹¹ STSJ Cataluña 26 enero 2022 (rec. 6886/2021).

D) Comercio y hostelería

Mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes legales de los trabajadores puede establecerse la acumulación del «medio día del descanso semanal» por períodos de hasta 4 semanas, o se puede separar respecto del correspondiente al día completo para su disfrute en otro día de la semana (conviene recordar que el ET establece como norma de derecho necesario el descanso mínimo semanal de día y medio ininterrumpido que, como regla general, comprenderá la tarde del sábado o, en su caso, la mañana del lunes y el día completo del domingo). A modo de ejemplo, el Convenio Colectivo de Medianas Superficies de Distribución de Alimentación de la Comunidad Autónoma de Castilla y León dice de forma expresa que el día completo de descanso coincidirá con el domingo, salvo para quien trabaje en domingo, precisamente y el medio día de lunes a sábado¹².

Caben especialidades adicionales para actividades estacionales o de temporada en la hostelería, pues mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes legales de los trabajadores, puede acordarse la acumulación del medio día de descanso en períodos más amplios, que en ningún caso podrán exceder de 4 meses, a fin de adecuarlo a las necesidades específicas de las actividades estacionales de la hostelería, en particular en las zonas de alta afluencia turística, o para facilitar que el descanso se disfrute en el lugar de residencia del trabajador cuando el centro de trabajo se encuentre alejado de éste. Así mismo, se puede reducir el descanso entre jornadas hasta 10 horas, compensándose de forma acumulada.

Debe mirarse el artículo 7 RD, norma que excepciona el descanso mínimo de las 12 horas del ET, en el sector de la hostelería, y que permite la minoración a las 10 horas por convenio colectivo o acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores; el convenio colectivo de aplicación, deja a cada empresa la posibilidad de alcanzar tal acuerdo, sin entrar a regular un supuesto que necesariamente debe examinarse caso por caso, pues en palabras del RD, tiene por finalidad adecuar este descanso a las necesidades específicas de las actividades estacionales de la hostelería, que pueden variar de un lugar a otro; y consecuentemente, cabe aplicar el mínimo de 10 horas de descanso entre jornada de alcanzarse acuerdo sin necesidad de incorporarlo al convenio, pero ello no quiere decir que tal acuerdo sea ajeno a la normativa y régimen que resulta del ET, máxime si se tiene en cuenta que los trabajadores venían prestando servicios en régimen de descanso diario ordinario de 12 horas, sien-

¹² STSJ CyL (Valladolid) 20 mayo 2019 (rec. 371/2019).

do circunstancias sobrevenidas las que llevan a la empresa a promover el cambio, de lo que resulta a todas luces una modificación sustancial de condiciones de trabajo¹³.

E) Transportes y Trabajo en el mar

Se establecen una serie de normas comunes, y junto a ellas, una serie de especialidades para el tiempo de trabajo en cada uno de los medios de transporte.

a) DISPOSICIONES COMUNES

Se prevén una serie de reglas comunes relativas a la ordenación del tiempo de trabajo en el sector de los transportes, estableciéndose la distinción entre tiempo de trabajo efectivo y tiempo de presencia.

a') *Tiempo de trabajo efectivo*

El período de trabajo efectivo es aquel en el que el trabajador se encuentra a disposición del empresario y en el ejercicio de su actividad. Y como ejemplos de las tareas que suponen trabajo efectivo, señalar la conducción del vehículo o medio de transporte u otros trabajos durante el tiempo de circulación de los mismos, así como aquellos trabajos auxiliares que se efectúen en relación con el vehículo o medio de transporte, sus pasajeros o su carga; se ha de considerar como tiempo de trabajo efectivo el transcurrido desde que se toma el vehículo por el conductor en el centro de trabajo para su traslado a la estación, con el fin de proceder a la recogida de viajeros, y para su destino y regreso al centro de trabajo¹⁴.

A efectos de su determinación, se toma como referencia la duración de la jornada máxima ordinaria de trabajo (40 horas semanales de promedio anual) y los límites establecidos para las horas extraordinarias (80 horas anuales como máximo). Así mismo, no pueden realizar una jornada diaria total superior a 12 horas, incluidas, en su caso, las horas extraordinarias.

¹³ STSJ Islas Canarias (Las Palmas) 19 abril 2017 (rec. 1338/2016).

¹⁴ STS 17 junio 2010 (rec. 145/2009).

Los conceptos «período de descanso» y «tiempo de trabajo» se excluyen mutuamente y la Directiva 2003/88 no contempla una categoría intermedia entre los períodos de trabajo y los de descanso¹⁵.

b') *Tiempo de presencia*

Se considerará tiempo de presencia aquel en el que el trabajador se encuentre a disposición del empresario sin prestar trabajo efectivo. Como situaciones típicas del tiempo de presencia, señalar los tiempos de espera, expectativas, servicios de guardia, viajes sin servicio, averías, comidas en ruta¹⁶ u otras similares (en los convenios colectivos se determinarán en cada caso los supuestos concretos conceptuales como tiempo de presencia)¹⁷. Por consiguiente, el elemento más relevante para identificar el tiempo de presencia es que, pese a no prestarse trabajo efectivo, persiste el sometimiento al poder de dirección empresarial¹⁸.

Los tiempos de disponibilidad han constituido y constituyen en muchos casos zonas grises respecto a su calificación como tiempo de trabajo o de no trabajo. Aunque la jornada de trabajo suele ir referida a tiempo de trabajo efectivo, ésta puede incluir tiempos de presencia, espera o disponibilidad hacia la empresa, tratándose de lapsos temporales en los que el trabajador no realiza su prestación laboral, pero se encuentra a disposición del empresario, en expectativa de ser requerido para realizarla en cualquier momento¹⁹.

Los tiempos de presencia no podrán exceder en ningún caso de 20 horas semanales de promedio en un período de referencia de un mes; y se distribuirán con arreglo a los criterios que se pacten colectivamente y siempre respetando los períodos de descanso entre jornadas y semanal propios de cada actividad.

Las horas de presencia no computarán a efectos de la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, ni para el límite máximo de las horas extraordinarias.

¹⁵ STJUE 10 septiembre 2015 (asunto C-266/14).

¹⁶ STS 16 noviembre 2012 (rec. 208/2011).

¹⁷ Esta lista de enumeraciones no es cerrada, pues se concede a los negociadores la posibilidad de establecer en convenio colectivo las situaciones concretas que han de conformar los tiempos de presencia. La doctrina judicial aboga por una interpretación restrictiva del término convenio colectivo, poniendo en duda la licitud de cualquier otro pacto, por ejemplo, un pacto de empresa firmado con los representantes de los trabajadores, para fijar y regular los supuestos específicos constitutivos de estos tiempos, así en STSJ Murcia 29 enero 2001 (rec. 1465/1999).

¹⁸ STS 18 marzo 2003 (rec. 91/2002).

¹⁹ MARTÍN RIVERA, L.: «Tendencias recientes en la ordenación del tiempo de trabajo», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 250/2022 parte Estudios, Editorial Aranzadi, S. A. U., Cizur Menor, 2022, BIB 2022\481.

Salvo que se acuerde su compensación con períodos equivalentes de descanso retribuido, se abonarán con un salario de cuantía no inferior al correspondiente a las horas ordinarias. Ahora bien, el convenio puede establecer por encima de la jornada ordinaria unas horas complementarias, y excluirlas del régimen retributivo de las horas extraordinarias, siempre que la suma de estas horas (ordinarias y complementarias) no exceda del límite de la jornada máxima legal, a partir del cual estamos ya ante horas extraordinarias, lo que no sucede con las horas que no exceden de ese límite, «que pueden retribuirse a una tasa inferior a la prevista por el propio convenio para la hora ordinaria». Esto significa que aparte de las horas extraordinarias, las horas de presencia sólo se retribuirán como ordinarias en la medida en que excedan del límite de la jornada máxima legal²⁰.

c') *Descanso entre jornadas y semanal*

A salvo de las excepciones específicas aplicables al transporte por carretera y ferroviario, es norma común en los distintos sectores de transporte que se respete en todo caso un descanso mínimo entre jornadas de 10 horas, pudiéndose compensar las diferencias derivadas de las mermas de descanso hasta las 12 horas establecidas estatutariamente, así como computar el descanso semanal de día y medio, en períodos de referencia de hasta 4 semanas.

b) TRANSPORTE POR CARRETERA

a') *Tiempo de trabajo: tiempos de conducción y tiempos de presencia*

Las especialidades sobre tiempos de trabajo efectivo y de presencia se aplican a los trabajadores móviles, entendiéndose por éstos a cualquier trabajador que forma parte del personal que se desplaza y que está al servicio de una empresa que efectúa servicios de transporte. A tal efecto, serán trabajadores móviles en el transporte por carretera los conductores, ayudantes, cobradores y demás personal auxiliar de viaje en el vehículo que realice trabajos en relación con el mismo, sus pasajeros o su carga, tanto en las empresas del sector de transporte por carretera, ya sean urbanos o interurbanos y de viajeros o mercancías, como en las integradas en otros sectores que realicen tales actividades de transporte o alguna de las auxiliares anteriormente citadas.

²⁰ STS 20 febrero 2007 (rec. 3657/2005).

Se entienden comprendidos dentro del tiempo de trabajo efectivo los períodos durante los que el trabajador móvil no puede disponer libremente de su tiempo, y tiene que permanecer en el lugar de trabajo dispuesto a realizar su trabajo normal, realizando las tareas relacionadas con el servicio, incluidos, en particular, los períodos de espera de carga y descarga cuando no se conozca de antemano su duración previsible.

Según doctrina judicial, la actividad desarrollada por las empresas incluidas en el ámbito funcional y territorial del Convenio Colectivo de Transportes de Enfermos y Accidentados en Ambulancia de la Comunidad Autónoma de Andalucía, tiene encaje en los sectores de actividad recogidos en el RD, cuyo artículo 8.1 distingue entre tiempo de trabajo y tiempo de presencia, sin excluir al sector de transporte de enfermos y accidentados, indicando no obstante que dentro del concepto de «tiempo de presencia» se pueden incluir situaciones que es dudoso correspondan a tal, como puede ser la conducción sin servicio, averías, etc. a lo que se suma que no consta si el servicio de guardia se presta en el domicilio del trabajador o en las instalaciones de la empresa, señalando que todas estas situaciones deberán dilucidarse en cada caso concreto, pues en el proceso colectivo ni se ha practicado a esos efectos ni se ha individualizado la cuestión debatida²¹.

Se computa también dentro del tiempo de presencia, los períodos distintos de las pausas y de los descansos, durante los que el trabajador móvil no realiza actividad laboral (no lleva a cabo ninguna actividad de conducción u otros trabajos y no está obligado a permanecer en su lugar de trabajo), pero tiene que estar disponible para responder a posibles instrucciones que le ordenen emprender o reanudar la conducción o realizar otros trabajos.

Las guardias de los empleados de empresas de ambulancias, en régimen de 24 horas/día y descanso de 72 horas, al requerir la presencia física del trabajador en el centro de trabajo y estar a disposición del empresario tienen la condición de tiempo de trabajo efectivo a efectos de la jornada anual, y están incluidos en la Directiva 2000/34/CE y no se les aplica el RD. Se rectifica así la doctrina sentada hasta la fecha con la STS 21 abril 2016 (rec. 90/2015), que enjuició el Convenio Colectivo para las empresas y trabajadores/as de transporte de enfermos/as y accidentados/as en ambulancia en la Comunidad Autónoma de Galicia, cuyo artículo 15 regulaba las horas de presencia con el tenor siguiente: no pueden tener la consideración de tiempo de trabajo efectivo y, por lo tanto, no son computables, según establece expresamente el RD (pues

²¹ Auto TS 15 marzo 2022 (rec. 2744/2021).

entiende que la actividad de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia está incluida en el RD)²².

En particular, siempre que concurren las circunstancias anteriores y no constituyan una pausa o un descanso, son considerados tiempo de presencia los siguientes períodos (que se computarán para determinar el límite de horas semanales, y exclusivamente mediante convenio colectivo sectorial de ámbito estatal podrán pactarse, distintos criterios de cómputo):

- Períodos durante los cuales el trabajador acompañe a un vehículo transportado en transbordador o tren;
- Períodos de espera en fronteras o los causados por las prohibiciones de circular;
- Períodos de tiempo en los que un trabajador móvil que conduce en equipo permanezca sentado o acostado en una litera durante la circulación en el vehículo.

b') *Trabajadores móviles: particularidades relativas a la duración y ordenación de su tiempo de trabajo*

Sin perjuicio del respeto a la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo y a los períodos mínimos de descanso diario y semanal, con el fin de proteger la salud y la seguridad de los trabajadores móviles y la seguridad vial, cuando mediante convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se hubiera establecido la distribución irregular de la jornada a lo largo del año, la duración del tiempo de trabajo efectivo de los trabajadores móviles no podrá superar las 48 horas semanales de promedio en cómputo cuatrimestral ni exceder en ningún caso de las 60 horas semanales.

Es necesario partir de la distinción entre horas ordinarias, horas extraordinarias y horas de presencia o espera, y de las consecuencias que de esa distinción se derivan en orden a la retribución de cada una de ellas. La jornada ordinaria es la que como determinación temporal normal de la prestación de trabajo se establece por los convenios colectivos o los contratos de trabajo y, en consecuencia, es una jornada variable por sector, empresa o incluso por trabajador. Las denominadas horas de presencia o espera no se refieren tanto al ámbito temporal de la prestación de trabajo como a la intensidad de esa pres-

²² STS 17 febrero 2022 (rec. 123/2020).

tación y en este sentido en el marco de algunos sectores profesionales se contraponen al tiempo de trabajo efectivo, como sucede en el sector transporte. Así tiempo de trabajo efectivo es «aquel en el que el trabajador se encuentre a disposición del empresario y en el ejercicio de su actividad, realizando las funciones propias de la conducción del vehículo o medio de transporte u otros trabajos durante el tiempo de circulación de los mismos, o trabajos auxiliares que se efectúen en relación con el vehículo o medio de transporte, sus pasajeros o su carga». El tiempo de trabajo efectivo es el que está limitado por la jornada máxima legal y por los límites establecidos para las horas extraordinarias, que, sin embargo, no rigen para el tiempo de presencia²³.

El período de referencia de 4 meses puede ser ampliado hasta un máximo de 6 meses mediante convenio colectivo sectorial de ámbito estatal, siempre que dicha ampliación se fundamente en la existencia de razones objetivas o técnicas o de organización del trabajo. Si el un trabajo es nocturno, la jornada de trabajo diaria no puede exceder de 10 horas por cada período de 24.

Los trabajadores móviles deben interrumpir con un período de descanso la jornada continuada que exceda de 6 horas consecutivas, y la pausa será de duración no inferior a 30 minutos. Cuando el tiempo total de trabajo sea superior a 9 horas diarias, la pausa será, como mínimo, de 45 minutos. Las fracciones en que, en su caso, se dividan estos períodos no podrán tener una duración inferior a 15 minutos, salvo en aquellas rutas de transporte regular de viajeros cuyo recorrido no exceda de 50 kilómetros.

Si bien se disfruta de 30 minutos de descanso si la jornada es igual o superior a 6 horas, y de 45 minutos si la jornada es superior a 9 horas, de esos 30 o 45 minutos de descanso solo 15 minutos (los del tiempo para tomar el bocadillo) son considerados como de trabajo efectivo; y durante ese tiempo de descanso que excede de los 15 minutos del bocadillo, en que el servicio está interrumpido, los trabajadores no están obligados a permanecer en el vehículo o en las inmediaciones.

Sería tiempo de trabajo efectivo el desplazamiento que realice el conductor perceptor entre el lugar en que termina el servicio de viajeros y el centro de la empresa donde debe entregar la recaudación, transportándola y custodiándola, pero no este tiempo de descanso durante el cual los trabajadores como se ha dicho no tienen obligación alguna de vigilancia y custodia de vehículo y de la recaudación, pudiendo abandonar el autobús y dejar dentro la recaudación, al igual que durante el período de descanso para el bocadillo, que tiene en

²³ STS 20 febrero 2007 (rec. 3657/2005).

cambio la consideración de tiempo de trabajo efectivo por estar así pactado expresamente, como es habitual, en el convenio colectivo de aplicación²⁴.

c') *Límites del tiempo de conducción y de presencia*

Los períodos máximos de conducción diarios y semanales, y los descansos mínimos entre jornadas y semanal, de los conductores de transportes interurbanos deberán respetar los límites establecidos en el Reglamento (CE) n.º 561/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, relativo a la armonización de determinadas disposiciones en materia social en el sector de los transportes por carretera y por el que se modifican los Reglamentos (CEE) n.º 3821/85 y (CE) n.º 2135/98 del Consejo y se deroga el Reglamento (CEE) 3820/85 del Consejo.

Se establecen unas reglas en cuanto a la conducción diaria, semanal y bisemanal: el tiempo máximo diario de conducción no será superior a 9 horas, pudiéndose ampliar hasta 10 horas no más de dos veces a la semana; el tiempo de conducción semanal no superará las 56 horas; el tiempo total acumulado de conducción durante dos semanas consecutivas no será superior a 90 horas (los tiempos diario y semanal de conducción incluirán todas las horas de conducción en el territorio comunitario o de un país tercero)²⁵.

d') *Pausas*

El conductor, salvo que tome un período de descanso, después de un período de conducción de cuatro horas y media, hará una pausa ininterrumpida de al menos 45 minutos, que podrá sustituirse por una pausa de al menos 15 minutos seguida de una pausa de al menos 30 minutos, intercaladas en el período de conducción²⁶. Si consta probado que los conductores en trayectos inferiores a 45 kilómetros, cuando llegan a su destino, permanecen en su interior con las puertas cerradas esperando la salida, no bajando del autobús, salvo si tienen alguna necesidad, es una interrupción en la conducción pues no se está conduciendo²⁷.

²⁴ STSJ Andalucía (Sevilla) 27 abril 2017 (rec. 4/2017).

²⁵ Art. 6 Reglamento CE/561/2006.

²⁶ Art. 7 Reglamento CE/561/2006.

²⁷ STS 26 abril 2007 (rec. 114/2006).

No es necesario que el convenio o un pacto entre la empresa y los trabajadores autorice a fraccionar el descanso en períodos inferiores a 15 minutos, y por tanto, es conforme a Derecho la actuación empresarial conforme a la cual los trabajadores que realizan la ruta de transporte regular de viajeros, en recorridos no superiores a 50 kilómetros, y cuya jornada de trabajo excede de 6 horas continuadas, pero que no superan las 9, tienen pautado y disfrutan de un período de descanso de 30 minutos, de los cuales 15 son continuados y los otros 15 se fraccionan en períodos que varían entre los 10 y 5 minutos, dependiendo de las circunstancias del servicio²⁸.

e') *Descansos entre jornadas y semanales*

Los conductores deberán tomar períodos de descanso diarios y semanales²⁹.

Los conductores deberán haberse tomado un nuevo período de descanso diario en las 24 horas siguientes al final de su período de descanso diario o semanal anterior. Si la parte del período de descanso diario efectuada en las mencionadas 24 horas es superior a 9 horas, pero inferior a 11, ese período de descanso se considerará un período de descanso diario reducido (un período de descanso diario podrá ampliarse para transformarse en un período de descanso semanal normal o reducido). Y no podrán tomarse más de tres períodos de descanso diario reducidos entre dos períodos de descanso semanales.

Ahora bien, en caso de la conducción en equipo de un vehículo (al menos dos conductores a bordo), los conductores deberán haberse tomado un nuevo período de descanso diario de al menos 9 horas en el espacio de 30 horas desde el final de su período de descanso diario o semanal anterior.

En el transcurso de dos semanas consecutivas el conductor tendrá que tomar al menos dos períodos de descanso semanal normal, o un período de descanso semanal normal y un período de descanso semanal reducido de al menos 24 horas; no obstante, la reducción se compensará con un descanso equivalente tomado en una sola vez antes de finalizar la tercera semana siguiente a la semana de que se trate.

Un período de descanso semanal tendrá que comenzarse antes de que hayan concluido seis períodos consecutivos de 24 horas desde el final del anterior período de descanso semanal. Los descansos tomados como compensación por un período de descanso semanal reducido deberán tomarse junto con otro período de descanso de al menos 9 horas.

²⁸ STS 10 febrero 2022 (rec. 170/2020).

²⁹ Artículo 8 Reglamento CE/561/2006.

c) TRANSPORTE FERROVIARIO

Se aplican las reglas comunes, sobre tiempos de trabajo efectivo y de presencia, previstas para el sector de los transportes, y son de aplicación a los conductores y demás personas que presten sus servicios a bordo de los trenes durante el trayecto de los mismos, pertenezcan o no a empresas dedicadas al transporte ferroviario, y sobre diversos ámbitos: estaciones de tráfico reducido, apeaderos, apartaderos y apeaderos-cargaderos, directamente relacionados con la circulación, y el de estaciones comprendidas en el control de tráfico centralizado; y sobre labores de vigilancia y custodia, incluida la vigilancia en un punto fijo. Resulta lícita la modificación y ampliación de la jornada ordinaria de trabajo prevista en el Convenio hasta alcanzar las 37 horas y 30 minutos de promedio semanal³⁰.

Los trabajadores que prestan servicios en Puestos de Mando y Centros de Regulación y Control tienen carácter de trabajadores nocturnos, sin que proceda la reducción de su jornada laboral por razones de salud, y sin que el tiempo de toma y deje se compute como jornada ordinaria, pues las previsiones convencionales sobre este extremo configuran el toma y deje como un complemento, desconectado de tiempos concretos, que obedece en todo caso a lo que dispone el RD que no considera tiempo de trabajo efectivo si la actividad no se presta de manera inmediata, aunque se esté a la espera³¹; el toma y deje del servicio es un complemento del puesto³²; y por tanto, el tiempo de toma y deje no se corresponde con la jornada normal, sino que atiende a un exceso en la duración de ésta³³. El tiempo de toma y deje o tiempo de recepción y entrega del servicio de los Auxiliares de Depósito entre turnos, no forma parte de la jornada ordinaria, ni computa a efectos de horas extraordinarias³⁴.

La posibilidad de computar el descanso semanal por períodos de hasta 4 semanas encuentra cobertura en la propia disposición convencional que establece el descanso semanal de 48 horas (normativa laboral de ADIF); además, el cómputo del descanso semanal en períodos de hasta 4 semanas resulta de aplicación a los servicios prestados por empresas de transporte ferroviario en las estaciones de control de tráfico centralizado³⁵.

El límite de 9 horas ordinarias de trabajo efectivo se puede superar excepcionalmente, sin perjuicio de lo dispuesto en los convenios o acuerdo de empresa, en

³⁰ STS 17 diciembre 2013 (rec. 107/2012).

³¹ STS 18 junio 2012 (rec. 132/2011).

³² SSTs 23 diciembre 2011 (rec. 1056/2011), 17 enero 2012 (rec. 1234/2011), 15 febrero 2012 (rec. 492/2011), entre otras.

³³ STS 3 abril 2012 (rec. 2661/2011).

³⁴ STS 11 junio 2008 (rec. 55/2005).

³⁵ STSJ Andalucía (Sevilla) 22 junio 2020 (rec. 3752/2018).

los trenes de largo recorrido, y ello por razones de fuerza mayor o necesidades de la explotación que incidan en la seguridad y regularidad de la circulación del tráfico ferroviario, por el tiempo imprescindible para rendir viaje en el lugar de destino.

El descanso entre jornadas disfrutado fuera de la residencia de los conductores y demás personas que presten sus servicios a bordo de los trenes durante el trayecto de los mismos puede reducirse, a salvo de lo dispuesto en convenio colectivo, a 8 horas para los primeros y 6 para los segundos.

d) TRANSPORTE AÉREO

a') *Tiempo de trabajo y descanso del personal de vuelo en la aviación civil*

Es de aplicación al personal de vuelo de la aviación civil las disposiciones relativas a tiempo de trabajo efectivo, tiempo de presencia, descanso entre jornadas y semanal previstas en el sector de transporte, y en la forma que determinen los convenios colectivos y la normativa en vigor en materia de seguridad aérea³⁶.

La jornada máxima de trabajo anual del personal de vuelo será de 2.000 horas, de las cuales el tiempo de vuelo no podrá exceder de 900 horas, dentro de las cuales están comprendidas las horas de presencia que se determinen en los convenios colectivos. En defecto de previsión de convenio colectivo, sólo se incluirán aquellos supuestos en que el personal de vuelo esté a la inmediata disposición del empresario (esto es, sin realizar función alguna y en lugar señalado por éste, a la espera de la asignación de cualquier actividad).

El personal de vuelo tiene derecho a disfrutar de un mínimo de 96 días libres al año (sin que se descuenten de las vacaciones anuales), como descanso semanal y fiestas laborales, de los cuales al menos 7 habrán de disfrutarse cada mes. Durante esos días libres de servicio, que le serán notificados por anticipado al trabajador, no puede ser requerido para ningún servicio o actividad. Mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, el tiempo máximo de trabajo anual deberá repartirse a lo largo del año de la forma más uniforme posible.

Se establece que el tiempo de trabajo del personal de vuelo como el período durante el cual el personal permanece en el trabajo, a disposición del

³⁶ A estos efectos, se entiende por personal de vuelo, todos los miembros de la tripulación de una aeronave civil; por tiempo de trabajo, todo período durante el cual el personal de vuelo permanece en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones; y por tiempo de vuelo, el tiempo total transcurrido desde que una aeronave comienza a moverse desde el lugar donde estaba estacionada con el propósito de despegar hasta que se detiene al finalizar el vuelo en el lugar de estacionamiento y para todos los motores.

empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, no comprende el tiempo dedicado al reconocimiento médico, sin perjuicio de que, por disposición legal o convencional, pudiera asimilarse al mismo³⁷.

Según la jurisprudencia de casación, los pilotos, a quienes se programa un día libre, y disfrutan de 12 horas de descanso (en la base) con anterioridad al disfrute de dicho día, acumulando las 36 horas correspondientes, no tienen derecho a un nuevo descanso de 12 horas a partir de la finalización del día libre suelto, pues sin perjuicio de que se pudiere entender que es más razonable que el descanso referido tuviera lugar antes de la incorporación del piloto al trabajo, es decir, después del día suelto, en lugar de disfrutarlo (como se viene haciendo) con anterioridad al disfrute del día suelto, lo cierto es que la norma convencional contempla una obligación alternativa (descanso antes o después del día suelto) por lo que el deudor de la obligación (la empresa) puede elegir cualquiera de ellas³⁸.

El tiempo que se consume en la recogida, prueba o cambios de uniforme no es tiempo de trabajo puesto que se trata de espacios temporales en los que los trabajadores no están en sus puestos de trabajo a disposición del empresario (sin cuyo requisito no estamos realmente en presencia de tiempo de trabajo efectivo, pues cuando no hay disposición del tiempo de trabajo del trabajador al empresario, no puede hablarse de que pueda existir prestación de trabajo efectivo): es verdad que en algunas ocasiones, la ley otorga la consideración de trabajo efectivo a un tiempo en el que no hay prestación de trabajo, ni plena disposición, pero ello se hace en atención a unas concretas circunstancias, generalmente, a que tal tiempo redunda, a la postre, en beneficio del empresario (en muchas ocasiones es el convenio colectivo el que asimila descansos o tiempo libre como tiempo efectivo de trabajo, y fuera de estos casos, hay que estar a las circunstancias concretas del caso)³⁹.

b') *Tiempo de trabajo y descanso del personal aeronáutico de tierra*

Las disposiciones comunes son aplicables al personal aeronáutico de tierra en la forma que determinen los convenios colectivos y la normativa en vigor. De esta forma se determinará la actividad laboral del personal aeronáutico de tierra y el régimen de descansos, con respeto en todo caso a lo dispuesto en la normativa en vigor en materia de seguridad aérea.

³⁷ STS 24 septiembre 2009 (rec. 2033/2008).

³⁸ STS 11 abril 2014 (rec. 139/2013).

³⁹ STS 4 mayo 2016 (rec. 169/2015).

c') *Tiempos de actividad y de descanso de los controladores civiles de tránsito aéreo*

Su regulación no se encuentra en el Decreto de Jornadas especiales, sino en el Real Decreto 1001/2010, de 5 de agosto, por el que se establecen normas de seguridad aeronáutica en relación con los tiempos de actividad y los requisitos de descanso de los controladores civiles de tránsito aéreo⁴⁰.

Se distinguen distintas actividades:

– Actividad operacional: tiempo durante el cual un controlador de tránsito aéreo ejerce de manera efectiva las atribuciones de la anotación de unidad de su licencia en una posición operacional.

– Actividad aeronáutica: tiempo en el que el controlador de tránsito aéreo realiza una actividad operacional, incluyendo además los descansos parciales, el período de imaginaria computable y el tiempo dedicado a la formación de unidad gestionando tráfico aéreo real. Para el cómputo de la actividad aeronáutica mensual, se considerarán meses de 30 días o 720 horas consecutivas.

– Descanso parcial: tiempo exento actividad operacional que computa como actividad aeronáutica.

– Descanso: período ininterrumpido y definido de tiempo durante el cual un controlador de tránsito aéreo queda relevado de toda actividad y de la prestación de imaginaria. Para el cómputo de los descansos mensuales, se considerarán meses de 30 días naturales o 720 horas consecutivas.

– Imaginaria: guardias localizadas o período durante el cual y de forma previamente organizada, el controlador de tránsito aéreo está a disposición del prestador de servicios de tránsito aéreo y durante el cual puede ser requerido para prestar servicio de control de tránsito aéreo.

– Período de actividad: duración de la actividad aeronáutica u operacional, según sea el caso, que debe realizar el controlador de tránsito aéreo conforme a la organización diseñada por el proveedor designado para la provisión de servicios de control de tránsito aéreo.

Entre las limitaciones de tiempos de actividad aeronáutica, la duración máxima de un período continuo de actividad aeronáutica es de 10 horas, debiendo garantizarse un descanso mínimo de 12 horas entre la finalización de un período de actividad aeronáutica y el inicio del siguiente. La actividad aeronáutica mensual no superará las 200 horas, y la anual no excederá de 1.670

⁴⁰ BOE núm. 190, de 6 agosto de 2010.

horas, sin perjuicio de la posibilidad de ser incrementada con horas extraordinarias hasta un máximo de 80 horas anuales.

El descanso mínimo entre jornadas de 10 horas resulta de aplicación a técnicos de mantenimiento de las áreas de automatización y comunicaciones al estar incluidos en el ámbito de aplicación del artículo 14 bis RD 1561/1995, pues la reforma operada en esta norma por RD 294/2004 al referirse a la aviación civil incluye tanto al personal de superficie como al que presta servicios en tierra relacionado con el tráfico aéreo, sin que, por otra parte, pueda aplicarse el artículo 19.2 RD 1561/1995 que prevé la reducción a 7 horas para el personal que trabaja a turnos desde el momento en que esta excepción sólo opera cuando al producirse el cambio de turno no pueda disfrutarse del descanso ordinario de 10 horas⁴¹.

La duración de los períodos consecutivos de actividad aeronáutica no podrá exceder de 50 horas. Tampoco pueden realizarse más de 6 períodos consecutivos de actividad aeronáutica con independencia de la duración diaria de cada período de actividad aeronáutica. Al finalizar estos períodos de actividad aeronáutica, se deberá garantizar al controlador de tránsito aéreo un descanso mínimo de 60 horas, que podrán reducirse siempre que se respete el descanso mensual mínimo de 180 horas distribuidas, al menos, en tres períodos de descanso de una duración mínima, cada uno de ellos, no inferior a 54 horas. Cuando el proveedor de servicios de control de tránsito aéreo programe menos de 6 períodos consecutivos de actividad aeronáutica, siempre que la duración total de la actividad aeronáutica durante ellos sea inferior a 50 horas, podrá reducirse la duración mínima de alguno de los períodos de descanso a 48 horas.

Se reconoce el derecho a un controlador aéreo a disfrutar de manera independiente de los descansos diarios y mensuales, sin que puedan solaparse las horas de descanso debidas por cada jornada de trabajo con la fracción correspondiente de las 180 horas de descanso mensual que correspondan a cada ciclo (los períodos de descanso de 12 horas entre ciclos de trabajo no deben incluirse en las 180 horas de descanso mensual, sino que deben disfrutarse de manera diferenciada e independiente entre sí)⁴².

La duración máxima de un período de actividad operacional continuo no excederá de 2 horas, debiendo garantizarse a su finalización un descanso parcial mínimo de 30 minutos.

⁴¹ STSJ Canarias (Las Palmas) 30 junio 2015 (rec. 86/2015).

⁴² STSJ Andalucía (Málaga) 12 diciembre 2019 (rec. 1150/2018).

■ LA REORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO

La duración máxima del período continuo de actividad aeronáutica depende de su calificación:

- Se considera actividad aeronáutica nocturna, aquélla que transcurre, total o parcialmente, entre la 01:30 horas y las 05:29 horas; y su duración máxima es de 9 horas 30 minutos, debiendo concluir como muy tarde a las 07:30 horas.
- Se considera actividad aeronáutica de madrugada la que comienza entre las 05:30 horas y las 06:29 horas, y su duración máxima será de 8 horas.
- Se considera actividad aeronáutica matinal la que comienza entre las 06:30 horas y las 07:59 horas, y su duración máxima será de 8 horas 30 minutos.
- La duración máxima de un período de imaginaria es de 20 horas.

e) TRABAJO EN EL MAR

La regulación de las condiciones de tiempo de trabajo y descanso es común a todos los trabajadores que presten servicios a bordo de los buques y embarcaciones, quedando excluido expresamente el capitán o persona que ejerza el mando de la nave, siempre que no venga obligado a montar guardia, que se regirá a estos efectos por las cláusulas de su contrato en cuanto no configuren prestaciones que excedan notoriamente de las que sean usuales en el trabajo en la mar.

Los trabajadores no pueden realizar una jornada total diaria superior a 12 horas, incluidas, en su caso, las horas extraordinarias, tanto si el buque se halla en puerto como en la mar, salvo en los siguientes supuestos:

- En los casos de fuerza mayor en que sea necesario para garantizar la seguridad inmediata del buque o de las personas o la carga a bordo, o para socorrer a otros buques o personas que corran peligro en alta mar.
- Cuando se trate de proveer al buque de víveres, combustible o material lubricante en casos de apremiante necesidad, de la descarga urgente por deterioro de la mercancía transportada o de la atención debida por maniobras de entrada y salida a puerto, atraque, desatraque y fondeo.

Salvo en los supuestos de fuerza mayor señalados, en los que la jornada se podrá prolongar por el tiempo que resulte necesario, la jornada total resultante no podrá exceder en ningún caso de 14 horas por cada período de 24 horas, ni de 72 por cada período de 7 días.

Se considera tiempo de descanso en la mar, aquel en que el trabajador esté libre de todo servicio. El descanso entre jornadas es distinto para la marina mercante o pesquera:

– En la marina mercante, el descanso entre jornadas será como mínimo de 8 horas, y 12 doce horas cuando el buque se halle en puerto (el tiempo en que el personal permanezca en tierra o a bordo por su propia voluntad), excepto en caso de necesidad de realización de operaciones de carga y descarga durante escalas de corta duración o de trabajos para la seguridad y mantenimiento del buque en que podrá reducirse a un mínimo, salvo fuerza mayor, de 8 horas. Al organizarse los turnos de guardia en la mar, deberá tenerse presente que los mismos no podrán tener una duración superior a 4 horas y que a cada guardia sucederá un descanso de 8 horas ininterrumpidas. En los convenios colectivos se podrá acordar la distribución de las horas de descanso en un máximo de dos períodos, uno de los cuales deberá ser de, al menos, 6 horas ininterrumpidas; en este supuesto, el intervalo entre dos períodos consecutivos de descanso no excederá de 14 catorce horas.

– En las embarcaciones dedicadas a la pesca, el descanso entre jornadas será como mínimo de 6 horas, si bien en los convenios colectivos se podrá acordar la distribución de las horas de descanso en un máximo de dos períodos. En este supuesto, el intervalo entre dos períodos consecutivos de descanso no excederá de 14 horas. En ambos casos, las diferencias entre los descansos entre jornadas y las 12 horas establecidas con carácter general se compensan en períodos de referencia de hasta 4 semanas. En los convenios colectivos puede acordarse la ampliación del período de referencia previsto hasta un máximo de 180 días.

El descanso semanal de día y medio, se disfrutará teniendo en cuenta las siguientes normas:

– El descanso será obligatorio para la totalidad del personal, incluido el capitán o quien ejerza el mando de la nave no sometido al régimen de jornada.

– Si al finalizar cada período de embarque no se hubieran disfrutado la totalidad de los días de descanso que correspondan, se pueden acumular para ser disfrutados cuando el buque tenga que efectuar una permanencia prolongada en puerto (por reparación u otras causas), o para su disfrute unido al período de vacaciones, de acuerdo con lo que se pacte en convenio colectivo.

– Siempre que se garantice en todo caso el disfrute de un día de descanso semanal, si así se acordara en convenio colectivo, los interesados pueden optar

por la compensación en metálico, como horas extraordinarias, de hasta un máximo de la mitad de los restantes días de descanso no disfrutados.

Aun tratándose de actividad en el mar sujeta a normativa específica, especialmente en cuanto a la jornada de trabajo, es razonable jurídicamente la diversidad de la normativa de carácter necesario aplicable, dadas las diferencias existentes entre la actividad realizada por buques mercantes y de pesca y el tiempo de permanencia fuera del puerto base, con incidencia en cuestiones como el tiempo de descanso en la mar, las especialidades cuando el buque se halle en puerto o el período de embarque y con normas específicas para el trabajo en la marina mercante, o para las embarcaciones dedicadas a la pesca con relación a la efectuada por los remolcadores que normalmente se desarrolla en zonas marítimas cercanas al puerto base y sin períodos de embarque prolongados⁴³.

La relación de ampliaciones de la jornada de trabajo se cierra con las autorizaciones en otros trabajos en determinadas condiciones específicas: el trabajo a turnos, el trabajo de puesta en marcha y cierre de los demás, los trabajos en condiciones especiales de aislamiento o lejanía, y los trabajos en actividades con jornadas fraccionadas.

F) Trabajo a turnos

Se entiende por trabajo a turnos el sistema de organización de la empresa en equipo, en la que varios trabajadores ocupan sucesivamente el mismo puesto de trabajo, conforme a un cierto ritmo, continuo o discontinuo, de modo que el trabajador prestará servicios en horarios diferentes dentro de un período de días o semana (art. 36.3 ET).

Se puede acumular por períodos de hasta 4 semanas el medio día del descanso semanal, o separarlo del correspondiente al día completo para su disfrute en otro día de la semana; ello permite que el descanso semanal deje de ser realmente un descanso de 36 horas para convertirse en un descanso semanal de 24 h, acumulándose el medio día restante cada dos, tres o cuatro semanas⁴⁴.

Si al cambiar el trabajador de turno de trabajo no puede disfrutar del descanso mínimo entre jornadas, cabe reducir el mismo, en el día en que así ocurra, hasta un mínimo de 7 horas, compensándose la diferencia hasta las 12 horas establecidas con carácter general en los días inmediatamente siguientes.

⁴³ STS 14 septiembre 2016 (rec. 247/2015).

⁴⁴ Auto TS 16 marzo 2022 (rec 4096/2020).

G) **Trabajos de puesta en marcha y cierre de los demás**

La jornada, siempre que el servicio no pueda realizarse turnándose con otros trabajadores dentro de las horas de la jornada ordinaria, puede ampliarse por el «tiempo estrictamente necesario» para ello, en la forma y mediante la compensación que establezcan las partes.

El tiempo de trabajo prolongado no se tendrá en cuenta a efectos de la duración máxima de la jornada ordinaria laboral, ni para el cómputo del número máximo de horas extraordinarias. Si la empresa tiene la consideración de centro especial de empleo, en ella no pueden realizarse horas extraordinarias, pues se infringiría el artículo 20 RD⁴⁵.

H) **Trabajos en condiciones especiales de aislamiento o lejanía**

Respecto de aquellas actividades caracterizadas, bien por el alejamiento entre el lugar de trabajo y el de residencia del trabajador, bien por el aislamiento del centro de trabajo por razones de emplazamiento o climatología, los descansos entre jornadas y semanal pueden computarse por períodos que no excedan de 8 semanas, sin que, como regla general puedan ser inferiores a 10 horas de descanso entre jornadas.

En el caso de un trabajador destinado a Argelia por su empleador, CEPSA, para realizar funciones de su puesto de trabajo como Ingeniero de Producción, y conforme al artículo 21 RD, debido a las especiales condiciones de lejanía y aislamiento del centro de trabajo en Argelia, el desarrollo de su función profesional se produce en régimen de campamento en las condiciones establecidas para los trabajos de investigación y explotación petrolífera en el desierto, esto es, 28 días continuados de prestación de servicios en su puesto seguidos de 28 días continuados de descanso en su domicilio en España⁴⁶.

I) **Trabajos en actividades con jornadas fraccionadas**

Se consideran actividades con jornadas fraccionadas las que algunos días supera, de forma discontinua, las doce horas al día, estableciéndose para ellas un descanso mínimo entre jornadas de hasta nueve horas, siempre que el tra-

⁴⁵ STSJ CyL (Valladolid) 23 octubre 2017 (rec. 1637/2017).

⁴⁶ STSJ Madrid 18 junio 2020 (rec. 411/2019).

bajador pueda disfrutar durante la jornada, en concepto de descansos alternativos compensatorios, de un período de descanso ininterrumpido de duración no inferior a cinco horas.

3. LIMITACIONES DE LA JORNADA EN ACTIVIDADES DETERMINADAS

Por otro lado, y en atención a las características o peculiaridades del sector o trabajo, la norma prevé ciertas limitaciones de la jornada ordinaria de trabajo en una serie de supuestos (regulados en los artículos 23 a 31), justificados por las condiciones peculiares de desarrollo de la prestación laboral, pues la prolongación de la misma puede incidir negativamente sobre la salud de los trabajadores: trabajos expuestos a riesgos ambientales (art. 23); trabajo en el campo (art. 24); trabajo en el interior de las minas (art. 25); trabajos subterráneos y en cajones de aire comprimido en la construcción y obras públicas (arts. 29 y 30); y trabajo en cámaras frigoríficas y de congelación (art. 31). Su finalidad no es otra que la protección de la salud y seguridad laboral de los trabajadores, por lo que se establecen excepciones a las reglas generales de descanso y trabajo efectivo.

A) Trabajos expuestos a riesgos ambientales

Los tiempos de exposición a riesgos ambientales especialmente nocivos (y pese a la observancia de la normativa legal aplicable), pueden reducirse cuando la realización de la jornada ordinaria de trabajo suponga un riesgo especial para la salud de los trabajadores debido a la existencia de circunstancias excepcionales de penosidad, peligrosidad, insalubridad o toxicidad, y sin que sea posible la eliminación o reducción del riesgo mediante la adopción de medidas de protección o prevención adecuadas.

Un ejemplo sería los trabajadores de una piscina donde hay que evaluar el posible riesgo por la exposición a cloro mediante mediciones del contaminante en aire para su evaluación y posterior comparación con el valor límite ambiental, y los parámetros de ventilación varían en función de las necesidades requeridas y de las condiciones del aire exterior, lo que hace que la cantidad de aire limpio (aire nuevo, aire procedente del exterior) no sea constante: situaciones a priori iguales en cuanto al nivel de cloro en el agua, al número de bañistas, al número de horas que lleva funcionando la instalación, no lo son

realmente, pues el aire que se está renovando tampoco lo es, es decir, la repetitividad entre jornadas es prácticamente imposible, pues muchas de las variables implicadas no se pueden controlar (temperatura y humedad exterior, número de bañistas, etc.)⁴⁷.

La jornada de estos trabajadores debe reducirse por convenio o acuerdo entre el empresario y los trabajadores o sus representantes. Y en caso de «desacuerdo», la autoridad laboral puede, previo informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y con el asesoramiento, en su caso, de los organismos técnicos en materia de prevención de riesgos laborales, acordar la procedencia y el alcance de la limitación o reducción de los tiempos de exposición.

La limitación o reducción del tiempo de exposición se acotará a los puestos de trabajo, lugares o secciones en que se concrete el riesgo y por el tiempo en que subsista la causa que la motiva, sin que proceda reducir el salario de los trabajadores afectados por esta medida.

B) Trabajo en el campo

En aquellas faenas que exijan para su realización «extraordinario esfuerzo físico» o en las que concurren circunstancias de especial «penosidad» derivadas de condiciones anormales de temperatura o humedad, la jornada ordinaria no podrá exceder de 6 horas y 20 minutos diarios y 38 horas semanales de trabajo efectivo.

En las faenas que hayan de realizarse teniendo el trabajador «los pies en agua o fango y en las de cava abierta», entendiéndose por tales las que se realicen en terrenos que no estén previamente alzados, la jornada ordinaria no podrá exceder de 6 horas diarias y 36 semanales de trabajo efectivo.

C) Trabajo en el interior de las minas

En el trabajo en el interior de las minas, la duración de la jornada máxima se reduce a 35 horas de trabajo efectivo semanal, si bien por negociación colectiva pueden establecerse módulos para la determinación de la jornada distintos del semanal. Tal jornada máxima empezará a computarse desde la entrada de los primeros trabajadores en el pozo o galería y concluirá con la llegada

⁴⁷ STSJ Asturias 15 marzo 2013 (rec. 2845/2012).

a bocamina de los primeros que salgan, salvo que a través de la negociación colectiva se estableciere otro sistema de cómputo.

La jornada de trabajo subterránea se reduce a 6 horas diarias cuando concurren circunstancias de especial penosidad, derivadas de condiciones anormales de temperatura o humedad o como consecuencia del esfuerzo suplementario derivado de la posición inhabitual del cuerpo al trabajar. Si el trabajador ha de realizar el trabajo completamente mojado desde el principio de la jornada, esta será de 5 horas como máximo, y no puede exceder de 6, si la situación comenzase con posterioridad a las dos horas del inicio de la jornada (en tales casos, el sistema de trabajo en régimen de incentivos deberá considerar esta circunstancia, de forma que se valore un rendimiento equivalente al que el trabajador lograría en circunstancias normales).

Cuando las aludidas circunstancias de temperatura y humedad u otras igualmente penosas o peligrosas se presenten de forma extrema y continuada o se hagan de forma simultánea dos o más de ellas (agua a baja temperatura o cayendo directamente sobre el cuerpo del trabajador, etc.), la Administración de minas determinará la reducción de los tiempos máximos de exposición, caso de que en el seno del Comité de Seguridad e Higiene no se hubiere llegado a acuerdo al respecto.

En caso de «movilidad entre el interior y el exterior», esto es, el trabajador que habitualmente no preste sus servicios en el interior de las minas, acomodará su jornada diaria a la de interior cuando trabaje en labores subterráneas. Si por razones organizativas un trabajador de interior fuese destinado ocasionalmente a realizar trabajos en el exterior deberá serle respetada la jornada y las percepciones económicas de su puesto anterior.

Respecto al descanso semanal, los trabajadores que presten servicios en puestos de trabajo subterráneo, así como aquellos trabajadores de exterior cuya actividad sólo pueda producirse simultáneamente a la de los primeros, tendrán derecho a un descanso semanal de 2 días. En función de las características técnicas de las empresas y mediante la negociación colectiva puede disfrutarse el descanso semanal en forma ininterrumpida, fraccionarse de modo que el segundo día de descanso pueda ser disfrutado en períodos de hasta cuatro semanas, aisladamente o acumulado a otros descansos, o conforme a las reglas generales del descanso semanal.

Se pueden realizar horas extraordinarias en supuestos de reparación o prevención de siniestros u otros daños extraordinarios y urgentes, en casos de riesgo grave de pérdida o deterioro importante de materias primas, o por circunstancias de carácter estructural derivadas de la naturaleza de la actividad en los términos que en convenio colectivo se definan.

Partimos de que la Directiva 93/104 del Consejo de 23 de noviembre de 1993 establece que será de aplicación en todos los sectores de actividad, públicas o privadas, en actividades industriales, sin que la actividad de la minería esté incluida en las excepciones; y la expresada Directiva define el tiempo de trabajo como «todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones de conformidad con las legislaciones y o prácticas nacionales sin perjuicio de favorecer o permitir la aplicación de convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales, más favorables a la protección, seguridad y salud de los trabajadores», y son horas extraordinarias de trabajo «las comprendidas dentro del tiempo de trabajo, y las que excedan de dicho tiempo pactado convencionalmente».

Podemos concluir que: si el personal de mantenimiento tiene pactada una jornada máxima de 5 horas, el exceso de jornada es hora extraordinaria; las partes pueden pactar unas condiciones mejores vía convencional, que no excluyen, sino que amplían el mandato normativo de que todo exceso sobre la jornada ordinaria se ha de considerar hora extraordinaria y por lo tanto debe ser retribuida como tal; y si los maquinistas de extracción tienen la consideración de personal de mantenimiento a estos efectos, con independencia de los pactos que como maquinistas tengan asumidos con su empresa como tales, cuando realizan un exceso de jornada ordinaria superior a las cinco horas en domingos, festivos como personal de mantenimiento ese exceso de jornada es hora extraordinaria ⁴⁸.

D) Trabajos subterráneos y en cajones de aire comprimido en la construcción y obras públicas

Respecto a los trabajos subterráneos, cuando en estas actividades concurren idénticas circunstancias a las previstas para el trabajo en el interior de las minas, se aplicarán las reglas especiales de jornada máxima de la minería.

Los trabajos desarrollados en cajones de aire comprimido tienen que respetar la duración máxima que se establece en la Orden ministerial de 20 de enero de 1956, por la que se aprueba el Reglamento de Higiene y Seguridad en los trabajos realizados en cajones con aire comprimido.

⁴⁸ STSJ Asturias 18 julio 2003 (rec. 2496/2002).

E) Trabajo en cámaras frigoríficas y de congelación

La jornada máxima del personal que trabaje en cámaras frigoríficas y de congelación, y sus respectivas pausas durante la misma, queda establecida de la siguiente manera:

– Jornada máxima normal, en cámaras de 0.º hasta -5.º, debiendo concederse un descanso de recuperación de 10 minutos cada 3 horas de trabajo ininterrumpido en el interior de las cámaras.

– Jornada máxima de 6 horas, en las cámaras de -5.º a -18.º, la permanencia máxima en el interior de las mismas será de 6 horas, debiendo concederse un descanso de recuperación de 15 cada hora de trabajo ininterrumpido en el interior de las cámaras.

– Jornada máxima de 6 horas, con temperatura de la cámara de -18.º o más (con una oscilación de +/- 3.º), debiendo concederse un descanso de recuperación de 15 minutos por cada 45 minutos de trabajo ininterrumpido en el interior de las cámaras.

El trabajador que presta servicios en cámaras frigoríficas y que debe efectuar descansos térmicos, al inicio y fin de los mismos, tiene que fichar o cualquier otro medio de constatación⁴⁹.

La diferencia entre la jornada normal y las 6 horas de permanencia máxima en el interior de las cámaras puede completarse con trabajo realizado en el exterior de las mismas.

4. EXCLUSIONES

Las normas sobre jornada contenidas en el ET y RD1561/1995 no son de aplicación a las relaciones especiales de trabajo contempladas en el artículo 2 ET (en las que se estará a lo dispuesto en su normativa específica): personal de alta dirección; servicio del hogar familiar; penados en las instituciones penitenciarias; deportistas profesionales; personas artistas que desarrollan su actividad en las artes escénicas, audiovisuales y musicales, así como las personas que realizan actividades técnicas o auxiliares necesarias para el desarrollo de dicha actividad; personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios sin asumir el riesgo y ventura de aquellas;

⁴⁹ STSJ País Vasco 26 octubre 2021 (rec. 1393/2021).

trabajadores con discapacidad que presten sus servicios en los centros especiales de empleo; menores sometidos a la ejecución de medidas de internamiento para el cumplimiento de su responsabilidad penal; residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud; abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos; y cualquier otro trabajo que sea expresamente declarado como relación laboral de carácter especial por una ley.

Y también queda excluido expresamente de la normativa sobre jornada, el capitán o persona que ejerza el mando de la nave.

5. BIBLIOGRAFÍA

MARTÍN RIVERA, L.: «Tendencias recientes en la ordenación del tiempo de trabajo», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 250/2022 parte Estudios, Editorial Aranzadi, S. A. U., Cizur Menor, 2022.

MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2020.

MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2020.

CAPÍTULO XXX

TIEMPO DE TRABAJO EN ACTIVIDADES AGRARIAS

FRANCISCO JAVIER ARRIETA IDIAKEZ

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Deusto

1. INTRODUCCIÓN

Las particularidades del contrato de trabajo agrario se manifiestan también en lo que se refiere al tiempo de trabajo. Precisamente, dichas particularidades se sustentan en su mayor parte en la regulación sectorial existente, de ahí que sea necesario centrar el estudio en el análisis de los convenios colectivos vigentes sobre la materia¹. Así, a efectos de esta investigación, se han analizado 37 convenios colectivos vigentes a 30 de marzo de 2022, de los cuales 27 son provinciales y 10 autonómicos. De este modo, la dispersión de los convenios colectivos provinciales y, en su caso, autonómicos determina un marco jurídico bastante desigual e inseguro, en el que el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo², constituye la única norma cuya aplicación resulta indubitada³.

¹ Esta misma opinión se mantiene en CAVAS MARTÍNEZ, F. «Capítulo 26. El contrato de trabajo en la agricultura particularidades y sistemas de explotación alternativos», en *El contrato de trabajo. Volumen II. Relaciones laborales especiales y contratos con particularidades* (SEMPERE NAVARRO, A. V. y CARDENAL CARRO, M., Dirs.), Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 1379.

² BOE de 26 de septiembre de 1995, núm. 230.

³ VVAA. *La negociación colectiva en el sector agrario* (ALARCÓN ACARCUEL, M., Dir.), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2007, pp. 214-215. Así se aprecia también en el análisis de los

Con todo, el estudio de los referidos convenios colectivos ha permitido detectar las materias relacionadas con el tiempo de trabajo que preocupan a los interlocutores sociales, así como mostrar las soluciones, a modo de buenas prácticas, que se ofrecen al respecto. En concreto, se abordan las siguientes materias: jornada laboral, trabajo nocturno, trabajo a turnos, horas extraordinarias, registro de jornada, descanso semanal y en días festivos, calendario laboral y vacaciones.

Respecto a la jornada laboral se observa que la distribución anual o semanal de las horas está fuertemente condicionada por las condiciones meteorológicas. En consonancia con ello, existen, además, particularidades en relación con la determinación del comienzo y la finalización de la misma; los descansos durante la misma; su distribución irregular; la posibilidad de regular jornadas especiales que permiten prolongarla o reducirla, limitándola; la existencia de distintos modelos de flexibilización de la jornada, con especialidades para los trabajadores temporales y fijos discontinuos; la posibilidad de otorgar al empresario un crédito adicional de horas para la formación; la posibilidad de que en determinadas épocas o faenas se establezcan jornadas continuadas; la existencia de distintas soluciones para las horas de trabajo perdidas por lluvia y otros accidentes atmosféricos; la posible regulación de horas de presencia o permanencia en la empresa; y el régimen de servicios de guardias.

Para el trabajo nocturno, salvo cuando el salario del trabajador se hubiera establecido atendiendo al carácter nocturno de su actividad laboral, se prevé un suplemento. Además, se regulan una serie de garantías para los trabajadores nocturnos.

También se contemplan ciertas cuestiones relativas a la forma de organizar el trabajo a turnos.

En materia de horas extraordinarias, además de diferenciarse las estructurales y las derivadas de fuerza mayor, se analizan las formas de compensarlas, la apuesta de muchos convenios por reducirlas o suprimirlas para favorecer la creación de empleo y una serie de garantías para los trabajadores que las deban realizar.

En lo que respecta al registro de jornada, aunque son escasos los convenios que desarrollan lo preceptuado en el artículo 34.9 del TRLET, los que sí proceden a llevar a cabo dicho desarrollo permiten observar los sistemas o medios a través de los cuales se puede llevar a cabo, así como el contenido de dicho registro de jornada y sus características.

convenios colectivos que se realiza en la obra colectiva VVAA. *Protección social de los trabajadores del campo en el Estado social autonómico. Aspectos laborales y de Seguridad Social* (MONEREO PÉREZ, J. L., ARIAS DOMÍNGUEZ, Á., GORELLI HERNÁNDEZ, J. y VILA TIerno, F., Dirs.), Laborum, Murcia, 2019, pp. 259-735.

En materia de descanso semanal y en días festivos, las particularidades se centran en la obligación de trabajar, con frecuencia, durante los mismos, debido a las necesidades ineludibles que la actividad agraria conlleva. Debido a ello, se analizan los límites y garantías para los trabajadores ante dicha particularidad, así como el modo de organizar la prestación de servicios de dichos trabajadores. Especial mención merece, igualmente, la regulación respecto a la situación de los trabajadores de las Comunidades Islámicas pertenecientes a la Comisión Islámica de España, en lo que se refiere a la posibilidad de interrumpir su trabajo para el rezo colectivo obligatorio y de no trabajar durante las festividades y conmemoraciones propias de su religión.

Respecto al calendario laboral se analizan, básicamente, el período y la forma para su elaboración, y el contenido del mismo.

Finalmente, respecto a las vacaciones, se observan, principalmente, las diferencias existentes para los trabajadores, dependiendo de que sean fijos o fijos discontinuos y eventuales o de temporada; la elaboración del calendario de vacaciones; y la forma de determinar los períodos de disfrute de las vacaciones.

2. JORNADA LABORAL

La jornada laboral en las labores agrícolas, que oscila, según convenio, alrededor de las 1.715 horas y las 1.826 anuales, se acomoda a las necesidades de las empresas por las peculiaridades que presenta el trabajo en el campo, fuertemente dependiente de las condiciones meteorológicas⁴. También hay

⁴ Vid. artículo 11 CC Ávila-2021; artículo 11 Cc Cuenca-2021; artículo 19 Cc Cataluña-2021; artículo 8 Cc Zamora-2021. En la doctrina científica o de autores se ha señalado que: «La regulación del tiempo de trabajo en la agricultura ha presentado tradicionalmente numerosas peculiaridades derivadas de la necesidad de conciliar las exigencias propias de la unidad productiva agraria con los legítimos intereses de los trabajadores campesinos, en orden a la preservación y mejora de sus condiciones de vida, trabajo y bienestar». Precisamente, entre las necesidades específicas más sensibles de la explotación rústica se mencionan las siguientes: «De un lado, comoquiera que el trabajo se realiza por lo común a cielo descubierto, la duración máxima de la jornada está naturalmente predeterminada por el disfrute de los períodos de luz en las distintas estaciones del año y por la disponibilidad de espacios bonancibles aptos para trabajar. De otro, el grueso de las operaciones de cultivo se concreta en los meses cálidos, mientras que la época invernal conoce una ralentización de actividad bastante notable». Además, «la empresa agraria está abocada estructuralmente a requerir la prestación de trabajo extraordinario en los meses de mayor actividad; a subordinar las modalidades de disfrute del descanso semanal a las características especiales de la organización del trabajo en la empresa; a distribuir, en fin, las fiestas y días de vacación de modo que no coincidan con las fechas en que tienen lugar la mayor parte de las operaciones agrícolas». En definitiva, «la actividad agraria (...) por su fuerte dependencia de las condiciones climáticas y naturales del medio y de los productos sobre los que actúa, así como por las modalidades propias de su desempeño, no resiste bien la imposición de una jornada rígida y predeterminada como la fábrica, la oficina o el taller» (CAVAS MARTÍNEZ, F.: *Las relaciones laborales agrarias*, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, Madrid, 1995, pp. 463 a 465). El mismo autor afirma que: «La posibilidad de que en convenio colectivo se acuerden

convenios que prefieren establecer la jornada laboral en horas semanales, por ejemplo, fijando 39 horas semanales, de forma y manera que se establece una jornada laboral diaria de 6 horas y 30 minutos⁵ o de 8 horas máximo⁶, o en 40 horas semanales de trabajo efectivo⁷. En ocasiones se deja su distribución a tenor lo regulado en convenios de ámbito inferior y pudiéndose establecer pactos específicos en materia de jornada⁸, aunque también hay convenios que se remiten a los usos y costumbres del lugar⁹. En todo caso, debe recordarse que el artículo 5.1 del RD 1561/1995 establece que la distribución y modalidades de cómputo de la jornada de trabajo en las labores agrícolas serán las establecidas en los convenios colectivos o, en su defecto, las determinadas por la costumbre local, salvo en lo que resulte incompatible de estas últimas con las peculiaridades y la organización del trabajo en la explotación.

Como garantía frente al trabajo marginal algún convenio prevé que, cuando la relación laboral tenga una duración de tres o menos días continuados de trabajo efectivo, el horario diario no podrá ser inferior a tres horas de trabajo efectivo¹⁰.

Algún convenio colectivo especifica que la jornada laboral comienza en el lugar de trabajo para las tareas exclusivamente laborales o el tajo, o en el lugar de reunión, si fuese necesario utilizar maquinaria, aparejos o accesorios y se entiende que acaba en el lugar donde haya comenzado¹¹. También, en al algún caso, se especifica que en los supuestos en los que el centro de trabajo no sea fijo

jornadas en cómputo anual, de modo que la cifra de las 40 horas semanales funcione más como módulo de cálculo que como verdadero tope semanal infranqueable, permite una flexibilidad de horarios adaptables a las necesidades particulares de los cultivos, proporciona al empresario una mayor capacidad de maniobra y permite tener en cuenta las condiciones locales e incluso las exigencias de cada explotación» [CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Capítulo 26. El contrato de trabajo en la agricultura particularidades y sistemas de explotación alternativos», en *El contrato de trabajo. Volumen II. Relaciones laborales especiales y contratos con particularidades* (SEMPERE NAVARRO, A. V. y CARDENAL CARRO, M., Dirs.), Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 1398-1399].

⁵ Vid. artículo 29 Cc Córdoba-2021; artículo 14 Cc Cádiz-2019; artículo 7 Huelva-2018; artículo 15 Cc Madrid-2017; artículo 8 Cc Málaga-2019, aunque este último matiza que la distribución de la jornada diaria será de 6 horas y 30 minutos de lunes a sábado y de 7 horas y 48 minutos de lunes a viernes. El artículo 11 Cc Jaén-2018 establece no obstante una serie de jornadas especiales.

⁶ Vid. artículo 4 Cc Granada-2017.

⁷ Vid. artículo 15 Cc Burgos-2017; artículo 13 Cc Cantabria-2016; artículo 7 Cc Segovia-2014; artículo 18 Cc Baleares-2003.

⁸ Vid. artículo 22 Cc Canarias-2018; artículo 14 Cc Valencia-2017.

⁹ Vid. artículo 20 Cc Albacete-2017.

¹⁰ Vid. artículo 14 Cc Cádiz-2019.

¹¹ Vid. artículo 22 Cc Cataluña-2021; artículo 26 Cc Palencia-2021; artículo 22 Cc Canarias-2018; artículo 22 Zaragoza-2018; artículo 4 Cc Granada-2017. En parecidos términos Vid. artículo 32 Cc Córdoba-2021. En este último se matiza, igualmente, que cuando dentro del centro de trabajo se produzca un desplazamiento por encima de 30 minutos, se considerará tiempo efectivo de trabajo el exceso. El artículo 14 Cc Valencia-2017 establece que cuando por la utilización de caballerías o maquinaria se requiera la presencia del trabajador con antelación en otros lugares distintos al tajo para el traslado o empleo de

y precise de transporte para llegar a él, la jornada se iniciará desde el momento en que el trabajador suba al medio de locomoción facilitado por la empresa terminando en el tajo o centro de trabajo¹². Ciertamente, hay que tener en cuenta que, con frecuencia, las labores agrarias exigen, dentro de la jornada diaria, desplazamientos continuos de un punto a otro de la misma explotación o, incluso, de una finca a otra¹³. Sin embargo, al respecto, en relación con el tiempo de desplazamiento, algún convenio especifica que los tiempos empleados en el traslado de los trabajadores al lugar de trabajo será por cuenta del trabajador el de ida y el de vuelta se considerará como tiempo efectivo de trabajo, excepto cuando el tiempo de desplazamiento fuera superior a 20 minutos, en cuyo caso el exceso del mismo será descontado de la jornada laboral¹⁴. También se prevé en algún convenio que cuando el tiempo de desplazamiento al lugar de trabajo fuera superior a 40 minutos el exceso del mismo será descontado de la jornada laboral¹⁵, o que en el supuesto de que el medio de locomoción facilitado por la empresa no pudiera llevar a los trabajadores hasta el mismo puesto de trabajo y este estuviera situado a más de 500 metros del punto de llegada, se considerará tajo donde se apearon los trabajadores a efecto de jornada, a pesar de que en tales supuestos cabe la reducción de la jornada si se supera un número determinado de kilómetros¹⁶. Por su parte, algún convenio dispone que no se computará en la jornada normal de trabajo el tiempo que el trabajador permanezca en el tajo con opción de comida u otros descansos no estipulados, sin perjuicio de que se considere como de trabajo el tiempo invertido desde el tajo al lugar de la comida y regreso, excepto para trabajadores que se desplacen a lugar distinto de los comedores de la empresa¹⁷.

Se prevé en algún convenio un descanso de 15 minutos para bocadillo por cuenta del trabajador que no se considerará tiempo de trabajo efectivo, es decir, que habrá que recuperar tales minutos¹⁸, pero también se reconoce, en algún otro convenio, el período de 20 minutos para el bocadillo como tiempo efectivo de trabajo cuando se realice una jornada igual o superior a 4 horas consecutivas de trabajo¹⁹, o a 5 horas consecutivas de trabajo²⁰, o un mínimo

las mismas se tendrá en cuenta esta circunstancia para la determinación de la jornada, computándose estos excesos como horas extraordinarias.

¹² Vid. artículo 9 Cc Valladolid-2021; artículo 7 Cc Segovia-2014.

¹³ CAVAS MARTÍNEZ, F.: ob. cit. p. 477.

¹⁴ Vid. artículo 17 Cc Guadalajara-2020.

¹⁵ Vid. artículos 20 y 40 Cc Albacete-2017.

¹⁶ Vid. artículo 12 Cc Huelva-2018.

¹⁷ Vid. artículo 16.2 Cc Alicante-2018.

¹⁸ Vid. artículo 29 Cc Córdoba-2021; artículo 16.2 Cc Alicante-2018.

¹⁹ Vid. artículo 17 Cc Almería-2013.

²⁰ Vid. artículo 19 Cc Baleares-2003.

de 6 horas de trabajo continuado²¹, o media hora de descanso retribuido, cuando se trabajen más de 6 horas continuadas²², o 20 minutos de descanso, de los que 15 minutos tendrán la consideración de trabajo efectivo, cuando la jornada sea igual o mayor a 6 horas consecutivas²³. Una fórmula diferente es la que contempla, por ejemplo, 30 minutos ininterrumpidos de período de bocadillo en jornada intensiva, de los cuales 15 minutos son por cuenta del empresario y 15 minutos por cuenta del trabajador²⁴.

Como norma general, la jornada máxima ordinaria puede ser de hasta 9 horas y se permite una distribución irregular de la jornada previo pacto entre el trabajador y sus representantes legales, en su caso, y la empresa, obviamente, siempre dentro de la jornada máxima anual²⁵. En caso de desacuerdo puede remitirse la cuestión a la Comisión Paritaria²⁶. Ahora bien, se recuerda, en algún convenio, que los trabajadores menores de edad, entre 16 y 18 años, no podrán trabajar más de 8 horas diarias, necesitando siempre autorización escrita de su padre, madre o tutor²⁷. No cabe desconocer que existen convenios que

²¹ *Vid.* artículo 13 Cc Navarra-2021; artículo 13 Cc Cantabria-2016.

²² *Vid.* artículo 22 Cc Camarias-2018.

²³ *Vid.* artículo 19 Cc Baleares-2003.

²⁴ *Vid.* artículo 7 Cc Huelva-2018.

²⁵ *Vid.* artículo 11 Cc Ávila-2021; artículo 12 Cc Extremadura-2020; artículo 8 Cc Málaga-2019; artículo 10 CC Soria-2019; artículo 28 Cc La Rioja-2019; artículo 47 Cc Zaragoza-2018; artículo 7 Cc Huelva-2018; artículo 4 Cc Granada-2017. En el artículo 19 Cc Cataluña-2021 se concreta que en ningún caso la distribución irregular superará las 2 horas de más al día en un máximo de 60 días anuales en los períodos de máxima producción a cada empresa. Se prevé también que dicha distribución se regularice cuatrimestralmente, favoreciendo que aquellas horas de más se puedan hacer en días enteros. El artículo 26 Cc Palencia-2021 se refiere a que la jornada podrá ser distribuida de forma irregular y flexible, tal y como establece el RD 1561/1995 y el artículo 34.2 del TRLET. El artículo 4 Cc Murcia Cítricos-2022 establece que, por la discontinuidad y temporalidad del trabajo, la dirección de la empresa podrá hacer uso de 145 horas anuales de distribución irregular de la jornada. Asimismo, señala que sin sobrepasar ese límite las empresas podrán realizar hasta 48 horas ordinarias semanales durante los meses de noviembre a abril de cada año. El artículo 11 Cc Murcia-2022 acuerda una distribución irregular de la jornada de 182,6 horas (un 10%) como máximo de la jornada de trabajo en cómputo anual. El artículo 22 Cc Toledo-2021 establece, de manera general, que la jornada será distribuida en los calendarios laborales compensados, atendiendo a las especiales características del sector, la acumulación de tareas en las distintas épocas del año, así como a la dependencia de la actividad con las horas de luz solar. Y se matiza que los excesos de jornada de cada año, si se produjeran, se disfrutarán en días de descanso, previo acuerdo entre el empresario y el trabajador. El artículo 13 Cc Navarra-2021 establece que el máximo de distribución irregular de la jornada será de un 8%. Se matiza que a los contratos eventuales dicho porcentaje se les aplicará sobre la duración de su contrato. En todo caso, se prevé que las empresas que tengan acuerdos que mejoren dicha regulación estarán a lo establecido en tales acuerdos. Además, se afirma que la distribución irregular podrá afectar a la jornada máxima semanal o mensual pero no a la máxima anual. El artículo 16 Cc Sevilla-2018 aboga por la distribución irregular de la jornada atendiendo a las siguientes condiciones: (a) se podrá ampliar y reducir la jornada diaria de trabajo efectivo, respetando en todo caso la jornada semanal de 39 horas; (b) En los casos de que la ampliación de la jornada diaria suponga una realización de más de 39 horas semanales, estas se considerarán a todos los efectos, horas extraordinarias.

²⁶ *Vid.* artículo 19 Cc Cataluña-2021; artículo 16.2 CC Alicante-2018.

²⁷ *Vid.* artículo 17 Cc Álava-2015.

determinan que entre la finalización de una jornada y el comienzo de la siguiente se establecerá un descanso de 12 horas²⁸.

También hay convenios que concretan que la jornada laboral mínima será de 6 horas²⁹ o de 7 horas de lunes a viernes y de 5 horas los sábados³⁰, o que durante los meses de octubre, noviembre, diciembre, enero, febrero y marzo el trabajo efectivo será en jornada de 5 horas, y durante los meses de abril, mayo, junio, julio, agosto y septiembre el trabajo efectivo será en jornada de 6 horas³¹.

Independientemente de estos topes máximos y mínimos de jornada, también cabe la posibilidad de que, por necesidades de la explotación, el empresario se pueda acoger al RD 1561/1995³², estableciendo así jornadas especiales³³.

Algún convenio establece que en aquellos casos en que las circunstancias determinasen la necesidad de prolongar el trabajo en determinadas fechas o períodos, podrá ampliarse la jornada con la realización de hasta 4 horas diarias y un máximo de 20 semanales, debiendo ser abonadas con un recargo equiva-

²⁸ Vid. artículo 7 Cc Segovia-2014.

²⁹ Vid. artículo 17 Cc Guadalajara-2020.

³⁰ Vid. artículo 17 Cc León-2019.

³¹ Vid. artículo 12 del CC Valencia Cítricos-2019. Además, este convenio especifica que el trabajo comenzará en el tajo a las 10.00 horas, salvo pacto en contrario o causas ajenas a la voluntad de las partes, y terminará a las 17:00 horas, o a las 18:00 horas, según el período de trabajo sea de 5 o 6 horas.

³² Vid. artículo 17 Cc Guadalajara-2020.

³³ Vid. artículo 10 Cc Ciudad Real-2018. El artículo 18 Cc Alicante-2018, recoge, en ese sentido, una regulación muy detallada. Conforme a la misma, se establecen:

A) Inferiores: la jornada se reduce a 6 horas en aquellos trabajos o faenas que hayan de realizarse en fango, es decir, teniendo el trabajador los pies en fango en la cava abierta, entendiéndose por tal la que se halla en terrenos que no están previamente alzados.

B) Superiores: la jornada superior solamente se admite en los trabajos de siembra, recolección, envasado y empaquetado y extinción de plagas del campo, cuando las circunstancias estacionales, la acumulación de tareas o circunstancias de la producción así lo requiera y dentro de los límites y los términos establecidos en el propio precepto.

C) Trabajo de invernaderos: cuando la temperatura interior exceda de 38 grados se concederá un descanso de 10 minutos por cada hora de trabajo no compensable ni en jornada ni económicamente.

Por su parte, el artículo 32 Cc Valencia-2017 regula expresamente el trabajo en invernaderos cubiertos. De entrada, diferencia dos situaciones. En primer lugar, en las empresas de producción de flor cortada y de producción y venta de plantas vivas, los trabajos que se realicen del 15 de junio al 15 de septiembre tendrán una jornada que finalizará antes de las 14 horas. En segundo lugar, para aquellas empresas que no terminen antes de las 14 horas, cuando la temperatura interior exceda de 37.º, durante el tiempo afectado por la mencionada temperatura se concederá un descanso de 10 minutos por cada hora y media de trabajo, el cual será considerado como tiempo de trabajo efectivo, no compensado ni en jornada ni económicamente. Además, para las empresas que se encuentren en esta segunda situación, se establece que el trabajo en invernaderos no excederá de las 12 horas y no comenzará antes de las 16 horas en el período entre el 15 de junio al 15 de septiembre. A tal efecto, las empresas vendrán obligadas a tener termómetro en aquellos invernaderos que estén realizando trabajos, y los descansos estarán controlados por los encargados o capataces.

Por su parte, el artículo 18 Cc Baleares-2003 para los trabajos exclusivos de invernadero fija una jornada de trabajo durante los meses de junio a septiembre, ambos inclusive, de 38 horas de jornada continuada y 40 horas semanales en jornada partida.

lente al 75% del valor de la hora ordinaria³⁴, o que cuando las circunstancias estacionales o de campaña determinen la necesidad de intensificar el trabajo o concentrarlo en determinadas fechas o períodos, la jornada ordinaria se podrá ampliar hasta un máximo de 10 horas semanales de trabajo efectivo, sin que la jornada diaria pueda exceder de 9 horas de trabajo efectivo³⁵.

Cuando se apuesta por flexibilizar o distribuir la jornada, algún convenio opta por regular a detalle dicha posibilidad³⁶, frente a la referencia genérica de compensar las épocas de menor con las de mayor trabajo³⁷.

Así, se aprecian distintos modelos de flexibilización.

Conforme a un primer modelo³⁸, de entrada, se recuerda que dicha flexibilización no afectará a las retribuciones y cotizaciones del trabajador. A continuación, se regulan las distintas posibilidades de flexibilización. Así, en el supuesto de tener que ampliar la jornada diaria, se establece que la misma se tendrá que desarrollar conforme a los siguientes criterios de flexibilidad:

(a) Los empresarios vendrán obligados a informar con 5 días de preaviso a los representantes de los trabajadores de las causas y períodos de aplicación. En ausencia de representantes de los trabajadores se informará a toda la plantilla y a los sindicatos firmantes del convenio de aplicación.

(b) Primera posibilidad de flexibilidad: aumento de 8 horas a 9 horas diarias. Cada hora de flexibilidad de la 8.^a a la 9.^a horas diarias, se podrá compensar en horas de descanso o se podrá abonar en nómina como flexibilidad A. Su cuantía será el valor de la hora ordinaria según convenio. Todas las horas que superasen la 9.^a hora se computarán y abonarán a valor de hora extraordinaria.

(c) Segunda posibilidad de flexibilidad: aumento de 8 horas a 10 horas durante el período comprendido entre el 1 de mayo hasta 31 de agosto, aumento de 8 horas a 10 horas diarias, que se podrán compensar en horas de descanso o se podrán abonar en nómina como flexibilidad B. Su cuantía será el valor de hora ordinaria según convenio. Todas las horas que superasen la 10.^a hora se computarán y abonarán a valor hora extraordinaria.

³⁴ Vid. artículo 10 Cc Soria-2019; artículo 17 Cc Zaragoza-2018. Sin que se prevea incremento salarial. Vid. artículo 15 Cc Burgos-2017.

³⁵ Vid. artículo 7 Cc Huelva, en el que se matiza que dicha distribución se regularizará bimensualmente y, en todo caso, deberá quedar compensada durante la vigencia de la relación laboral, de modo que al final de la misma se cumpla la jornada máxima establecida en el convenio colectivo.

³⁶ Vid. artículo 26 Cc Huesca-2020.

³⁷ Vid. artículo 14 Cc Valencia-2017.

³⁸ Vid. artículo 26 Cc Huesca-2020.

Conforme a un segundo modelo de horario flexible, se establece el siguiente régimen³⁹:

(a) El inicio de la jornada tendrá lugar en función de las circunstancias de producción o del supuesto de pérdida de materia prima y aproximadamente entre las 6 y las 8 de la mañana.

(b) El final de la jornada tendrá lugar en función de las circunstancias de la producción o del supuesto de pérdida de materia prima, nunca finalizando más tarde de las 22 horas.

(c) En cualquier caso la duración de la jornada ordinaria diaria de trabajo no podrá exceder las 12 horas.

(d) El exceso de horas sobre jornada máxima anual (horas extraordinarias) se podrá compensar mediante tiempo de descanso.

(e) En función de las peculiaridades del crecimiento de la producción, la distribución de la jornada diaria será comunicada a los trabajadores con la antelación máxima posible, a través de los medios que se consideren por el empresario oportunos. Dicha distribución deberá respetar en todo caso los períodos mínimos de descanso diario y semanal, que serán los previstos en la ley.

Respecto al horario flexible, algún convenio recoge las particularidades de los trabajadores temporales y de los fijos discontinuos, regulándose que, de producirse jornadas flexibles con ampliación de jornada diaria o semanal, se les acumulará para realizarles la prolongación de su contrato de trabajo por el tiempo del exceso de trabajo, por jornadas completas, abonándose los salarios correspondientes a la misma⁴⁰. Algún convenio establece también para los trabajadores temporales, que hayan sido contratados para actividades que dependan de las circunstancias inciertas y de estacionalidad propias del sector, necesariamente, la jornada discontinua, determinando que se entenderá por discontinuidad de la jornada la detención de la actividad del trabajador por jornadas completas, ante la falta de actividad durante la duración de su contrato⁴¹.

También cabe otorgar al empresario un crédito adicional de horas para la formación. En algún convenio que regula dicha posibilidad se establece que dicho crédito horario, exclusivo para formación, queda a disposición de la empresa con el fin de proceder a la actualización de la formación de los trabajadores en materias propias del sector. Se establece al respecto que los trabajadores deberán acudir obligatoriamente a la formación programada por el

³⁹ Vid. artículo 28 Cc La Rioja-2019.

⁴⁰ Vid. artículo 10 Cc Ciudad Real-2018; artículo 13 Cc Cantabria-2016.

⁴¹ Vid. artículo 16.1 Cc Alicante-2018.

empresario. En caso de que este crédito de formación no se aproveche, se pierde⁴².

En algún convenio se prevé que, de mutuo acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores, se puede establecer la semana de cinco días en las fechas en que el tiempo lo permita y no sean épocas de recolección⁴³.

Cabe el pacto entre el empresario y los representantes de los trabajadores, o a falta de estos, los propios trabajadores, para que en determinadas épocas o faenas, se lleven a cabo jornadas continuadas, con la garantía de que, de ser superiores a 6 horas diarias, se establezca un período de descanso mínimo de 15 minutos continuados⁴⁴, que en algunos convenios se matiza que debe computarse como tiempo efectivo de trabajo⁴⁵. Pero también se reconoce, en general, el derecho a un descanso obligatorio de 15 minutos retribuido, tanto si la jornada es de mañana como de tarde, en jornadas de cinco o más horas consecutivas⁴⁶. Algún convenio prevé que, si la jornada de trabajo diaria es continuada, los trabajadores dispondrán de media hora de descanso para realizar sus comidas, sin que por ello se les descuente dicho tiempo a ningún efecto⁴⁷.

Incluso, en ocasiones, se establece por convenio la jornada continuada durante cierta temporada al año⁴⁸.

Se prevé en algunos convenios colectivos que entre la dirección de la empresa y la representación de los trabajadores en el ámbito de cada explotación se distribuya el horario, procurando que quede libre toda la jornada del sábado, siempre que esto sea factible⁴⁹. En otras ocasiones se establece que la distribución y modalidades de cómputo de la jornada de trabajo serán determinadas por la costumbre local, salvo en lo que resulte incompatible con las peculiaridades y la organización del trabajo en la explotación⁵⁰.

Determinados convenios establecen que en las campañas de recolección y similares se puede trabajar todos los días de la semana. En ese supuesto se dispone que respecto a los descansos entre jornadas o como y cuando se compensará este, el descanso semanal y las fiestas, se estará a lo que establezca el ar-

⁴² Por ejemplo, el artículo 26 Cc Huesca-2020 establece un crédito adicional de 12 horas de formación.

⁴³ *Vid.* artículo 4 Cc Murcia Cítricos-2022.

⁴⁴ *Vid.* artículo 14 Cc Cádiz-2019. En parecidos términos, *Vid.* artículo 16 Cc Sevilla-2018.

⁴⁵ *Vid.* artículo 12 Cc Extremadura-2020; artículo 8 Cc Málaga-2019; artículo 28 Cc La Rioja-2019.

⁴⁶ *Vid.* artículo 11 Cc Murcia-2022.

⁴⁷ *Vid.* artículo 17 Cc Zaragoza-2018.

⁴⁸ Por ejemplo, el artículo 11 Cc Murcia-2022 establece que en el período comprendido entre el 1 de junio y el 31 de agosto la jornada será continuada de 7 horas diarias, como máximo. El artículo 13 Cc Navarra-2021 establece que la jornada diaria durante el 2 de mayo al 30 de septiembre, será de forma continuada, cuando la actividad a desarrollar en la empresa así lo permita.

⁴⁹ *Vid.* artículo 19 Cc Cataluña-2021.

⁵⁰ *Vid.* artículo 26 Cc Palencia-2021.

título 5.2 del RD 1561/1995. En consecuencia, cuando las circunstancias estacionales determinen la necesidad de intensificar el trabajo o concentrarlo en determinadas fechas o períodos, podrá ampliarse la jornada hasta un máximo de veinte horas semanales, sin que la jornada diaria pueda exceder de doce horas de trabajo efectivo⁵¹. En todo caso, los trabajadores deben disfrutar de un mínimo de diez horas consecutivas de descanso entre jornadas, compensándose la diferencia hasta las doce horas establecidas con carácter general en el artículo 34.3 del TRLET por períodos de hasta cuatro semanas⁵². Del mismo modo, puede acumularse por períodos de hasta cuatro semanas el medio día del descanso semanal previsto en el artículo 37.1 del TRLET, o separarse respecto del correspondiente al día completo para su disfrute en otro día de la semana⁵³.

También se tiende a limitar la jornada en determinadas faenas, por ejemplo, cuando se realicen de forma manual⁵⁴. Así, algún convenio establece que en trabajos que exijan un extraordinario esfuerzo físico, la jornada semanal será de 38 horas y aquellos de especial dificultad o penosos, será de 36 horas semanales⁵⁵, o se establece, en sintonía con lo preceptuado por el artículo 24 del RD 1561/1995, que aquellas faenas que exijan para su realización extraordinario esfuerzo físico o en las que concurren circunstancias de especial penosidad derivadas de condiciones anormales de temperatura o humedad, la jornada ordinaria no exceda de 6 horas y 20 minutos diarios y 38 horas semanales de trabajo efectivo⁵⁶. No faltan remisiones a convenios colectivos de ámbito inferior y, subsidiariamente, a los usos y costumbres locales, para determinar la jornada específica en aquellas faenas que exijan para su realización un extraordinario esfuerzo físico o en las que concurren circunstancias de especial peligrosidad⁵⁷.

Las horas de trabajo perdidas por lluvia y otros accidentes atmosféricos son recuperables o no, con particularidades según los convenios.

En ocasiones, a falta de acuerdo entre el empresario y el trabajador, se establece que, en el caso de trabajadores fijos de plantilla, solo se deben recuperar

⁵¹ En ese sentido *Vid.* artículo 26 Cc Palencia-2021; artículo 14 Cc Cádiz-2019; artículo 15 Cc Madrid-2017.

⁵² En ese sentido *Vid.* artículo 26 Cc Palencia-2021.

⁵³ En ese sentido *Vid.* artículo 26 Cc Palencia-2021.

⁵⁴ Por ejemplo, el artículo 14 CC Cádiz-2019 establece que no podrán excederse de 6,20 horas diarias y 38 semanales de trabajo efectivo las siguientes faenas: carga de melones y sandías; recolección de patatas a carga; carga y descarga en almacenes hortofrutícolas; trabajos en interior de invernaderos, entendiéndose cuando se trabaje en invernadero cerrado y techado; carga y descarga de mercancías; aplicación de tratamientos con productos fitosanitarios.

⁵⁵ *Vid.* artículo 17 Cc León-2019; artículo 16 Cc Sevilla-2018, con una lista de faenas que se consideran de trabajo de especial dureza siempre que se hagan de forma manual.

⁵⁶ *Vid.* artículo 17 Cc Almería-2013, donde se precisa que ello mismo resultará de aplicación en los trabajos de invernadero, durante los meses de junio a septiembre.

⁵⁷ *Vid.* artículo 20 Cc Canarias-2018.

al 50% cuando estas se pierdan exclusivamente en faenas, por ejemplo, de tratamiento de plagas o enfermedades y en el plazo de las dos semanas siguientes. En todo caso, el período de tiempo que se agregue a la jornada ordinaria por el concepto indicado no puede exceder de 1 hora diaria⁵⁸. Por su parte, a los trabajadores contratados por contrato de duración determinada, y en algunos casos, a los fijos discontinuos y temporeros, se les abona el 50% del salario, si no habiendo transcurrido dos horas de trabajo hubiera de ser suspendido por inclemencias climatológicas. Pero si la suspensión tiene lugar después de dos horas, percibirán íntegramente el salario. En ninguno de los casos procederá la recuperación del tiempo perdido⁵⁹. Igualmente, en algún convenio, respecto a los trabajadores temporales se distingue entre quienes disfruten de jornada partida y los que tengan jornada continua. En el primero de los casos, si la interrupción se produce una vez iniciada la 1.^a parte de la jornada, se abonará el salario correspondiente a media jornada de trabajo. Si la interrupción se produce una vez iniciada la 2.^a parte de la jornada, se abonará el salario correspondiente a una jornada de trabajo completa. En el caso de jornada continuada, si la interrupción se produce en las 3 primeras horas de trabajo, se abonará el salario correspondiente a media jornada de trabajo. Si se produce a partir de la tercera hora de trabajo se abonará el salario de una jornada de trabajo completa⁶⁰.

⁵⁸ Vid. artículo 12 Cc Ávila-2021. En parecidos términos Vid. artículo 22 Cc Toledo-2021; artículo 24 Cc Palencia-2021; artículo 11 Cc Málaga-2019; artículo 19 Cc Soria-2019; el artículo 18 Cc León-2019; artículo 14 Cc Valencia-2017; artículo 15 Cc Burgos-2017; artículo 30 Cc Huesca-2020, con la particularidad de que en dicho convenio se establece que dentro del trabajo efectivo computable se entenderán comprendidos los tiempos de interrupción producida por meteoros sobrevenidos, entendiéndose que si la interrupción se produce durante la mañana, se entenderá trabajada la jornada hasta el mediodía, y si se ocasiona durante la tarde, se entenderá trabajada la jornada entera. En todo caso se establece que los empresarios procurarán ocupar a los trabajadores en otros trabajos o tareas, siempre que sea posible; artículo 19 Cc Cádiz-2019. Este último convenio establece además las siguientes garantías al respecto: (a) el derecho a las recuperaciones prescribirá para el empresario, transcurridas 4 semanas después de cesar la inclemencia climatológica y sin que dentro de dichas 4 semanas se haya producido una nueva inclemencia climatológica; (b) en ningún caso pueden exigirse las horas de recuperación acumuladas en épocas de mayor trabajo en el campo, salvo que vengan determinadas por una inclemencia ocurrida en tales épocas; (c) las horas de recuperación tendrán un tope máximo anual de 50. En parecidos términos, Vid. artículo 20 Cc Sevilla-2018.

⁵⁹ Vid. artículo 12 Cc Ávila-2021; artículo 10 Cc Cuenca-2021; artículo 29 Cc Córdoba-2021; artículo 24 Cc Palencia-2021; artículo 22 Cc Toledo-2021; artículo 30 Cc Huesca-2020; artículo 17 Cc Guadalajara-2020; artículo 19 Cc Cádiz-2019; artículo 11 Cc Málaga-2019; artículo 19 Cc Soria-2019; artículo 18 Cc León-2019; artículo 20 Cc Sevilla-2018; artículo 21 Cc Canarias-2018; artículo 23 Cc Zaragoza-2018; artículo 15 Cc Burgos-2017; artículo 20 Cc Albacete-2017, en el que se matiza que en estas circunstancias persiste la obligación de cotizar a la Seguridad Social por las contingencias propias de cada trabajador; en el mismo sentido, pero fijando que, si la suspensión se produce transcurridas más de 4 horas del inicio de la faena, los trabajadores percibirán el 100% del salario. El artículo 11 Cc Valencia Cítricos-2019 se refiere en esos términos para todos los trabajadores.

⁶⁰ Vid. artículo 17 Cc Navarra-2021. En parecidos términos, Vid. artículo 12 Cc Jaén-2018; artículo 17 Cc Alicante-2018.

El motivo de la diferenciación entre trabajadores fijos y temporales se justifica expresamente en algún convenio, al señalar que dicha justificación se ampara en causas objetivas, ya que los trabajadores no fijos a los que se hace referencia son aquellos trabajadores contratados únicamente para tareas de recolección, plantación o siembra al aire libre y por ello es imposible su reubicación en otras tareas (no así los fijos de plantilla a los que sí puede dárseles otra ocupación) al producirse las inclemencias del tiempo o fuerza mayor que imposibilita la prestación del trabajo, permaneciendo a la espera de que las condiciones permitan volver a la actividad⁶¹.

Pero también existen regulaciones que contemplan que en caso de suspensión del trabajo, los trabajadores fijos y fijos discontinuos percibirán el 100% del salario, sin que en ningún caso proceda recuperar el tiempo perdido⁶². En algún otro convenio se establece que a los trabajadores se les abonará el 75% del salario si, habiéndose presentado en el lugar de trabajo, hubiese de ser suspendido antes de su iniciación o transcurridas 2 horas de trabajo. Si la suspensión tuviese lugar después de las 2 horas, se prevé que percibirán íntegramente el salario, sin que en ninguno de los 2 casos proceda la recuperación del tiempo perdido⁶³.

Otras veces, se señala que serán recuperadas en su 50% con la ampliación de la jornada legal en días sucesivos, abonándose íntegramente el salario correspondiente a la jornada interrumpida, sin que proceda el pago de las horas trabajadas de recuperación. Se matiza además que el período de recuperación no puede exceder de una hora diaria, dentro de los días y semanas siguientes a la interrupción, salvo acuerdo entre las partes, cumpliendo en todo caso con lo previsto en el artículo 34 del TRLET, con las peculiaridades previstas en el artículo 24 del RD 1561/1995, en virtud del cual: «En aquellas faenas que exijan para su realización extraordinario esfuerzo físico o en las que concurren circunstancias de especial penosidad derivadas de condiciones anormales de temperatura o humedad, la jornada ordinaria no podrá exceder de 6 horas y 20 minutos diarios y 38 horas semanales de trabajo efectivo. En las faenas que

⁶¹ Vid. artículo 17 Cc Navarra-2021.

⁶² Vid. artículo 29 Cc Córdoba-2021; artículo 17 Cc Guadalajara-2020; artículo 12 Cc Jaén-2018; artículo 17 Cc Alicante-2018. Es el caso también del artículo 14 Cc Murcia-2022, si bien matiza que a los trabajadores eventuales y a los fijos discontinuos se les abonará íntegramente el salario si habiendo iniciado el trabajo, hubiera de ser suspendido por lluvias y otros fenómenos atmosféricos, debiendo el trabajador permanecer en la empresa durante la jornada laboral para efectuar cualquier trabajo adecuado dentro de la misma. El artículo 17 Cc Navarra-2021 dispone que los días no trabajados por inclemencias del tiempo y siempre que el trabajador se presente en el lugar de trabajo a la hora normal del comienzo del mismo y permanezca en él a disposición del empresario, percibirá el salario como si hubiese trabajado.

⁶³ Vid. artículo 19 Cc Almería-2013.

hayan de realizarse teniendo el trabajador los pies en agua o fango y en las de cava abierta, entendiéndose por tales las que se realicen en terrenos que no estén previamente alzados, la jornada ordinaria no podrá exceder de 6 horas diarias y 36 semanales de trabajo efectivo»⁶⁴.

Una regulación diferente al respecto es aquella que contempla que si, por causa de fuerza mayor, tuviese que ser suspendida la jornada laboral, los trabajadores recibirán el salario completo, debiéndose quedar en la empresa durante toda la jornada laboral para efectuar los trabajos que se les encarguen⁶⁵. En este caso a los trabajadores temporeros se les abona el salario de las horas trabajadas hasta aquel momento y se compensan las restantes al 20% del de su valor⁶⁶.

Otra regulación diferente es la que prevé que en caso de que las condiciones meteorológicas, o como consecuencia de ellas u otras ajenas a la voluntad de ambas partes, que imposibilitaran la realización de las labores propias de la época, se suspendieran temporalmente, hasta que cesen estas circunstancias, la prestación de servicios se realizará en períodos idóneos de acuerdo con las necesidades cultivables, incrementándose el horario ordinario en un máximo de 2 horas por día, sin que la mismas se puedan considerar horas extraordinarias. Para que tales circunstancias se lleven a efecto, el empresario debe, no obstante, avisar al trabajador como mínimo, al dejar su puesto de trabajo el día anterior. En ningún caso el cómputo anual podrá exceder el máximo de horas fijadas⁶⁷. En parecidos términos, algún convenio establece que las horas perdidas por inclemencias del tiempo serán recuperables en su 50% mediante la ampliación de la jornada legalmente establecida y respetando el descanso de 12 horas entre la finalización de una jornada y el comienzo de la siguiente, sin que proceda el pago de las horas trabajadas para tal recuperación. En tal caso se matiza, además, que la forma y el momento de su recuperación se fijarán

⁶⁴ Vid. artículo 10 Cc Cuenca-2021; artículo 23 Cc Zaragoza-2018. En este sentido, el artículo 26 Cc Córdoba-2021 establece que cualquier trabajador que haya de realizar faenas teniendo los pies en agua, fango o barro, tendrá una jornada de trabajo efectiva de 5 horas y 25 minutos. En parecidos términos, el artículo 14 Cc Cádiz-2019 establece que los trabajos que se realicen teniendo el trabajador los pies en agua o fango y en los de cava abierta, la jornada ordinaria no podrá exceder de 6 horas diarias y 36 semanales de trabajo efectivo. En el mismo sentido, Vid. artículo 16 Cc Sevilla-2018; artículo 18 Cc Alicante-2018; artículo 15 Cc Burgos-2017. Por su parte, el artículo 7 Cc Huelva-2018 establece que en las faenas que hayan de realizarse teniendo los pies en agua o fango y las que se realicen en terrenos que no estén previamente alzados, la jornada será de 36 horas semanales.

⁶⁵ Es la solución que se prevé para los trabajadores que prestan sus servicios de forma discontinua en el artículo 5 Cc Murcia Cítricos-2022. En parecidos términos Vid. artículo 20 Cc Baleares-2003, en el que se matiza que en el supuesto de no existir trabajos alternativos en la empresa en este día, deberá darse por finalizada la jornada cobrando el 50% del salario dejado de percibir.

⁶⁶ Vid. artículo 21 Cc Cataluña-2021.

⁶⁷ Vid. artículo 10 Cc Valladolid-2021; artículo 8 Cc Zamora-2021.

por acuerdo del empresario y los representantes legales de los trabajadores, ajustándose a partir del hecho producido a un período de 2 meses para recuperar las horas perdidas o interrumpidas por inclemencias del tiempo. Si transcurrido dicho período no se hubiera producido la recuperación de las mismas, el trabajador estará exento de recuperarlo con posterioridad⁶⁸.

Conforme a otra regulación posible, debido a las peculiaridades del sector, se fija que en la actividad de agricultura exista un fondo de 60 horas anuales perdidas por razón de inclemencia del tiempo que se recuperarán a razón de un máximo de 10 horas al mes, o 2 al día excluyendo de esta recuperación los meses de diciembre y enero⁶⁹.

También se contempla en algún convenio que, en caso de lluvia, el empresario podrá decidir que se continúe la jornada realizándose trabajos a cubierto⁷⁰.

O simplemente se establece que, si por causas climatológicas se interrumpiera la jornada, se estará a lo que acuerden el empresario y el trabajador⁷¹.

Algún convenio, regula de manera diferenciada a las interrupciones de jornada por incidencias climatológicas, las denominadas horas de presencia o permanencia, que son consideradas como tales aquellas que, incluidas dentro de la jornada laboral, el trabajador deba permanecer en su puesto de trabajo y en las que, por causas ajenas a él, no realice ningún trabajo efectivo. Así, como concreción del artículo 30 TRLET, se establece que las mismas serán retribuidas como las efectivamente trabajadas⁷². En ocasiones cabe la posibilidad de establecer horas de presencia obligatorias, dentro de la jornada laboral máxima posible de 12 horas⁷³.

Para aquellas actividades, como es el caso de las labores de mantenimiento de maquinaria, en las que sea necesario el establecimiento de servicios de guardia que lleguen a cubrir incluso las 24 horas del día, algunos convenios establecen una regulación específica al respecto⁷⁴.

⁶⁸ Vid. artículo 10 Cc Segovia-2014.

⁶⁹ Vid. artículo 10 Cc Soria-2019.

⁷⁰ Vid. artículo 11 Cc Málaga-2019; artículo 15 Cc Madrid-2017.

⁷¹ Vid. artículo 15 Cc Madrid-2017.

⁷² Vid. artículo 20 Cc Almería-2013; artículo 21 del Cc Baleares-2003.

⁷³ El artículo 15 Cc Ávila-2021 matiza que este tope solo se podrá alcanzar en casos extremos de auténtica necesidad y puesto en conocimiento de la representación sindical en el momento que sea posible.

⁷⁴ Es el caso del CC Alicante-2018, que en su artículo 16.3 establece que dichos servicios de guardia podrán ser presenciales o localizables, siendo los primeros los que impliquen presencia en el centro de trabajo y los segundos los que supongan que el trabajador esté localizable y disponible fuera del horario habitual y fuera del centro de trabajo. Los servicios de guardia presenciales se consideran tiempo de trabajo efectivo y forman parte de la jornada laboral del trabajador, siempre que el trabajador se encuentre desempeñando sus funciones en el centro de trabajo. Los servicios de guardia localizable no se considerarán tiempo de trabajo efectivo, sino tiempo de descanso, sin perjuicio de que sí se consideran tiempo de

3. TRABAJO NOCTURNO

En algunos convenios colectivos se prevé que los trabajadores que presen sus servicios entre las 22 y las 6 horas percibirán un suplemento sobre su salario base⁷⁵, salvo cuando el salario del trabajador se hubiera establecido atendiendo al carácter nocturno de su actividad laboral⁷⁶, aunque también en este último caso cabe alguna excepción⁷⁷. Obviamente, si la jornada se realiza, parte en horario nocturno y parte en diurno, el suplemento se abona únicamente en las horas comprendidas dentro del período nocturno⁷⁸.

Los convenios más garantistas regulan dentro de la jornada nocturna el derecho a media hora de descanso retribuido⁷⁹ y establecen que los empresarios procurarán, de acuerdo con la representación legal de los trabajadores, que ninguna persona permanezca más de 2 semanas ininterrumpidas realizando trabajos nocturnos, salvo adscripción voluntaria⁸⁰.

trabajo efectivo las horas que el trabajador realice en caso de recibir un aviso y acudir al centro de trabajo durante la guardia. Por estos servicios de guardia localizable el trabajador percibirá un complemento de disponibilidad. Dichas guardias se realizan, salvo pacto en contrario, por turnos rotativos.

⁷⁵ Por ejemplo, el artículo 23 Cc Cuenca-2021 establece un complemento del 30%. En el mismo sentido, *Vid.* artículo 36 Cc Cataluña-2021. El artículo 16 Cc Cádiz-2019 establece un complemento del 25%. Hacen lo propio el artículo 13 Cc Murcia Cíticos-2022; el artículo 32 Cc Toledo-2021, aunque este último matiza que el mencionado plus o complemento de nocturnidad se recibirá por el número de horas trabajadas sino se superan las 4 horas o por la totalidad de la jornada si se superan las 4 horas. El artículo 24 Cc Navarra-2021 establece también un complemento del 25% sobre el salario base, y hacen lo propio el artículo 50 Cc Huesca-2020; el artículo 33 Cc Extremadura-2020; el artículo 41 Cc Guadalajara-2020; el artículo 17 Cc Málaga-2019; el artículo 34 León-2019; el artículo 32 Cc La Rioja-2019; el artículo 21 Cc Sevilla-2018; el artículo 24 Cc Ciudad Real-2018; el artículo 31 Cc Alicante-2018; el artículo 16 Cc Huelva-2018; el artículo 27 Cc Valencia-2017; el artículo 45 Cc Albacete-2017; el artículo 17 Cc Granada-2017; el artículo 24 Cc Cantabria-2016; el artículo 15 Cc Segovia-2014; el artículo 32 Cc Almería-2013; y el artículo 33 Cc Baleares-2003. El artículo 17 Cc Soria-2019 establece un complemento del 20%. Hace lo propio el artículo 25 Cc Burgos-2017. El artículo 19 Cc Canarias-2018 prevé un incremento, como mínimo, del 30% del salario día para su categoría profesional, o una compensación por períodos proporcionales de descanso. El artículo 25 Cc Zaragoza-2018 fija un complemento del 50% sobre el salario real. El artículo 19 Cc Madrid-2017 fija un complemento del 40% sobre los salarios base del convenio.

⁷⁶ *Vid.* artículo 26 Cc Toledo-2021; artículo 50 Cc Huesca-2020; artículo 17 Cc Soria 2019; artículo 27 Cc Valencia-2017; artículo 25 Cc Burgos-2017; artículo 15 Cc Segovia-2014; artículo 32 Cc Almería-2013; artículo 33 Cc Baleares-2003.

⁷⁷ Por ejemplo, el artículo 33 Cc Extremadura-2020 establece un incremento del 15% para el personal contratado para efectuar el trabajo nocturno.

⁷⁸ *Vid.* artículo 23 Cc Cuenca-2021; artículo 24 Cc Navarra-2021; artículo 50 Huesca-2020; artículo 41 Cc Guadalajara-2020; artículo 16 Cc Cádiz-2019; artículo 21 Cc Sevilla-2018; artículo 24 Cc Ciudad Real-2018; artículo 19 Cc Canarias-2018; artículo 25 Cc Zaragoza-2018; artículo 27 Cc Valencia-2017; artículo 25 Cc Burgos-2017; artículo 45 Cc Albacete-2017; artículo 17 Cc Granada-2017; artículo 24 Cc Cantabria-2016.

⁷⁹ *Vid.* artículo 16 Cc Cádiz-2019.

⁸⁰ *Vid.* artículo 33 CC Extremadura-2020.

En el mismo sentido, por la penosidad que conlleva el trabajo nocturno, se prevé en algún convenio que cuando se realicen trabajos nocturnos con cualquier tipo de maquinaria autopropulsada, y no haya al menos otro trabajador en la finca realizando faenas o no exista posibilidad alguna de comunicación con cualquier trabajador que se encuentre en la finca, el trabajador estará acompañado al menos de otro trabajador que realizará las labores que le encomiende el empresario. Igualmente, se prevé que, cuando se realicen trabajos nocturnos con empleo en la labor de un solo tractor, el tractorista esté asistido de un vigía a efectos de seguridad⁸¹. Es más, algún convenio establece directamente la obligación de que los trabajos nocturnos se desarrollen por más de un trabajador, o bajo la supervisión de un superior, y se determina que, en todo caso, por razones de seguridad de los trabajadores, se procurará que exista contacto entre ellos. Excepcionalmente, se dispone que en aquellas empresas cuyo volumen de trabajadores no supere los 6 trabajadores fijos, se establecerán otras medidas de seguridad, considerándose suficiente a estos efectos que el trabajador que realice los trabajos nocturnos disponga de un teléfono móvil⁸².

En la misma línea, algún convenio colectivo faculta a los trabajadores con 55 años de edad o más para quedar exentos del trabajo nocturno si así lo solicitan⁸³, y algún otro convenio establece que las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia deberán ser cambiadas de la jornada nocturna a la jornada diurna⁸⁴.

4. TRABAJO A TURNOS

Se establece en algún convenio que en aquellas actividades donde sea preciso el trabajo a turnos, estos se efectuarán entre el mayor número posible de trabajadores, pudiéndose acumular los descansos semanales hasta 14 días. Además, se matiza que, cuando el trabajo a turnos comprenda algún festivo y/o domingo estos se abonarán con un suplemento de su retribución⁸⁵.

También se prevé en algún convenio que en las actividades productivas en las que sea necesaria la realización del trabajo a turnos se establecerá, con

⁸¹ Vid. artículo 16 Cc Cádiz-2019. En este sentido, el artículo 25 del Cc Zaragoza-2018 establece que cualquier trabajo nocturno que requiera la utilización de maquinaria u otros útiles que puedan acarrear peligro deberá realizarse por 2 personas, en cualquier caso y de forma alternativa se podrán aplicar procedimientos distintos que permitan mantener siempre el contacto con el trabajador.

⁸² Vid. artículo 51 Cc Huesca-2020.

⁸³ Vid. artículo 24 Cc Navarra-2021.

⁸⁴ Vid. artículo 34 Cc Zaragoza-2018.

⁸⁵ En caso del Cc Toledo-2021 dicho suplemento es del 30%.

suficiente antelación, un calendario en el que se especifiquen los turnos a cubrir por los trabajadores⁸⁶.

Algún convenio especifica que la realización de trabajo a turnos no implica, de ningún modo, que se altere la preferencia en el llamamiento diario para los trabajadores fijos discontinuos más antiguos según su número de orden en el censo⁸⁷.

5. HORAS EXTRAORDINARIAS

Se consideran horas extraordinarias cada hora de trabajo que se realice sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo y todas aquellas que sobrepasen el cómputo anual establecido en el convenio correspondiente. En ocasiones se matiza que tendrán dicha consideración también las que se realicen en días festivos (es decir en domingos y en las catorce fiestas no recuperables establecidas en la legislación). Algún convenio las limita, al señalar que no podrán exceder de 2 al día, 15 al mes y, de conformidad con el artículo 35.2 del TRLET, de 80 al año⁸⁸.

Siguiendo la diferenciación clásica entre horas extraordinarias estructurales y derivadas por fuerza mayor, algún convenio colectivo diferencia los siguientes tipos⁸⁹:

(a) Horas extraordinarias que vengan exigidas por necesidad de reparar siniestros u otros daños extraordinarios y urgentes, así como en caso de riesgo de pérdida de materias primas: realización.

(b) Horas extraordinarias necesarias por pérdidas imprevistas o períodos punta de recolección, ausencias imprevistas, cambios de turno, u otras circunstancias de carácter estructural derivadas de la naturaleza de la actividad de que se trate: mantenimiento, siempre que no puedan ser sustituidas por la utilización de las distintas modalidades de contratación previstas legalmente.

La realización de horas extraordinarias se compensa preferentemente con descanso, en los cuatro primeros meses inmediatamente posteriores a su realización, siempre, a elección del trabajador⁹⁰, o al término del contrato en el caso de

⁸⁶ *Vid.* artículo 19 Cc Canarias-2018.

⁸⁷ *Vid.* artículo 11 Cc Murcia-2022.

⁸⁸ *Vid.* artículo 35 Cc Guadalajara-2020.

⁸⁹ *Vid.* artículo 38 Cc Extremadura-2020. En parecidos términos *Vid.* el artículo 31 Cc La Rioja-2019.

⁹⁰ *Vid.* artículo 22 Cc Navarra-2021.

los trabajadores eventuales⁹¹. Aun así, en ocasiones se introduce la matización de que se excluirá el disfrute en tiempo de descanso en período de máxima actividad en cada empresa⁹². Si no pudieran ser compensadas con descanso, cada hora extraordinaria se retribuye con la cantidad que resulte de aplicar un incremento del 20%⁹³, 25%⁹⁴, 30%⁹⁵, 40%⁹⁶, 50%⁹⁷, 75%⁹⁸, 80%⁹⁹ al salario/hora ordinaria, o incluso del 100%¹⁰⁰ o el 150%¹⁰¹.

Precisamente, con el objetivo de limitar las horas extraordinarias estructurales, y favorecer la creación de empleo, no faltan convenios colectivos que acuerdan reducir al mínimo indispensable tales horas¹⁰², o incluso su suspensión¹⁰³ o su no realización¹⁰⁴ o prohibición¹⁰⁵ o supresión¹⁰⁶, a no ser en casos excepcionales, previo acuerdo entre las partes¹⁰⁷. Pero para cuando resulte imprescindible la realización de horas extras, no faltan convenios que establecen una regulación específica, por ejemplo, disponiendo que el empresario comunicará a los representantes de los trabajadores y delegados sindicales, caso de existir estos, los motivos de tal necesidad, la imposibilidad de realizar nuevas contrataciones, el período durante el cual se realizarán las horas extras, así

⁹¹ Vid. artículo 38 Cc Extremadura-2020.

⁹² Vid. artículo 22 Cc Navarra-2021.

⁹³ El artículo 38 Cc Extremadura-2021 establece un recargo del 20% la primera hora y media y del 100% las siguientes. Además, se señala que la realización en festivos y domingos se abonarán con un 100% sobre el salario de hora normal.

⁹⁴ Vid. artículo 31 Cc La Rioja-2019.

⁹⁵ Vid. artículo 6 Cc Murcia Cítricos-2022.

⁹⁶ Vid. artículo 30 Cc Córdoba-2021.

⁹⁷ Vid. artículo 20 Cc Ávila-2021; artículo 33 Cc Toledo-2021; artículo 19 Cc León-2019; artículo 20 Cc Granada-2017; artículo 17 Cc Burgos-2017; artículo 12 Cc Segovia-2014, aunque en el mismo se matiza que las horas extraordinarias de los festivos se abonarán con el complemento del 100%.

⁹⁸ Vid. artículo 8 Cc Soria-2019; artículo 22 Cc Navarra-2021, si bien es cierto que posibilita, con acuerdo del trabajador, la compensación por el equivalente en tiempo de descanso; artículo 14 Cc Jaén 2018; artículo 38 Cc Albacete-2017; artículo 16 Cc Cantabria-2016. El artículo 35 Cc Guadalajara-2020 establece que el valor de la hora ordinaria sobre el que opera el incremento del 75% se calculará sobre todos los conceptos salariales incluida la antigüedad. El artículo 30 Cc Almería-2013 si bien retribuye con un 75% de incremento el importe del salario-hora individual, el coste de las horas extraordinarias en domingos y festivos las incrementa al 100% sobre el salario/hora.

⁹⁹ Vid. artículo 18 Cc Madrid-2017.

¹⁰⁰ Vid. artículo 10 Cc Cuenca-2021; el artículo 36 Cc Huesca-2020 fija el complemento del 100% solo para los festivos, estableciendo el 75% en los días laborales.

¹⁰¹ Vid. artículo 24 Cc Zaragoza-2018. Además, este convenio eleva al 175% el valor de la hora ordinaria de trabajo cuando sea jornada festiva o domingo. El artículo 31 Cc Baleares-2003 fijar el complemento del 150% para las horas extraordinarias habituales.

¹⁰² Vid. artículo 32 Cc Cataluña-2021; artículo 30 Cc Córdoba-2021; artículo 18 Cc Cádiz-2019; artículo 23 Cc Málaga-2019; artículo 27 Cc Sevilla-2018; artículo 31 Cc Baleares-2003.

¹⁰³ Vid. artículo 38 Cc Extremadura-2020.

¹⁰⁴ Vid. artículo 24 Cc Zaragoza-2018; artículo 38 Albacete-2017.

¹⁰⁵ Vid. artículo 14 Cc Ciudad Real-2018; artículo 16 Cc Cantabria-2016.

¹⁰⁶ Vid. artículo 32 Cc Alicante-2018; artículo 8 Cc Huelva-2018.

¹⁰⁷ Vid. artículo 35 Cc Guadalajara-2020; artículo 14 Cc Jaén-2018.

como el número aproximado de las mismas que se prevean. Se matiza, asimismo, que siempre que sea posible, dicha comunicación se realizará con carácter previo y en cualquier caso se cumplimentará lo antes posible ¹⁰⁸.

En ocasiones, dadas las características del sector, donde no se puede prever la maduración rápida del fruto, la demanda del mercado de un producto básico, la climatología y otros factores ajenos a la voluntad de la empresa, ambas partes consideran que las posibles horas extras que pudieran existir en esta actividad tengan el carácter que la legislación establezca en cada momento ¹⁰⁹.

Como garantías para los trabajadores, algún convenio colectivo recoge una serie de medidas específicas, como las que se especifican a continuación ¹¹⁰:

(a) La dirección de la empresa informará mensualmente al comité de empresa, cuando lo hubiera, a los delegados de personal y delegados sindicales sobre el número de horas extraordinarias realizadas, especificando las causas. Asimismo, y en función de esta información y de los criterios más arriba indicados, el empresario y la representación legal de los trabajadores determinarán el carácter y naturaleza de las horas extraordinarias.

(b) La realización de las horas extraordinarias se registrará día a día y se totalizará semanalmente, entregando copia del resumen semanal al trabajador en el parte correspondiente

(c) Mensualmente se notificará a la Autoridad Laboral, conjuntamente por el empresario y el comité de empresa o delegados de personal, en su caso, las horas extraordinarias realizadas con la calificación correspondiente a efectos de dar cumplimiento a lo establecido en la normativa vigente sobre cotización a la Seguridad Social.

6. REGISTRO DE JORNADA

Dado que el Ministerio de Trabajo y Economía Social no ha establecido disposiciones específicas para el sector agrario en esta materia debe estarse a lo regulado en cada convenio colectivo, más allá de que algún convenio concreto que el capataz señalará la hora exacta de inicio del trabajo efectivo y fin de jornada de trabajo, siendo responsable ante la empresa del incumplimiento del horario y rendimiento de trabajo de los trabajadores afectados ¹¹¹.

¹⁰⁸ Vid. artículo 6 CC Murcia Cítricos-2022.

¹⁰⁹ Vid. artículo 12 Cc Murcia-2022.

¹¹⁰ Vid. artículo 38 Cc Extremadura-2020. En parecidos términos, Vid. artículo 31 Cc La Rioja-2019.

¹¹¹ Vid. artículo 12 Cc Valencia Cítricos-2019.

De este modo, algún convenio colectivo regula esta materia, señalando que de conformidad con lo establecido en el artículo 34.9 del TRLET las empresas implementarán un sistema fiable de control de la jornada efectivamente realizada a través del consenso con la representación legal de los trabajadores, si la hubiera¹¹². Al respecto, se concreta que será válido cualquier sistema o medio, en soporte papel o telemático, apto para cumplir con la legislación vigente. Asimismo, se determina que será válida la posibilidad de efectuar un registro de jornada por medio de una persona (encargado o listero), quien tendrá la obligación de suscribir diariamente el Registro junto con el delegado de personal o miembro del comité de empresa designado al efecto o, por un trabajador elegido al efecto, en el caso de no existir representación legal de los trabajadores. Se anticipa además la idea de que en el supuesto de que el sistema de registro establecido requiriera el acceso a dispositivos digitales o al uso de sistemas de video vigilancia o geolocalización, deben respetarse en todo caso los derechos de los trabajadores a su intimidad de acuerdo con lo regulado en el artículo 20 bis del TRLET que, a su vez, remite a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, sobre protección de datos personales y garantías de los derechos digitales¹¹³. Por último, se recuerda que las empresas deben conservar los registros durante 4 años y estos deben permanecer a disposición tanto de los trabajadores como de sus representantes legales y principalmente de la Inspección de Trabajo.

Algún otro convenio determina que el registro de jornada contendrá la identificación del trabajador, fecha de la prestación del trabajo y la hora y minutos de inicio y final de su jornada, así como espacio para la firma y sello de la finca o explotación¹¹⁴. Conforme a dicho convenio colectivo, el sistema de registro de jornada implantado deberá indicar si el abandono del puesto de trabajo o el retraso en el inicio de la jornada es por causa justificada, para que tras la presentación del oportuno justificante se contabilice el tiempo de inasistencia como efectivamente trabajado a todos los efectos. Se concreta también que el sistema de registro de jornada será preferentemente de tipo electrónico (app móvil, fichero electrónico, etc.), debiendo fichar el trabajador mediante huella dactilar, reconocimiento facial, o cualquier otro medio que garantice indubitadamente la identificación de la persona, previo consentimiento de la misma. Ahora bien, también se prevé que, en los casos en que esa posibilidad de registro electrónico sea inviable, de forma subsidiaria se firmará en soporte papel.

¹¹² Vid. artículo 15 Cc Cádiz-2019.

¹¹³ BOE de 6 de diciembre de 2018, núm. 294.

¹¹⁴ Vid. artículo 27 Cc Huesca-2020. El Anexo III de dicho convenio recoge un modelo orientativo de registro de jornada.

7. DESCANSO SEMANAL Y EN DÍAS FESTIVOS

Algún convenio se refiere expresamente a que los trabajadores tienen derecho a un descanso mínimo semanal, acumulable por períodos de hasta 14 días¹¹⁵. En esa línea algunos convenios especifican que el descanso semanal mínimo será de un día y medio ininterrumpido¹¹⁶ o que todos los trabajadores descansarán todas las semanas habitualmente el sábado y el domingo¹¹⁷, o el domingo¹¹⁸. Para ello, incluso se prevé la jornada continua de lunes a viernes, de manera que el sábado y el domingo queden libres para el trabajador¹¹⁹. Algunos otros convenios señalan que en el descanso mínimo se computarán todos los domingos y festivos del año¹²⁰. Con mayor detalle, en algún convenio se especifica que los trabajadores tendrán derecho a disfrutar al menos de 16 domingos de descanso al año, así como de 5 festivos¹²¹.

En algún caso, a efectos de que los trabajadores puedan disfrutar como tiempo de descanso el sábado por la tarde, de común acuerdo con sus respectivos empresarios, se posibilita convenir la realización de la jornada intensiva, respetándose la jornada establecida para un día normal¹²². Pero también existen convenios que habida cuenta las necesidades del sector obligan a los trabajadores a trabajar los sábados, aunque se limite el número de sábados de trabajo¹²³.

Hay que tener en cuenta que, conforme al artículo 12 de la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España¹²⁴, los miembros de las Comunidades Islámicas pertenecientes a la Comisión Islámica de España que lo de-

¹¹⁵ Vid. artículo 17 Cc Guadalajara-2020.

¹¹⁶ Vid. artículo 11 Cc Ávila-2021. El artículo 7 de CC Segovia-2014 establece un descanso semanal continuado de día y medio, siendo uno de ellos el domingo, y el otro bien la tarde del sábado o la mañana del lunes, aunque también se advierte que, excepcionalmente, se podrá alterar por motivo de la producción.

¹¹⁷ Vid. artículo 16 Cc Madrid-2017. Por ejemplo, el artículo 13 Cc Cantabria-2016 matiza que, si la semana laboral es de 5 días a 8 horas de trabajo efectivo, corresponderán 2 días de descanso semanal; y si es de 6 días semanales de trabajo corresponderá a 1 día y medio de descanso semanal.

¹¹⁸ Vid. artículo 7 Cc Huelva-2018.

¹¹⁹ Vid. artículo 15 Cc Madrid-2017.

¹²⁰ Vid. artículo 17 Cc Guadalajara-2020.

¹²¹ Vid. artículo 12 Cc Soria-2019.

¹²² Vid. artículo 12 Cc Valencia Cítricos-2019.

¹²³ Es el caso del Cc Valencia-2017, que en su artículo 14 limita el número de sábados anuales en que se debe trabajar a 24. Y para cuando no se pueda mantener tales descansos se prevé que el empresario abone por cada uno de los domingos que no se descansen por debajo de 16, la cantidad de 27,44 euros por jornada completa y de 38,41 euros por jornada completa que no se descansen por debajo de 5 festivos. Se concreta, además, que dichos complementos por domingos y festivos se abonarán cuando se conozca que tales domingos y/o festivos no han sido descansados, esto es al final de cada año. En todo caso, se matiza que dicho complemento no supone incremento alguno de jornada.

¹²⁴ BOE de 12 de noviembre de 1992, núm. 272.

seen, podrán solicitar la interrupción de su trabajo los viernes de cada semana, día de rezo colectivo obligatorio y solemne de los musulmanes, desde las 13:30 hasta las 16:30 horas, así como la conclusión de la jornada laboral una hora antes de la puesta del sol, durante el mes de ayuno (Ramadán). En ambos casos, será necesario, no obstante, el previo acuerdo entre las partes. Las horas dejadas de trabajar deberán ser recuperadas sin compensación alguna.

Para las zonas de regadío algunos convenios establecen turnos obligatorios para el trabajo en domingo y prevén que, cuando por circunstancias excepcionales no disfrute el trabajador del descanso semanal compensatorio, además de la retribución dominical, el día trabajado se le abonará con el 50% de recargo¹²⁵. Igualmente, algún convenio establece que habida cuenta de las necesidades ineludibles que esta actividad presenta en determinados casos concretos (recolección, siembra, riego, extinción de plagas del campo, acondicionamiento y preparación de productos perecederos y atención, en el caso de venta de viveros), los trabajadores vendrán obligados a trabajar en domingos y festivos, para garantizar un servicio mínimo¹²⁶. A tales efectos, se establecen una serie de límites y garantías para los trabajadores¹²⁷.

¹²⁵ *Vid.* artículo 17 Cc Cádiz-2019.

¹²⁶ *Vid.* artículo 14 Cc Valencia-2017. En parecidos términos *Vid.* artículo 7 Cc Huelva-2018, que establece que, como consecuencia del proceso productivo continuo que implica trabajar en el campo, durante las campañas de recolección y tratándose de cultivos perecederos, en lo que se refiere a: fresas, frambuesas, arándanos, moras, fruta de hueso, los domingos tendrán carácter laboral desde el 15 de febrero al 1 de junio, pudiendo disfrutar el trabajador del descanso semanal, en cualquiera de los otros días de la semana siempre y cuando no se hubieran trabajado ya las 39 horas semanales.

¹²⁷ Conforme al artículo 14 Cc Valencia-2017, el máximo de domingos y festivos que se podrá trabajar serán 10, salvo para empresas de riegos que dispondrán de hasta 26 domingos y festivos al año, salvo que manifiesten las empresas necesitar de mayor número de días trabajados en que dicho límite máximo se establecerá en 35 domingos y festivos. En tales casos, el empresario queda obligado a preavisar al trabajador con 48 horas de antelación. El resto de trabajadores quedarán a disposición de la empresa, siempre que la misma les notifique con un mínimo de 48 horas la necesidad de sus servicios. En estos casos, el trabajador tendrá opción a computar el día de descanso semanal en cualquier otro día de la semana, o a percibir los salarios de dicha jornada, estableciéndose para ello la siguiente modalidad de pago: los trabajos realizados que ocupen media jornada del domingo se retribuirán con el equivalente a una jornada de trabajo normal. En el caso de que el domingo o festivo se realice jornada completa, la retribución será equivalente a 2 jornadas de trabajo normal. Las horas que excedan de la media jornada o jornada completa de domingos y festivos se retribuirán con el equivalente al doble de una hora normal. Queda bien entendido que el posible exceso de la media jornada del domingo debe abonarse de este modo si no se completa la jornada.

Cualquier otra actividad no considerada como de necesidad imperiosa será de libre aceptación por el trabajador el realizarla en domingos o festivos, y caso de aceptarlo este trabajo deberá de ser retribuido como horas extraordinarias, con recargo del 100% sobre la hora normal.

El artículo 4 Cc Granada-2017 establece que como consecuencia del proceso productivo continuo que implica trabajar en el campo durante las campañas de recolección y por tratarse de cultivos perecederos, los domingos tendrán carácter laboral, pudiendo disfrutar el trabajador del descanso semanal en cualquiera de los otros días de semana.

En algún convenio se regula con detalle la situación que se produce cuando concurra la necesidad de trabajar en sábados y/o domingos ¹²⁸.

Por su parte, los días festivos se consideran no lectivos. Entre los días festivos es típico que se haga una mención expresa a San Isidro Labrador, como día del Patrón, cuya festividad se celebra el 15 de mayo, añadiéndose en el calendario laboral a los otros 14 días festivos ¹²⁹, y en aquellas localidades donde sea fiesta local disfrutándose el descanso el primer día laboral de la semana siguiente ¹³⁰ u otro día laborable ¹³¹.

En algún convenio se establece que los trabajadores no recuperarán los días de fiesta fijados en el calendario oficial ¹³². Pero en el caso de tener que trabajar, por necesidades productivas estacionales ¹³³, se compensarán con otros días de descanso ¹³⁴.

La necesidad de trabajar en festivos y domingos se justifica en algunos convenios habida cuenta las necesidades ineludibles que la actividad

¹²⁸ Es el caso del CC Alicante-2018, que, en su artículo 16.2, establece que el empresario deberá proceder de la siguiente manera: (a) En primer lugar, se cubrirá el trabajo con trabajadores que manifiestan su voluntad de trabajar en sábados y/o domingos a principio de año o campaña para la totalidad de la misma; (b) en segundo lugar, se cubrirá con trabajadores a principio de campaña que manifiesten su voluntad de trabajar determinados sábados y/o domingos concretando los días exactos; (c) en tercer lugar, se cubrirá el trabajo con trabajadores que hasta el lunes de cada semana manifiesten su voluntad de trabajar el sábado y/o domingo de dicha semana. En caso de haber más voluntarios que puestos a cubrir tendrán prioridad los que menos carga de trabajo hayan tenido durante la semana; (d) en cuarto lugar, voluntarios pertenecientes a bolsas de empleo de centro, empresa o grupos de empresa, por ese orden; (e) en quinto lugar, en el caso de que aun así queden puestos por cubrir, el empresario y la representación unitaria solicitarán la colaboración a toda la plantilla, con el fin de garantizar la producción necesaria; (f) en el caso de que, cumplidas las normas anteriores, no se disponga de la plantilla necesaria para cubrir la producción en sábado y/o domingo, se podrá instar al trabajador a prestar servicios en sábado y/o domingo, debiendo ser el llamamiento por antigüedad dentro de cada especialidad de forma rotatoria y equitativa entre toda la plantilla, debiéndose garantizar, por tanto, un reparto similar de número de sábados y domingos en los cuales se les ha instado a trabajar durante todo el año o en su caso la campaña; (g) salvo adscripción voluntaria por parte del trabajador, la prestación de servicios en sábados y/o domingos se regula de la siguiente manera:

– En el caso de que la empresa necesite trabajar el sábado y el domingo de la misma semana, lo cubrirá, preferentemente, un mismo trabajador, el cual, también preferentemente, no trabajará 2 fines de semana consecutivos.

– Se establece un máximo de 15 sábados y 15 domingos de prestación de servicios al año de carácter obligatorio.

– El trabajador podrá denegar hasta un máximo de 5 veces al año el trabajo en un determinado sábado o domingo.

– Los trabajadores podrán realizar permutas entre ellos, siempre y cuando sepan realizar las funciones requeridas para el puesto y comuniquen a la empresa el cambio realizado con la suficiente antelación.

– La jornada en sábados y domingos se realizará desde las 6:00 horas a 14:30 horas.

¹²⁹ Vid. artículo 27 Cc Zamora-2021; artículo 14 Cc Navarra-2021; artículo 7 Cc Segovia-2014.

¹³⁰ Vid. artículo 12 Cc Extremadura-2020.

¹³¹ Vid. artículo 20 Cc Albacete-2017; artículo 20 Cc Burgos-2017.

¹³² Vid. artículo 23 Cc Cádiz-2019.

¹³³ Vid. artículo 17 Cc Guadalajara-2020.

¹³⁴ Vid. artículo 11 Cc Ávila-2021.

del campo presenta en determinados casos concretos (recolección, riego, acondicionamiento y preparación de productos perecederos). Debido a ello, algunos convenios establecen un complemento especial por trabajar en domingos y festivos¹³⁵. También cabe que voluntariamente se pacte poder realizar la recolección en domingos y festivos¹³⁶. Algún convenio posibilita que el descanso dominical se acumule por quincenas, y se matiza que en tal descanso se computarán todos los domingos y festivos del año¹³⁷.

En algunos convenios se establece que los días 24 y 31 de diciembre serán considerados como festivos abonables y no recuperables, toda la jornada independientemente de las demás fiestas oficiales¹³⁸. También se dispone que en el caso de que los días 15 de mayo, 24 de diciembre y 31 de diciembre caigan en día no laboral, estos se sustituirán para disfrutarlos por el día siguiente laboral, no siendo este día recuperable por el trabajador en ninguno de los casos¹³⁹. Tampoco se computan tales días a efectos de vacaciones¹⁴⁰. Ahora bien, también cabe que los 14 días festivos no recuperables del año por acuerdo entre el empresario y los trabajadores tengan el siguiente tratamiento: acumularlos a las vacaciones, disfrutarlos como descanso continuado, cobrarlos como horas extraordinarias, incrementadas en un 75% sobre el valor de la hora ordinaria¹⁴¹.

¹³⁵ Por ejemplo, el artículo 32 Cc Toledo-2021 fija un complemento del 30% del salario base. El artículo 20 Cc Navarra-2021 establece que el trabajador percibirá su compensación de acuerdo a las siguientes condiciones: (a) los trabajos realizados que ocupen media jornada del domingo, se compensarán con el descanso de 1 jornada completa o una retribución de 36 euros, a elección del trabajador si no hay acuerdo; (b) en el caso de que el trabajo ocupe la jornada completa del domingo, se compensarán con el descanso de 2 jornadas completas o una retribución de 73 euros, a elección del trabajador si no hay acuerdo; (c) a los trabajadores temporeros recogedores de frutas y hortalizas (peones recogedores) se les incrementará en un 25% el salario/hora en caso de que el trabajo se realice en domingos o festivos. El artículo 8 Cc Málaga-2019 establece que los trabajos realizados en jornada completa, los domingos y festivos, no compensados con descanso con arreglo a la ley, tendrán un recargo sobre el salario convenio del 50%. En la misma línea, *Vid.* artículo 7 Cc Huelva-2018; artículo 4 del Cc Granada-2017; el artículo 18 Cc Sevilla-2018 establece un recargo del 50% para los trabajos en domingos y festivos, excepto en los trabajos que sean en período de campaña de recolección, en los que el valor del recargo será del 25% sobre el salario normal. El artículo 33 Cc Alicante-2018 fija un recargo del 25% sobre el salario hora.

¹³⁶ Es el caso previsto en el artículo 30 Cc Valencia Cítricos-2019. Se establece que los trabajadores percibirán el salario/hora o salario/kilo (destajo) incrementado en el 30% si no se han realizado 30 horas de trabajo durante la semana laboral, y el salario/hora o salario/kilo incrementado en un 75% cuando se hayan superado las 30 horas de trabajo durante la semana laboral.

¹³⁷ *Vid.* artículo 20 Cc Albacete-2017.

¹³⁸ *Vid.* artículo 10 Cc Cuenca-2021; artículo 16.2 del CC Alicante-2018.

¹³⁹ *Vid.* artículo 10 Cc Cuenca-2021.

¹⁴⁰ *Vid.* artículo 11 Cc Cuenca-2021; artículo 20 Cc Cataluña-2021.

¹⁴¹ *Vid.* artículo 22 Cc León-2019. En parecidos términos *Vid.* artículo 20 Cc Burgos-2017.

Algunos convenios se refieren a las fiestas con motivo del Ramadán ¹⁴². Conforme a los mismos, los trabajadores que, por sus ideas religiosas, celebran «la Fiesta Chica» y «la Fiesta del Cordero», disfrutarán de un día de permiso no retribuido coincidiendo con la fecha en que cada una de ellas tengan lugar. Asimismo, se establece que, durante la época del Ramadán, los trabajadores que profesan esta confesión religiosa, previo acuerdo entre el empresario y los representantes legales o, en su defecto, por acuerdo entre el empresario y los trabajadores del centro de trabajo afectado, podrán fijar su jornada continuada, con una disminución de una hora al comienzo y otra al término de la misma. Ahora bien, se prevé que dicha reducción se recuperará en la forma que, igualmente, se acuerde. A falta de acuerdo, los trabajadores podrán solicitar el arbitraje de la Comisión Paritaria del convenio, cuya decisión, que deberá adoptarse por unanimidad de sus miembros, tendrá carácter vinculante para el empresario y los trabajadores afectados.

Ahora bien, no cabe olvidar que, conforme al artículo 12 de la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España, las festividades y conmemoraciones que se especifican en dicho precepto, que según la Ley Islámica tienen el carácter de religiosas, podrán sustituir, siempre que medie acuerdo entre las partes, a las establecidas con carácter general por el TRLET, en su artículo 37.2, con el mismo carácter de retribuidas y no recuperables a petición de los fieles de las Comunidades Islámicas pertenecientes a la Comisión Islámica de España.

8. CALENDARIO LABORAL

Algún convenio colectivo se refiere al calendario laboral, señalando que se elaborará en cada empresa previa consulta con la representación de los trabajadores o, si no la hubiera, con los propios trabajadores, ajustándose al cómputo anual de horas, y teniendo en cuenta las fiestas oficiales que se establezcan, tanto nacionales como regionales y locales. En algún caso, se establece que, si tampoco fuera posible pactar el calendario con los propios trabajadores, será el empresario quien lo elabore ¹⁴³. Además, se prevé que el calendario esté confeccionado, con carácter general, durante el tercer trimestre del año ante-

¹⁴² Vid. artículo 23 Cc Almería-2013; artículo 24 Cc Baleares-2003.

¹⁴³ Vid. artículo 7 Cc Segovia-2014.

rior¹⁴⁴, aunque también hay algún convenio que establece que, anualmente, se elaborará el calendario durante el mes de diciembre de cada año¹⁴⁵ o durante el primer mes del año¹⁴⁶. En otros convenios colectivos se señala que la empresa facilitará a los trabajadores un calendario laboral a primeros de año que debe estar expuesto en lugar visible o accesible al trabajador¹⁴⁷.

Algún convenio matiza que la modificación de la jornada no reflejada en el calendario laboral de la empresa deberá ser notificada con un preaviso de 6 días, excepto por causas de fuerza mayor¹⁴⁸.

9. VACACIONES

En algunos convenios colectivos los trabajadores fijos, fijos discontinuos e interinos tienen derecho a unas vacaciones de 31 días naturales¹⁴⁹.

¹⁴⁴ *Vid.* artículo 27 CC Palencia-2021. Como muestra de una regulación detallada del calendario laboral puede citarse el artículo 23 Cc Toledo-2021. Conforme al mismo, los empresarios, de acuerdo con los representantes de los trabajadores, establecerán en el mes de diciembre el calendario laboral que registrará durante el año siguiente. Dicho calendario que se publicará en los tabloneros de anuncios se elaborará teniendo en cuenta los siguientes criterios:

- Jornada laboral tipo de 8 horas diarias de lunes a viernes.
- Jornadas especiales máxima de 9 horas y mínimas de 6 horas.
- Períodos de vacaciones.
- Señalización de las fiestas (los días 24 y 31 de diciembre serán considerados festivos). Si cayeran en sábado, domingo o fueran fiestas locales se pasarían al siguiente día laborable.
- El 15 de mayo tendrá la consideración de festivo, sin merma de la jornada anual pactada. Si cayera sábado domingo o fuera fiesta local, se pasaría al lunes siguiente.
- Especificación de los descansos entre jornadas diarias, semanales, jornada partida y bocadillo.
- Especificación de las secciones donde se prevea la realización de turnos y su sistema de rotación.
- Especificación de jornadas especiales donde proceda.
- Especificación de horarios flexibles donde proceda.

Ahora bien, también se matiza que, en aquellas empresas donde se tengan establecidos sistemas específicos de trabajo se mantendrán por mutuo acuerdo entre la empresa y los trabajadores.

En la misma línea, el artículo 15 Cc Extremadura-2020 concreta que el calendario laboral debe contener como mínimo, lo siguiente:

- Horario de trabajo diario.
- Jornada semanal de trabajo.
- Los descansos semanales y entre jornada.
- Los días festivos y otros días inhábiles.

¹⁴⁵ *Vid.* artículo 17 Cc Guadalajara-2020.

¹⁴⁶ *Vid.* artículo 15 Cc Extremadura-2020.

¹⁴⁷ *Vid.* artículo 9 Cc Valladolid-2021.

¹⁴⁸ *Vid.* artículo 10 Cc Ciudad Real-2018.

¹⁴⁹ Aunque también existen convenios que se refieren a todos los trabajadores, como es el caso del Cc Zamora-2021, que en su artículo 9 incluso establece la posibilidad de fraccionar tales vacaciones en períodos mínimos de 15 días. También se aplican 31 días naturales de vacaciones a todos los trabajadores en el artículo 19 Cc Sevilla-2018. El artículo 9 Cc Huelva-2018 establece que el personal fijo disfrutará de unas vacaciones retribuidas de un mes natural completo, no inferior a 30 días.

Incluso algunos garantizan que los días de vacaciones coincidan con un determinado número de días laborables ¹⁵⁰. Por su parte, las vacaciones que les corresponden a los trabajadores eventuales o de temporada van liquidadas en los salarios que les corresponden ¹⁵¹. Aunque se prevé, en algún convenio que los trabajadores fijos discontinuos, temporeros y eventuales disfruten el período de vacaciones que les corresponda al finalizar la zafra o campaña ¹⁵² o en las condiciones que específicamente se establecen en el convenio que resulte de aplicación ¹⁵³. En todo caso, los trabajadores que ingresen o cesen en el transcurso del año disfrutarán de la parte proporcional de las mismas, según el tiempo trabajado, computándose como semana o mes la fracción de estos ¹⁵⁴. Pero también existen convenios colectivos que establecen un período vacacional más reducido ¹⁵⁵. Tampoco faltan los convenios que señalan que los trabajadores fijos discontinuos disfrutarán en proporción a los días trabajados ¹⁵⁶. No obstante, en ocasiones se regula que el exceso sobre la

¹⁵⁰ Por ejemplo, el artículo 31 Cc Córdoba-2021 establece al menos 26 días laborables; el artículo 21 CC León-2019 establece un período de vacaciones de 22 días laborables, si la jornada laboral es de lunes a viernes o de 26 días, si es de lunes a sábado. En el mismo sentido, *Vid.* artículo 10 Cc de Málaga-2019; artículo 18 Cc Burgos-2017; artículo 9 Cc Segovia-2014. El artículo 26 Cc Zaragoza-2018 también establece un período de vacaciones de 22 días laborables, pero matiza que podrán dividirse, de mutuo acuerdo, en 2 períodos, ambos ininterrumpidos. En parecidos términos se pronuncia el artículo 14 Cc Cantabria-2016, con la matización de que su retribución será de una mensualidad de 30 días, o en caso de los que no hayan trabajado todo el año, la parte proporcional. El artículo 11 Cc Ciudad Real-2018 establece un período de vacaciones anual de 25 días laborales, siempre que se considere el sábado como día laborable. Pero también hay referencias genéricas a los 30 días naturales del año, como sucede en el artículo 13 Cc Murcia-2022; artículo 7 Cc Murcia Cítricos-2022; artículo 28 CC Palencia-2021; artículo 11 Cc Valladolid-2021, que, además, posibilita que dichas vacaciones se dividan en dos períodos de 15 días; artículo 22 Cc Cádiz-2019. El artículo 24 Cc Toledo-2021 establece 30 días naturales o 22 días laborables para jornadas de trabajo de lunes a viernes y de 26 días laborales para jornadas de lunes a sábados o la parte proporcional que le corresponda en función de la fecha de alta en la empresa.

¹⁵¹ *Vid.*, artículo 18 Cc Álava-2015.

¹⁵² *Vid.* artículo 25 Cc Canarias-2018.

¹⁵³ *Vid.* artículo 19 Cc Alicante-2018.

¹⁵⁴ *Vid.* artículo 13 Cc Murcia-2022; artículo 13 Cc Ávila-2021; artículo 11 Cc Valladolid-2021; artículo 16 Cc Extremadura-2020; artículo 11 Cc Soria-2019; artículo 25 Cc Canarias-2018; artículo 23 Granada-2017.

¹⁵⁵ Así, conforme al artículo 11 Cc Cuenca-2021, se establece un período de vacaciones de 22 días laborables retribuidos, sin perjuicio de que se señale que en el caso de tener que efectuar la liquidación de las mismas se realizarán a razón de 30 días. Por su parte, el artículo 14 Cc Navarra-2021 establece que los trabajadores que hayan prestado sus servicios durante un año en la empresa tendrán derecho a unas vacaciones anuales de 30 días naturales retribuidos sobre el salario según convenio. En cambio, para el resto de trabajadores se señala que el número de días de vacaciones a disfrutar será proporcional al tiempo de trabajo realizado. En parecidos términos se pronuncia el artículo 16 Cc Valencia-2017. El artículo 31 Cc Huesca-2020 establece que los trabajadores disfrutarán de 30 días naturales de vacaciones al año. Hacen lo propio el artículo 16 Cc Extremadura-2020; el artículo 22 del Cc Guadalajara-2020; el artículo 11 Cc Soria-2019; el artículo 30 Cc La Rioja-2019; el artículo 9 Cc Jaén-2018; el artículo 25 Cc Canarias-2018; el artículo 25 Cc Albacete-2017; el artículo 23 Cc Granada-2017; el artículo 17 Cc Madrid-2017; el artículo 21 Cc Almería-2013; y el artículo 22 Cc Baleares-2003.

¹⁵⁶ *Vid.* artículo 31 Cc Córdoba-2021; artículo 19 del Cc Alicante-2018.

jornada media de referencia se podrá acumular a las vacaciones, por acuerdo entre las partes en jornadas completas, sin que coincida con los trabajos punta de explotación ¹⁵⁷.

Se recuerda, igualmente, en algún convenio, que el disfrute de vacaciones tiene carácter obligatorio, y no podrá ser sustituido por compensación económica de ningún tipo ¹⁵⁸, con la excepción de los trabajadores temporales, que, como se ha indicado, pueden llevar las vacaciones prorrateadas en sus tablas salariales ¹⁵⁹.

El calendario de vacaciones se fija de acuerdo entre el empresario y la representación legal de los trabajadores o, en el caso de que esta no exista, con cada uno de los trabajadores dentro de los cuatro primeros meses de cada año, teniendo en cuenta que cada trabajador debe conocer el inicio de sus vacaciones con una antelación mínima, por ejemplo, de dos meses ¹⁶⁰. En todo caso se prevé que las vacaciones a que se tiene derecho se disfruten en períodos que no coincidan con los de máxima producción ¹⁶¹. Incluso se llega a señalar que a ser posible las vacaciones tengan lugar al término de las recolecciones ¹⁶² o sin coincidir con las recolecciones ¹⁶³. Algún convenio también fija el criterio para dirimir las desavenencias para concretar el período de disfrute de las vacaciones, evitando así la judicialización del conflicto ¹⁶⁴. Incluso algún convenio establece directamente que la

¹⁵⁷ Vid. artículo 10 CC Ciudad Real-2018; artículo 13 Cc Cantabria-2016.

¹⁵⁸ Vid. artículo 17 Cc Madrid-2017.

¹⁵⁹ Vid. artículo 9 Cc Huelva-2018.

¹⁶⁰ Vid. artículo 21 Cc Almería-2013; artículo 22 Cc Baleares-2003.

¹⁶¹ Vid. artículo 13 Cc Ávila-2021, artículo 11 Cc Valladolid-2021; artículo 24 Cc Toledo-2021; artículo 14 Cc Navarra-2021; artículo 16 Cc Extremadura-2020; artículo 22 Cc Guadalajara-2020. En ese sentido, el artículo 11 Cc Cuenca-2021 establece que las vacaciones se disfrutarán en la época que de común acuerdo decidan el empresario y sus trabajadores, siendo preferentemente en los meses de verano, sin coincidir con las recolecciones. El artículo 9 Cc Zamora-2021 establece que se procurará que el período vacacional no coincida con el período de mayor actividad de la empresa (recolección, la sementera). El artículo 11 Cc Soria-2019 establece que se procurará que los períodos de vacaciones coincidan con la menor intensidad y, a ser posible, se señalarán coincidiendo con el término de la recolección, procurando que quedan cubiertas las necesidades mínimas.

¹⁶² Vid. artículo 7 CC Murcia Cítricos-2022.

¹⁶³ Vid. artículo 25 Cc Albacete-2017.

¹⁶⁴ Conforme al artículo 11 Cc Cuenca-2021, en el caso de no llegarse a un acuerdo, el empresario podrá conceder 11 días laborales de vacaciones al trabajador de los 22 días de vacaciones que a este corresponden cuando lo estime oportuno; quedando a elección del trabajador los 11 días laborales restantes, que podrá fraccionar en varios períodos si así lo decide. El artículo 11 Cc Valladolid-2021 establece que, en caso de desacuerdo, los trabajadores tendrán derecho a fijar un período de 15 días para el disfrute de las mismas, en el período comprendido entre los meses de abril a junio, o septiembre a octubre, siempre que queden cubiertas las necesidades de la empresa, quedando facultado el empresario para fijar el otro período de 15 días de vacaciones. El artículo 9 Cc Zamora-2021 establece que en caso de que no haya acuerdo entre las partes se disfrutarán 16 días a elección del trabajador y 15 a elección de la empresa. El artículo 9 Cc Segovia-2014 establece que en caso de desacuerdo y previa comunicación por escrito de ambas partes

mitad de los días de vacaciones podrá ser elegida por el trabajador y la otra mitad por el empresario siempre de forma continuada, por acuerdo del empresario y el trabajador o sus representantes, y respetando los momentos de mayor producción marcados por las campañas agrícolas ¹⁶⁵. O existen convenios que conceden a los trabajadores la facultad de elegir 15 días de vacaciones dentro de un determinado período de tiempo ¹⁶⁶. Pero también existen convenios que se remiten a lo que determine la jurisdicción social ¹⁶⁷. Asimismo, es posible fijar un período mínimo para el disfrute de vacaciones consecutivas ¹⁶⁸, e incluso en algún convenio se fija que el período total de disfrute de las vacaciones deberá tener el carácter continuado y no podrá sufrir fraccionamiento superior a dos semanas, salvo acuerdo de las partes ¹⁶⁹. Algún convenio establece una serie de criterios para cuando falte el acuerdo entre las partes en la fijación del período vacacional ¹⁷⁰.

Para evitar posibles discriminaciones, en ocasiones, las vacaciones anuales son rotatorias en cada servicio o centro de trabajo entre los trabajadores en ellos adscritos ¹⁷¹. En algún convenio se establece que cuando exista un régimen de turnos de vacaciones los trabajadores con responsabilidad familiar tendrán preferencia a que las suyas coincidan con los períodos de vacaciones escolares, turnándose en años sucesivos ¹⁷². Incluso existen fórmulas particulares de concretar las vacaciones, como la que consiste en que en las empresas de más de 2 trabajadores fijos se deba consensuar

en el período que les compete los trabajadores tendrán derecho a fijar un período de 11 ó 13 días laborables para el disfrute de las mismas, quedando el empresario facultado para fijar el otro período de vacaciones.

¹⁶⁵ Vid. artículo 21 Cc León-2019. En la misma línea, Vid. artículo 19 Cc Sevilla-2018; artículo 18 Cc Burgos-2017; artículo 14 Cc Cantabria-2016.

¹⁶⁶ Es el caso del artículo 30 Cc La Rioja-2019, en el que se permite a los trabajadores elegir 15 días de vacaciones entre el 15 de junio y el 31 de agosto.

¹⁶⁷ Vid. artículo 7 Cc Murcia Cítricos-2022; artículo 25 Cc Canarias-2018; artículo 19 Cc Alicante-2018; artículo 21 Cc Almería-2013; artículo 22 Cc Baleares-2003.

¹⁶⁸ Por ejemplo, el artículo 11 Cc Ciudad Real-2018 lo fija en 7 días consecutivos naturales o 5 días hábiles. Por su parte, el artículo 24 Cc Granada-2017 fija que las vacaciones de disfrutarán entre los meses de julio y septiembre, o en los meses acordados por las partes.

¹⁶⁹ Vid. artículo 25 Cc Canarias-2018.

¹⁷⁰ Así, conforme al artículo 21 Cc Almería-2013, tales criterios son los siguientes: (a) el empresario podrá excluir como período vacacional aquel que coincida con la mayor actividad productiva estacional de la empresa, previa consulta con los representantes legales de los trabajadores; (b) por acuerdo entre el empresario y los representantes legales de los trabajadores se podrán fijar los períodos de vacaciones de todo el personal, ya sean en turnos organizados sucesivamente, ya sea con la suspensión total de actividades laborales, sin más excepciones que las tareas de conservación, reparación y similares; (c) cuando exista un régimen de turnos de vacaciones, los trabajadores con responsabilidades familiares tienen preferencia a que las suyas coincidan con los períodos de vacaciones escolares. En parecidos términos Vid. artículo 22 Cc Baleares-2003.

¹⁷¹ Vid. artículo 13 Cc Ávila-2021; artículo 16 Cc Extremadura-2020.

¹⁷² Vid. artículo 25 Cc Canarias-2018.

el formato de vacaciones primero entre los trabajadores para unificar el formato vacacional y una vez consensuado entre los trabajadores, acordarlo con la empresa¹⁷³. En ocasiones, se aboga por que el período total de disfrute de las vacaciones tenga el carácter continuado y no pueda sufrir un fraccionamiento superior a 2 períodos, salvo expreso deseo en sentido contrario del trabajador¹⁷⁴.

En algún convenio se recuerda que en ningún caso se podrán iniciar las vacaciones en día no laborable¹⁷⁵. O se especifica que no se computarán como días de vacaciones los posibles festivos oficiales que coincidieran con el período de disfrute de estas, procediéndose a la ampliación de las mismas o a su acumulación junto a las horas sobrantes de la jornada anual¹⁷⁶.

No faltan convenios colectivos que, de manera genérica, establecen que las vacaciones serán disfrutadas respetando en todo caso los usos y costumbres de cada empresa¹⁷⁷.

Las particularidades de los trabajadores fijos discontinuos en materia de vacaciones también se contemplan en algún convenio¹⁷⁸. De entrada, se establece que estos trabajadores, al igual que los eventuales, llevan prorrateado el importe de las vacaciones en su salario diario. Dado que no puede preverse el número de días que los trabajadores fijos discontinuos van a prestar servicios en el año, se establece que el número de días a que tendrán derecho a disfrutar de vacaciones será proporcional a los días trabajados en el año natural anterior, con la simple regla de tres que a 273 días de trabajo efectivo corresponden 30 días de vacaciones naturales y a menor días, lógicamente la proporción correspondiente. Igualmente, estando establecido el disfrute de las vacaciones de los trabajadores fijos discontinuos, en caso de no existir acuerdo sobre las fechas de su disfrute, el mismo se efectuará en las fechas solicitadas por el trabajador, sin que se pueda superar el 15% de la plantilla en activo en el mismo período de disfrute de las mismas y sólo podrá ser de hasta el 10% de la plantilla en los 3 meses que decida el empresario.

En la misma línea que lo señalado por el TRLET, cuando el período de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones de la empresa coincida en el tiempo con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natu-

¹⁷³ Vid. artículo 24 Cc Toledo-2021.

¹⁷⁴ Vid. artículo 14 Cc Navarra-2021.

¹⁷⁵ Vid. artículo 11 Cc Valladolid-2021; artículo 9 Cc Segovia-2014.

¹⁷⁶ Vid. artículo 32 Cc Huesca-2020.

¹⁷⁷ Vid. artículo 22 Cádiz-2019.

¹⁷⁸ Vid. artículo 7 Cc Murcia Cítricos-2022.

ral o con el período de suspensión del contrato de trabajo previsto en los artículos 48.4 y 48 bis del TRLET, se reconoce el derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal o a la del disfrute del permiso que por aplicación de dichos preceptos le correspondiera, al finalizar el período de suspensión, aunque haya terminado el año natural a que correspondan.

Igualmente, en el supuesto de que el período de vacaciones coincida con una incapacidad temporal por contingencias distintas a las señaladas que imposibilite al trabajador disfrutarlas, total o parcialmente, durante el año natural a que corresponden, se permite al trabajador disfrutarlas una vez finalice su incapacidad y siempre que no hayan transcurrido más de 18 meses a partir del final del año en que se hayan originado ¹⁷⁹.

Algunos convenios colectivos abogan por reconocer, en general, que los trabajadores cuyas vacaciones coincidan con una baja por incapacidad temporal, sin referirse a la causa de la misma, tengan derecho a disfrutarlas en otro período, incluso en el caso en que cuando se reincorporen de la baja haya finalizado el año natural ¹⁸⁰, pero también hay algún convenio que exige que las vacaciones se disfruten dentro del año natural ¹⁸¹.

En algunos convenios se contempla que la retribución económica del período vacacional comprenda todos los conceptos que viniera cobrando el trabajador mensualmente ¹⁸².

Algún convenio prevé la prohibición de realizar cualquier trabajo para otros empresarios durante el período vacacional ¹⁸³.

10. CONVENIOS COLECTIVOS ANALIZADOS

1. Cc Murcia Cítricos-2022: Cc de recolectores de cítricos de la Región de Murcia (BOP de 10 de febrero de 2022, núm. 33).

¹⁷⁹ Vid. artículo 13 Cc Murcia-2022; artículo 13 Cc Ávila-2021; artículo 20 Cc Cataluña-2021; artículo 31 Cc Córdoba-2021; artículo 11 CC Valladolid-2021; artículo 24 Cc Toledo-2021; artículo 31 Cc agrícola Huesca-2020; artículo 22 Cc Guadalajara-2020; artículo 11 Cc Soria-2019; artículo 19 Cc Alicante-2018; artículo 18 Cc Burgos-2017.

¹⁸⁰ Vid. artículo 10 Cc Málaga-2019; artículo 21 Cc León-2019; artículo 26 del Cc Zaragoza-2018. El artículo 14 Cc Cantabria-2016 señala que las nuevas fechas de disfrute se fijarán mediante acuerdo entre el empresario y el trabajador.

¹⁸¹ Vid. artículo 9 Cc Jaén-2018.

¹⁸² Vid. artículo 11 Cc Cuenca-2021. Por ejemplo, el artículo 21 Cc León-2019 establece que se abonarán según el salario del convenio habitual, incluyendo el plus de asistencia y la antigüedad en todos los casos y, para aquellos trabajadores que los perciban habitualmente, el plus de nocturnidad y el plus de toxicidad, penosidad o peligrosidad.

¹⁸³ Vid. artículo 19 Cc Alicante-2018.

2. Cc Murcia-2022: Cc para las empresas cosecheras y productores de frutas, hortalizas, uva de mesa y otros productos agrícolas y sus trabajadores de la Región de Murcia (BOP de 25 de enero de 2022, núm. 19).
3. CC Ávila-2021: Convenio colectivo para la actividad de faenas agrícolas y ganaderas de la provincia de Ávila (BOP de 19 de enero de 2022, núm. 12).
4. Cc Cuenca-2021: Convenio colectivo agropecuario de la provincia de Cuenca para el año 2020-2021 (BOP de 21 de enero de 2022, núm. 9).
5. Cc Cataluña-2021: Convenio colectivo agropecuario de Cataluña (DOGC de 28 de diciembre de 2021, núm. 8572).
6. Cc Córdoba-2021: Convenio colectivo del sector del campo de la provincia de Córdoba (BOP de 27 de octubre de 2021, núm. 204).
7. Cc Palencia-2021: Cc para el sector de trabajos agropecuarios de la provincia de Palencia (BOP de 7 de mayo de 2021, núm. 54).
8. Cc Valladolid-2021: Cc del campo de Valladolid (BOP de 20 de mayo de 2021, núm. 94).
9. Cc Toledo-2021: Cc del campo para la provincia de Toledo (BOP de 17 de noviembre de 2021, núm. 220).
10. Cc Zamora-2021: Cc provincial de trabajo aplicable al sector de actividades agropecuarias de la provincia de Zamora para los años 2021-2022-2023 (BOP de 15 de octubre de 2021, núm. 118).
11. Cc Navarra 2021: Cc del sector agropecuario de Navarra (BON de 4 de mayo de 2021, núm. 102).
12. Cc Huesca-2020: Cc agrícola de la provincia de Huesca (BOP de 21 de octubre de 2020, núm. 202).
13. Cc Extremadura-2020: Cc de trabajo del campo de la Comunidad Autónoma de Extremadura (DOE de 30 de junio de 2020, núm. 125).
14. Guadalajara-2020: Cc agropecuario de la provincia de Guadalajara (BOP de 26 de febrero de 2020, núm. 39).
15. Cc Málaga-2019: Cc de actividades agropecuarias de la provincia de Málaga año 2019-2020 (BOP de 17 de diciembre de 2020, núm. 240).
16. Cc Cádiz-2019: Cc del sector del campo en la provincia de Cádiz (BOP de 28 de septiembre de 2020, núm. 186).
17. CC Soria-2019: Cc provincial para el sector agrícola-ganadero de la provincia de Soria (BOP de 4 de septiembre de 2019, núm. 102).
18. Cc León-2019: Cc para las actividades agropecuarias de la provincia de León para los años 2018-2019-2020-2021 (BOP de 12 de agosto de 2019, núm. 152).

19. Cc La Rioja-2019: Cc de trabajo para la actividad de industria del cultivo de champiñón y otros hongos de la Comunidad Autónoma de La Rioja para los años 2018 a 2020 (BOLR de 22 de julio de 2019, núm. 87).

20. CC Valencia Cítricos-2019: Cc para la recolección de cítricos de la Comunidad Valenciana 2018 a 2022 (DOGV de 26 de junio de 2019, núm. 8578).

21. Cc Jaén-2018: Cc de trabajo del ámbito sectorial para actividades agropecuarias de la provincia de Jaén (BOP de 4 de enero de 2019, núm. 3).

22. Cc Sevilla-2018: Cc del sector de faenas agrícolas, forestales y ganaderas de la provincia de Sevilla (BOP de 17 de noviembre de 2018, núm. 267).

23. Cc Ciudad Real-2018: Cc del sector agrario, para los años 2018-2020, de la provincia de Ciudad Real (BOP de 16 de noviembre de 2018, núm. 220).

24. Cc Canarias-2018: Cc regional del campo de la Comunidad Autónoma Canaria (BOC de 23 de octubre de 2018, núm. 205).

25. Cc Alicante-2018: Cc de actividades agropecuarias de la provincia de Alicante (BOP de 10 de agosto de 2018, núm. 153).

26. Cc Zaragoza-2018: Cc del sector agropecuario provincial de Zaragoza (BOP de 23 de junio de 2018, núm. 142).

27. Cc Huelva-2018: Cc del campo de la provincia de Huelva (BOP de 8 de noviembre de 2018, núm. 215).

28. Cc Burgos-2017: Cc provincial agropecuario de Burgos (BOP de 23 de agosto de 2017 núm. 157).

29. Cc Valencia-2017: Cc de trabajo del sector agropecuario de la provincia de Valencia (BOP de 8 de agosto de 2018, núm. 153).

30. Cc Albacete-2017: Cc del Campo de la provincia de Albacete (BOP de 29 de enero de 2018, núm. 12).

31. Cc Granada-2017: Cc del sector del campo de la provincia de Granada (BOP de 22 de noviembre de 2017, núm. 222).

32. Cc Madrid-2017: Cc del sector del campo para la Comunidad de Madrid (BOCM de 1 de noviembre de 2017, núm. 260).

33. Cc Cantabria-2016: Cc del sector agropecuario de Cantabria, para el período 2016-2020 (BOC de 11 de octubre de 2016, núm. 196).

34. CC Álava-2015: Cc del sector de temporerismo para la actividad agropecuaria de Álava (BOTH A de 21 de octubre de 2015, núm. 123).

35. Cc Segovia-2014: Cc del sector agropecuario para la provincia de Segovia (BOP de 12 de noviembre de 2014, núm. 136).

36. Cc Almería-2013: Cc provincial de trabajo en el Campo de Almería (BOP de 24 de abril de 2013, núm. 77).

37. Cc Baleares-2003: Cc del sector trabajo en campo de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares (BOIB de 15 de febrero de 2002, núm. 21).

11. BIBLIOGRAFÍA

- ALARCÓN CARACUEL, M. (Dir.): *La negociación colectiva en el sector agrario*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2007.
- CAVAS MARTÍNEZ, F.: *Las relaciones laborales agrarias*, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, Madrid, 1995.
- «Capítulo 26. El contrato de trabajo en la agricultura particularidades y sistemas de explotación alternativos», en *El contrato de trabajo. Volumen II. Relaciones laborales especiales y contratos con particularidades* (Sempere Navarro, A. V. y Cardenal Carro, M., Dirs.), Aranzadi, Cizur Menor, 2011.
- MONEREO PÉREZ, J. L., ARIAS DOMÍNGUEZ, Á., GORELLI HERNÁNDEZ, J. y VILA TIERNANO, F. (Dir.): *Protección social de los trabajadores del campo en el Estado social autonómico. Aspectos laborales y de Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2019.

CAPÍTULO XXXI

TIEMPO DE TRABAJO DEL *TRADE* Y OTROS AUTÓNOMOS

FULGENCIO PAGÁN MARTÍN-PORTUGUÉS
Abogado y Graduado Social
Profesor Asociado (Doctor) de la Universidad de Murcia

1. EL TRABAJADOR AUTÓNOMO

El trabajador autónomo se define en el artículo 1 del Estatuto del Trabajo Autónomo, Ley 20/2007¹, como la persona física que realiza su actividad de forma personal, directa, habitual, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, esto es, sin estar sometido a un contrato de trabajo, y por tanto con exclusión directa de la relación laboral.

A partir de esta definición se encuentra la posibilidad, que contempla el mismo precepto mencionado del Estatuto del Trabajo Autónomo, de desarrollar la actividad a tiempo completo o parcial, previsión que a fecha actual se encuentra sin desarrollar, previendo además distintas modalidades de esta prestación personal que se desglosa de forma sucinta:

– El autónomo clásico, ya reseñado, trabajador persona física, que es el autónomo tradicional al frente de un negocio, habitualmente comercio, hostelería –actividades en lista abierta– o titular de un despacho profesional.

¹ BOE 12/07/2007.

– El autónomo colaborador, familiar hasta segundo grado por consanguinidad o afinidad del trabajador titular, con quien convive y trabaja, y que se encuadra también en este régimen especial.

– El autónomo denominado freelance, que es un autónomo cuya actividad consiste en realizar los trabajos de su profesión a terceros que requieren sus servicios, estando esta figura sin regulación específica, y con semejanza a la del trabajador autónomo dependiente y en la que se encuentran en la actualidad un gran número en periodistas, desvinculados de la relación laboral de un grupo editorial, y que ejercen para distintos medios, en ocasiones como tertulianos, acudiendo a los medios puntualmente, o en ocasiones de forma habitual, con una aproximación demasiado cercana a la relación laboral y con las posibles consecuencias de reconocimiento de esta existencia sobre la que ya se ha pronunciado la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en el caso del periodista Carlos Carnicero ².

– Otro encuadramiento como autónomo se produce en los administradores y socios de sociedades laborales, y que recoge el art. 305.2 de la Ley General de Seguridad Social ³, también la de los trabajadores agrarios por cuenta propia titulares de explotación agraria –en algunos supuestos–, los trabajadores de alta dirección según casos, los socios de cooperativas de trabajo asociado o los socios de comunidades de bienes y sociedades civiles.

2. EL CONCEPTO *TRADE*

El establecimiento o la fijación de un horario, o una jornada laboral para un trabajador autónomo puede resultar casi ocioso, pues de todos es sabido que por la naturaleza de su actividad por cuenta propia esta se realiza sin sometimiento horario, es por cuanto procede afirmar que tiene todo el día de plena dedicación pues cuando ésta no es presencial la ocupación es psicológica, pues la desconexión nunca se produce.

Ahondando en el trabajo desarrollado por el autónomo procede diferenciar el arrendamiento de servicios, la actividad del trabajador autónomo económicamente dependiente y las labores de reparto o distribución, si bien en muchas ocasiones resulta difícilmente escindible. El contrato de arrendamiento de servicios, y su deslinde de la relación laboral, ha sido objeto de pronun-

² STS 1404/2014 de 19 febrero (rec. 3205/2012).

³ BOE 31/10/2015.

ciamiento de Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo⁴ que a su vez realiza su propia cita de otras resoluciones, y en donde establece los criterios jurisprudenciales para diferenciar el contrato de trabajo de otros vínculos de naturaleza semejante, insistiendo en la prevalencia de la realidad fáctica sobre el *nomen iuris* que puedan adoptar los contratos, esto es que la calificación no depende del nombre que den las partes sino de las obligaciones a las que se someten en el contrato, prestación que se realiza, y la contraprestación que se percibe.

El deslinde de la relación laboral con el contrato de arrendamiento de servicios se produce a partir de las notas que configuran el contrato de trabajo siendo elementos determinantes la dependencia, el sometimiento a un horario, el trabajo personal, el desempeño por una concreta persona, el sometimiento o no a la organización empresarial, la propiedad de los medios, entre otros. A esta lista, no cerrada cabría añadir la capacidad de tomar decisiones en la fijación de los precios del trabajo, la periodicidad de la remuneración, la posibilidad de sustitución del trabajador, la designación del sustituto, la penalización o no de la ausencia, o la libertad en la realización o no del trabajo, siendo el análisis de todos estos elementos los que permitirán establecer en su caso la existencia de una relación laboral o de un trabajo por cuenta propia, y a partir de aquí surge la figura intermedia y no menos problemática del trabajador autónomo económicamente dependiente, que se ubica entre el autónomo y el asalariado.

El Trade, se regula en la Ley 20/2007, del Estatuto del Trabajo Autónomo, y se considera como trabajador autónomo económicamente dependiente, trade, a quien realiza una actividad económica o profesional a título lucrativo de forma habitual, personal, directa y predominante para un cliente del que percibe al menos el 75% de sus ingresos por rendimientos de trabajo y actividades económicas o profesionales y en el que concurren el resto de las condiciones establecidas para los autónomos ordinarios.

Entre las exigencias legales que se imponen al Trade se encuentra la prohibición de tener a su cargo trabajadores por cuenta ajena, con la salvedad de un único trabajador para los supuestos de riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia de un menor de nueve meses, períodos de descanso por nacimiento, adopción guarda con fines de adopción y acogimiento familiar, por cuidado de menores de siete años a su cargo, por tener una familiar por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive en situación de dependencia debidamente acreditada, o por tener a su cargo un familiar por

⁴ STS 805/2020 de 25 septiembre (rec. 4746/2019).

consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive con una discapacidad igual o superior al 33% debidamente acreditada.

3. PECULIARIDADES DEL *TRADE*

El profesor Pérez del Prado⁵ expone en su estudio sobre el trabajo en las plataformas la necesidad de una regulación omnicompreensiva sobre este trabajo en plataformas que cubriera tanto a las personas trabajadoras por cuenta propia como a las que lo desarrollen por cuenta ajena, si bien yo añadiría, que no solo es necesaria una regulación para las plataformas sino para todo trabajo autónomo Trade, pues urge establecer un nivel de protección y un acercamiento de la práctica diaria real al acuerdo suscrito entre las partes, en ocasiones contrato de adhesión más que de negociación. Sugiere el profesor Pérez del Prado la necesidad de una alternativa para dar plena cobertura a través de una futura directiva a las personas trabajadoras autónomas incluyendo a las de las plataformas.

Al hilo de lo expuesto procede invocar la Directiva 2019/1152⁶ que alerta sobre la vulnerabilidad de los trabajadores que no tengan un tiempo de trabajo garantizado, y realiza un llamamiento a la coherencia, con cita a su vez de la Directiva 2003/88/CE,⁷ sobre inclusión de la información de las pausas, períodos de descanso diario, semanal, duración de vacaciones remuneradas, y todo en el marco de garantizar la protección de la seguridad y salud de los trabajadores; así la misma Directiva de 2019 establece que si no se puede indicar un calendario de trabajo fijo debido a la naturaleza del empleo, se deberá comunicar a los trabajadores cómo se determinará su tiempo de trabajo incluidas las franjas horarias en las que podrían tener que ir a trabajar y el período mínimo de preaviso antes del comienzo de la tarea. Conforme a lo expuesto, no parece descabellada una aplicación de la Directiva 2019/1152 que condujera a una regulación de los descansos y jornadas de los autónomos dependientes, similares a las que el legislador establece en el Estatuto de los Trabajadores, regulando el descanso entre jornadas, el período de descanso ininterrumpido semanal, las pausas de descanso durante la jornada, o la limitación horaria de ésta.

⁵ PÉREZ DEL PARDO, D.: «El debate europeo sobre el trabajo de plataformas. Propuestas para una directiva». *Trabajo y Derecho*, núm. 77 Sección Práctica Jurídica y Despachos Profesionales. Editorial La Ley. Mayo 2021.

⁶ DOUE 11/07/2019.

⁷ DOUE 18/11/2003.

El RD 197/2009,⁸ que desarrolla el Estatuto del Trabajo Autónomo en lo referente al trabajador económicamente dependiente, establece en su artículo 3 que el contrato tendrá la duración que las partes acuerden, pudiendo fijarse una fecha de término o remitir su finalización a la del servicio realizado; de una parte se observa la libertad de las partes a fin de fijar la duración del vínculo, además de poder someterlo a un servicio determinado, estableciendo además que de no fijarse duración o servicio determinado se presumirá la duración del contrato por tiempo indefinido, presunción *iuris tantum* que no impedirá que acreditar el acuerdo sobre un tiempo concreto o vinculado a la ejecución de un servicio.

El contrato Trade, que siempre deberá formalizarse por escrito y que se registrará en la oficina del Servicio Público Sepe, contendrá la identificación de las partes, y los elementos que configuren la condición de económicamente dependiente como el objeto y causa del contrato, con expresión del contenido de la realización de la actividad, la determinación de la contraprestación, el régimen anual de interrupción de la actividad, descanso semanal, festivos, duración máxima de la jornada de actividad, con una previsión específica a la trade víctima de violencia de género.

4. LA JORNADA DEL *TRADE*

El artículo 14 de la LETA establece el derecho a una interrupción anual de 18 días hábiles, interrupción de mínimos que podrá ser mejorado por el contrato entre las partes o por acuerdos de interés profesional. Los acuerdos de interés profesional, contemplados en el artículo 3.2 del Estatuto Autónomo, que se desarrollan en el artículo 13 de la norma, y se definen como los concertados entre asociaciones o sindicatos que representen a los trades y las empresas para establecer las condiciones de modo, tiempo y lugar de ejecución de la actividad, así como otras condiciones generales de contratación y constituyen la regulación específica de los servicios prestados por los trades a las empresas a las que prestan servicios.

Sobre la jornada de la actividad profesional, la norma establece la previsión para que mediante contrato individual o acuerdo interprofesional se determine el régimen de descanso semanal y el correspondiente a los festivos así como la jornada máxima de actividad y su cómputo y distribución; también se establece que la realización de actividad por tiempo superior al pactado será

⁸ BOE 04/03/2009.

voluntario no pudiendo alcanzar el máximo de lo pactado individualmente, o que conste en el acuerdo de interés profesional, marcando un máximo del 30% adicional del tiempo ordinario acordado. La norma resulta amplia y somete al acuerdo de las partes la distribución y ejecución del tiempo y la puesta a disposición, pero como no contiene ningún impedimento o tope.

La correcta regulación de la jornada permite una previsión de adaptación del horario a la conciliación de la vida personal, familiar y profesional del trade, siendo además la garantía para las trabajadoras, que perciban prestación como víctima de violencia de género, del derecho a la adaptación del horario de la actividad para hacer efectiva su protección.

La situación del trabajador por cuenta ajena y del trade, respecto a los derechos de la jornada y tiempo de trabajo, dista de estar al mismo nivel por no existir unos derechos mínimos admisibles respecto al autónomo, y todo pese a la existencia de la directiva sobre la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, Directiva 2000/78/CE⁹, que realiza una referencia expresa a la garantía de igualdad de oportunidades y la participación plena de los ciudadanos en la vida económica, cultural y social así como al desarrollo personal; además de establecer un mandato sobre la equiparación de las condiciones de empleo y trabajo.

Para seguir profundizando en el tiempo de trabajo del trade tendremos que ahondar en las distintas figuras y formas de desarrollo de esta peculiar modalidad pues no solo tenemos que encuadrar dicha figura en labores de reparto o de distribución, sino en otros trabajos autónomos, debiendo recordar que los titulares de establecimientos o locales comerciales e industriales y de oficinas y despachos abiertos al público, así como los profesionales que ejerzan su profesión conjuntamente o con otros en régimen societario, o bajo cualquier otra forma jurídica, no tendrán en ningún caso la condición de trades, aunque existan profesiones, incluso profesionales colegiados, que son contratados bajo esta modalidad.

Sobre la interrupción justificada de la actividad profesional del trade se contemplan las causas de interrupción en el artículo 16 de la Ley y se consideran como causas debidamente justificadas de la interrupción el mutuo acuerdo de las partes; la necesidad de atender responsabilidades familiares, urgentes e imprevisibles; el riesgo grave e inminente para la vida o salud del trabajador autónomo; la incapacidad temporal, el nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción o acogimiento familiar; el riesgo de embarazo y riesgo de lactancia de un menor de nueve meses, la situación de violencia de género de la trabajadora y la fuerza mayor. Y todo y sin perjuicio de otras causas a recoger en los contratos o acuerdos de interés profesional.

⁹ DOUE 02/12/2000.

5. *TRADES*: TRABAJADORES POR CUENTA AJENA

La situación de los trades, y su correcto encuadramiento como tales, ha sido objeto de tratamiento por la doctrina judicial que ha tenido que abordar situaciones, algunas cuando menos inverosímiles, como la que resolvió la Sala de lo Social del TSJ de Canarias en fecha 21/05/2018¹⁰ de una enfermera dada de alta como trade y que finaliza sus servicios al causar baja por quedar embarazada, trabajadora que prestaba servicios dada de alta en el RETA como enfermera de quirófano del establecimiento sanitario que contaba con tres quirófanos y donde se realizaban ocho intervenciones quirúrgicas de promedio. La trade solicita el abono de la prestación de lactancia y la sentencia del juzgado de lo social declara su derecho al abono con condena a la Mutua Balear, con quien tenía cubiertas las contingencias profesionales, declarando la existencia de relación laboral con el establecimiento sanitario, según el relato fáctico de hechos probados.

La trabajadora es contratada para realizar las tareas propias de diplomada de enfermería realizando trabajos de enfermera circulante, anestesista e instrumentista, prestando servicios desde diciembre de 2009 hasta diciembre de 2014 y con contrato en vigor hasta 31/05/2015, si bien el contrato se extinguió en diciembre de 2014 al encontrarse embarazada. La situación de embarazo contenía una serie de riesgos que obviamente afectaba al tiempo de trabajo como riesgos biológicos, consistentes en manipulación de muestras biológicas, así como se veía afectada por la incidencia en los turnos por la separación madre lactante y la incompatibilidad de lactancia. Así las cosas, y barajadas distintas opciones por el centro hospitalario sobre los turnos, traslados, y puestos de trabajo de otros servicios, se concluye que existe una incompatibilidad con la lactancia materna, razonando además que al ser personal autónomo no se dispone de puesto vacante en otros servicios.

El tiempo de trabajo de la enfermera era de turnos de mañana y tarde 8h a 15h y de 15h a 22h de lunes a viernes, sábados de 8h a 15h y localización una semana de cada cuatro de 22h a 8h de lunes a viernes y de 15h del sábado hasta las 8h del lunes. La trade carece de lugar para la sustracción de la leche materna sin tener tampoco dónde conservar la leche una vez extraída, siendo además imposible la sustracción en tiempos de trabajo, existiendo riesgos de agentes químicos como el formol, considerado cancerígeno por la OMS; agentes biológicos, sometimientos a exposición de contraer hepatitis A, hepatitis B o el sida.; agentes físicos, como las radiaciones ionizantes, rayos X; agentes

¹⁰ STSJ Canarias. Las Palmas 544/2018 de 21 mayo (rec. 42/2018).

ergonómicos como fatiga física por las posturas, bipedestación prolongada, o manipulación de cargas; agentes psicosociales derivados del tiempo de trabajo como el trabajo a turnos, y el trabajo nocturno.

Las situaciones de riesgo que sufre la trabajadora no se encuentran acompañadas de las necesarias medidas preventivas, al carecer de sala de lactancia, no tener medios para conservar la leche materna, no existir un análisis de los riesgos por la manipulación manual de cargas o de golpes de pacientes, estar sometida a riesgos psicosociales asociados al puesto de trabajo, a la exposición agentes ionizantes, cancerígenos y biológicos, y a una total ausencia de organización del trabajo en relación con la alteración, reducción o interpretación de lactancia natural.

En el supuesto de análisis se estima por el juzgado de lo social el derecho de lactancia de la trade y se condena a la Mutua Balear, que interpone recurso de suplicación haciendo saber la condición de trabajadora por cuenta ajena de la trade, siendo ésta la piedra angular del recurso de la mutua que expone que si la trabajadora tiene reconocida la condición de trabajadora por cuenta ajena será procedente su alta en el régimen general y por tanto la empresa será la que deberá dar de alta conforme a la doctrina de la Sala Social del TS ¹¹ que establece que la prestación por riesgo de embarazo tendrá naturaleza de prestación derivada de contingencias profesionales, y se abonará en los términos y condiciones previstos para la prestación económica de incapacidad temporal por contingencias profesionales.

Así siendo una prestación profesional de un trabajador por cuenta ajena y la empresa empleadora la responsable del pago de la prestación por la Sala se estima el recurso estableciendo que no se puede imputar a la Mutua el pago de la prestación, sino a la empresa responsable, conforme al esquema de aseguramiento de contingencias profesionales dada la falta de alta de la trabajadora. Observemos que el tiempo de trabajo, el desarrollo de las labores de forma casi inescindible con el personal laboral hace que caiga la figura de trade, se llegue a la del falso autónomo y la calificación de trabajador por cuenta ajena cargando por tanto la empresa con las prestaciones.

6. LAS PLATAFORMAS

El análisis del tiempo de trabajo va ínsito con la disposición de este tiempo a favor del contratante lo que determinará en ocasiones el encuadramiento

¹¹ STS 3065/2014 de 19 de mayo (rec. 522/2013).

como verdadero *trade* o como trabajador por cuenta ajena en la expresión ya conocida de «falso autónomo».

La sentencia del TJUE de 24/12/2017¹² consideró como servicio de transporte el servicio de intermediación que conectaba a través de una aplicación móvil, a cambio de una remuneración, a conductores no profesionales con vehículo propio para realizar un trayecto urbano, la denominada sentencia Uber. Centrado el debate en la denominada economía de plataformas digitales definimos las mismas como el contacto directo de ofertantes y usuarios finales debiendo ubicar a las plataformas como proveedor de servicio o como un mero intermediario.

Procede afirmar que las plataformas no forman parte de la economía colaborativa encuadrada entre actividades sin ánimo de lucro, pues además no comparten beneficios ni la propiedad, ni tampoco toda plataforma digital responde a un sistema de persona a persona pues no siempre su labor es única de contacto –prestación– pago por usuario.

Las plataformas de trabajo podrán ser genéricas o de servicios específicos, las de trabajo se desarrollan *on line*, tal y como hace Amazon, sin una localización geográfica específica, en cambio las de servicios específicos se centran en un mercado local, de servicios en mercados más tradicionales, la diferencia como apunta la profesora Sánchez-Urán¹³, es sustancial según desarrolle su labor la plataforma siendo esencial establecer la existencia de tres agentes cuales son prestadores de servicios, usuarios e intermediarios y la plataforma que los conecta y facilita las transacciones.

A partir de aquí analizamos el caso Uber, esta empresa que ofrece el servicio de movilidad como un viaje a la carta cuyas condiciones de servicio publicita a través de su web, produciendo un verdadero cambio en la regulación de los servicios de transporte. A partir de esta plataforma se abre un nuevo mundo en el transporte privado de pasajeros a través de los nuevos licenciarios VTC, servicio de transporte de viajeros, y la entrada en una nueva dinámica de competencia.

Desde el punto de vista laboral cabe preguntarse si los prestadores de servicio de Uber actúan como verdaderos autónomos o si son trabajadores, pues la exclusión como trabajadores no se puede asimilar a la de transportistas de mercancías o bienes materiales, y entonces cabe plantearse si actúan como autónomos, como falsos autónomos, o como autónomos dependientes, o si

¹² STJUE 20 diciembre 2017 (C-434/2015).

¹³ SANCHEZ-URAN AZAÑA, Y.: «Economía de plataformas digitales y servicios compuestos. El impacto en el Derecho, en especial en el Derecho del Trabajo». *La Ley Europea*, núm. 57. Wolters Kluwer, Marzo 2018.

cualquier mención de autónomo es sólo un fraude y se asiste a una relación laboral encubierta donde concurren todos los requisitos de una relación laboral, desde el registro horario hasta los tiempos de descanso pasando por lo no menos importante, tiempo de puesta a disposición, de esperas, de guardias y control de localización.

El control de la actividad del prestador de servicios de Uber se realiza y controla desde la plataforma, el TJUE concluye que el proveedor del servicio de intermediación crea una oferta de servicios que hace accesible a través de las herramientas informáticas que sirven para que las personas que quieran realizar un desplazamiento puedan acceder a la misma y a partir de ahí se genera el servicio, es por tanto que Uber funciona como intermediador entre conductores y clientes, la empresa proporciona la aplicación con la que los conductores pueden prestar el servicio de transporte, las personas que quieren el servicio acceden y contactan con los conductores, y a partir de aquí es donde cabe afirmar que la plataforma es la que se convierte en empleador al manejar la herramienta que hace que entre en contacto el conductor y el cliente final.

La propia plataforma controla y maneja las condiciones de las prestaciones efectuadas por los conductores, debiendo ponerse de relieve otras notas sobre la forma de funcionar del conductor con Uber, así el usuario, es decir, el cliente, accede a través de su aplicación móvil, gratuita, y vía GPS conoce quién es el más cercano con el que puede contactar pues la plataforma no tiene flota, sino un grupo de conductores colaboradores que prestan el servicio, y que están activos en la plataforma para ser llamados, así la plataforma lo que hace es reclutar conductores que somete a un cumplimiento de requisitos para que puedan ser incorporados a su organización.

Para la incorporación de los conductores a Uber éstos previamente pasarán el filtro de acreditar un mínimo de antigüedad en su carnet de conducir, tener además conocimiento geográfico del lugar donde van a prestar servicios, vigencia en el carnet de conducir, el coche con seguro vigor y en perfecto estado.

Los conductores quedaban a disposición de la plataforma que es quien fija el precio de los servicios, y lleva un seguimiento de las evaluaciones y calificaciones que se realizan por el usuario al conductor, y en caso de evaluaciones negativas, pueden incluso prohibirle trabajar para ellos; por otra parte, el conductor puede elegir cuándo trabajar o no, o incluso rechazar encargos, si bien la plataforma investigará dichos rechazos para conocer la causa de los mismos pudiendo incluso desactivar al conductor. La plataforma pese a fijar el precio de los servicios no asume gastos del vehículo así corren a cargo del

conductor todos los costes de mantenimiento además de la gasolina, impuestos, seguros, si bien éstos últimos también son ofrecidos por la plataforma para poder ser contratados con ésta. Se establece además que el conductor puede contar con una pluralidad de empleadores, es decir, que podría prestar servicios para varias plataformas.

El elemento determinante no deja de ser la tecnología y la plataforma, si bien esto no hace que se pueda considerar irrelevante la aportación del trabajador, pues aunque lo fuera, los medios que aporta no serían suficientes para romper el nexo con el empleador que no deja de ser Uber. A partir de aquí cabría preguntarse si la figura del trade podría encajar en este modelo de negocio, sin que parezca que sea fácil dar una respuesta, de una parte cabe preguntarse quién es el cliente la plataforma o cada persona a la que se le presta el servicio, el que paga es el cliente, pero el que retribuye al conductor, es la plataforma, así entendido el trade como un sujeto híbrido entre el autónomo tradicional y el trabajador por cuenta ajena, se aleja del autónomo tradicional por la vinculación principal a un empleador, si bien si tomamos como empleador a la plataforma sí podría entrar en el supuesto trade, ¿podría serlo un repartidor de butano?, este cobra de los clientes pero realmente quien le paga es su empleador, algo parecido ocurriría entre el empleador plataforma y los clientes usuarios, de otra parte, el legislador quiso tener fuera del ordenamiento laboral a los trades que en cambio sí disfrutan de la jurisdicción laboral para resolver sus conflictos y no de los juzgados civiles o mercantiles, tal y como establece el artículo 17 de la LETA y el artículo 2.d de la LRJS¹⁴.

La cuestión más discutida, en lo que respecta a la vinculación y tiempo de trabajo, radica en la libertad del trabajador para fijar su horario, su jornada, la dedicación y el cuadrante de disponibilidad para un mejor reparto del trabajo y un cómputo del tiempo a disposición, que además permita someter su prestación a distintas plataformas como atinadamente sugiere el profesor Todolí Signe¹⁵.

En cuanto al tiempo de trabajo los márgenes de distribución irregular, jornadas y modificación son infinitos si bien sería muy aconsejable dar cobertura y seguridad a los empleados de las plataformas a fin de poder atender sus necesidades personales, así como otros compromisos profesionales, por tanto sería muy conveniente establecer la duración máxima de la jornada diaria, semanal y de descansos, establecimiento horario tal y como habilita la Directi-

¹⁴ BOE 11/10/2011.

¹⁵ TODOLÍ SIGNE, A.: «El trabajador en la Uber economy: ni independiente ni autónomo sino todo lo contrario». *Trabajo y Derecho*, núm. 25. Sección Estudios. Wolters Kluwer. Enero 2017.

va 2003/88¹⁶ y sin que se pueda llegar a la exigencia de un plus de mayor tiempo, por la disminución de servicios o solicitudes, que a la postre supone siempre un mayor número de horas empleadas por cuanto la falta de cobro mínimo garantizado hace que el tiempo de trabajo efectivo y de espera o disposición no guarde una proporción entre el tiempo total de dedicación y el cobro obtenido únicamente del trabajo realizado.

La solución para un control y una correcta regulación pasaría por la firma de un Acuerdo de Interés Profesional que entre la representación de los trabajadores y la/s plataforma/s se pudiera firmar pues la propia LETA realiza una remisión a estos Acuerdos en concreto a lo referido a la jornada máxima anual, y a la distribución semanal, tal y como prevé el artículo 14 de la norma que además de fijar la interrupción de la actividad anual en 18 días hábiles, que no dice que sean continuados, establece la previsión via contrato individual o AIP para fijar el régimen de descanso, jornada máxima, compensación de tiempos, realización de trabajo extra, fijación de horario, y otros derechos indispensables como de conciliación de vida familiar o de protección especial a la trabajadora víctima de violencia de género. El tiempo de trabajo además deberá ir conectado, o deberá conectarse con el trabajo nocturno, en sábados, domingos, festivos, en el tiempo de descarga, en los servicios fuera de ruta convencional o extraordinario, tiempo que deberá repercutirse en el precio estableciendo unos pluses y unas cuantificaciones pactadas contractualmente o en el AIP.

7. TIEMPO DE TRABAJO Y DE DESCANSO

Se puede afirmar que todos los actores de la prestación de servicio en su modalidad autónomo, trade o la que fuera requieren una regulación y delimitación de su tiempo de trabajo, así el sector de carreteras, en su Directiva 2002/15/CE,¹⁷ establece las normas mínimas para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores que realizan actividades móviles de transporte por carretera, y adopta las disposiciones sobre los tiempos de conducción, así como los límites de este tiempo, en línea con lo ya previsto para los trabajadores por cuenta ajena por el RD 1567/1995 sobre jornadas especiales de trabajo, que contempla para los sectores del transporte la diferencia entre tiempo de trabajo efectivo y el de presencia, definiendo el tiempo de trabajo efectivo como el destinado a disposición del empresario y que en el ejercicio de la actividad realiza las funciones

¹⁶ DOUE 18/11/2003.

¹⁷ DOCE 12/03/2002.

propias de conducción o trabajos auxiliares con respecto al transporte realizado, y tiempo de presencia el de puesta a disposición del empresario sin realizar trabajo efectivo por espera, expectativas, guardias, averías. De igual forma los AIP podrán regular, y deben regular el tiempo de trabajo para los trade así como fijar las disposiciones específicas para el descanso entre jornadas, la compensación de descanso, el descanso semanal, la acumulación de descansos, el tope de horas de cada conductor en total, es decir incluyendo todos los empresarios empleadores, en cada interrupción de la jornada, y en los límites totales de tiempo.

La referencia al tiempo de actividad en el trade la tenemos en el ya mencionado artículo 14 que destaca la interrupción de la actividad anual y la remisión al contrato individual o AIP para fijar el descanso semanal, el de los días festivos, así como para fijar la jornada máxima de actividad y su distribución. El tiempo de trabajo es uno de los elementos fundamentales en la relación del trade, y además entronca directamente con la relación entre el prestador de servicios y la plataforma, y es donde suelen confluír los mayores incumplimientos pues no existe un respeto por los días de descanso, ni por las interrupciones de la jornada, por no decir por las vacaciones, casi siempre inexistentes, desconociéndose además que exista un control sobre el respeto a las condiciones pactadas, a los derechos, y a la ejecución de los trabajos pactados, los descansos tras la finalización de los cometidos y la realización incluso de otros diferentes.

8. LOS REPARTIDORES

En el caso de Glovo, del que detenidamente se hablará más adelante, se parte de una situación de un simple autónomo que insta a la empresa su transformación como trade, sin oposición por ésta; teniendo Glovo la naturaleza de start up tecnológica, con funciones de intermediación en el transporte, parece que en un principio el vínculo del autónomo, ahora trade, se alejaría de la consideración de relación laboral al quedar excluido de las notas de dependencia y la ajenidad.

La naturaleza de la prestación de servicios de reparto permitía la existencia de una libertad de elección de franja horaria, con fijación de la hora de inicio y de finalización, sin obligación de justificar las ausencias; con libertad para aceptar pedidos y sin penalización por su rechazo incluso una vez aceptados; por la libertad de elección de ruta para realizar el reparto; por la realización de trabajo de forma personal, sin ninguna persona a su cargo; por la utilización de medios propios materiales como vehículo y teléfono; por la asunción de responsabilidad del buen fin del servicio al cobrarse solo al finalizar la ruta con asunción de daños o pérdidas; y por los elementos formales como afilia-

ción y alta en el régimen especial de trabajadores autónomos, por inexistencia de exclusividad, por pago por kilometraje, y no por unidad de tiempo, justificándose el GPS como medio para acreditar los desplazamientos y no como control sobre los mismos.

Procede alertar que la función fundamental de estos trabajadores de reparto, v. gr. Glovo, es la de personas con un trabajo inestable, escasez de ingresos, condiciones laborales deplorables, inseguridad económica, y sumisión a un mayor tiempo de disponibilidad para obtener una digna retribución, con la lógica incidencia en la salud laboral y por supuesto con una imposibilidad de ejercicio de una digna conciliación familiar, lo que ha llevado a denuncias e incluso a actuaciones de oficio, como la demanda de la TGSS sobre Deliveroo que se resolvió por el TSJ de Aragón¹⁸ por el reconocimiento de relación laboral y que comentamos seguidamente.

La sentencia de instancia estimó la demanda de la TGSS reconociendo la relación laboral de los trabajadores afectados con la empresa, nombre comercial Deliveroo, cuyo objeto social, hechos probados, comprende el comercio a por menor, al mayor, importación, exportación, almacenamiento, y distribución de productos alimenticios y bebidas en general con o sin establecimiento permanente, incluyendo el reparto de la comida a domicilio, así como todas las actividades necesarias para llevar a cabo dichos servicios.

La empresa promociona productos de los restaurantes que contraten sus servicios, y facilita el proceso de pedido entre el cliente y el restaurante actuando como agente y concluyendo la venta en su nombre, es por tanto que a través de sus conductores recoge los pedidos en el domicilio del restaurante para la entrega en el del consumidor, quien paga el total, el precio del menú fijado por el restaurante y la comisión de entrega. La empresa Deliveroo por medio de una aplicación, y a través de una Tablet que facilitaba recibía el encargo del restaurante, remitía al repartidor seleccionado como mejor candidato para llevarla a efecto y seleccionado el repartidor la aplicación mandaba un aviso y éste la aceptaba o no, así en caso de rechazo pasaba al siguiente candidato, y en caso de aceptarse el repartidor se debía dirigir al restaurante recoger el pedido, introducirlo en la bolsa térmica y llevarlo al cliente a la dirección indicada. Recibido el encargo la empresa Deliveroo asumía la pronta entrega en 15 minutos y también los posibles retrasos.

La empresa Deliveroo ha celebrado contratos mercantiles con sus repartidores sin tener ningún trabajador contratado por cuenta ajena, así en el período objeto de comprobación por la ITSS suscribió contratos tipo de prestación de servicios, idénticos todos con leves variaciones, desde 02/2017 a 07/20217,

¹⁸ S TSJ Aragón. 149/2021 de 29 de marzo (rec. 128/2021).

y desde esta última fecha suscribían contratos como autónomos repartidores no trade, o como trades. Estos contratos eran impuestos por la empresa Deliveroo así como el clausulado y la obligación de estar de alta de autónomo.

La captación de repartidores se hacía desde la página web, y posteriormente se realizaba una sesión o charla informativa donde se proyectaban videos explicativos de funcionamiento y gestión, que tenía lugar en la razón social, con duración entre 45 minutos y dos horas; desde julio 2017 se realizaban por internet. Para la prestación del servicio se exigía disponer de bicicleta, coche o motocicleta, teléfono con conexión a internet, y cajón isotérmico; los repartidores carecían de infraestructura empresarial y el alta en la aplicación de Deliveroo era imprescindible.

De las actuaciones de la ITSS no consta la prestación de servicios para otras empresas ni plataformas de forma simultánea, si bien se detectó una segunda aplicación que tenía por objeto la organización de turnos de personal, de forma que Deliveroo publicaba los viernes las franjas de reparto para los siguientes diez días y los repartidores tenían hasta el martes siguiente para notificar su disponibilidad. Los pedidos realizados fuera de franja horaria no eran pagados, y Deliveroo evaluaba a los repartidores remitiendo cada 15 días un email con el porcentaje de pedidos no aceptados, asistencia, media de tiempo de reparto, y porcentaje de disponibilidad.

Los repartidores en la realización de los pedidos mantenían el contacto con la empresa a través de correo electrónico y telegram, y por este medio comunicaban las incidencias que pudieran afectar al reparto. Respecto al servicio se abonaban 3,5 euros brutos por cada entrega realizada, si bien en febrero de 2017 se garantizaba el pago de dos pedidos, aunque no se efectuaran, y en julio de 2017 se cambió al sistema de pago por pedido. Las facturas las confeccionaba Deliveroo y se realizaban quincenalmente, eran 57 los repartidores a los que refiere el acta de liquidación.

La TGSS interpuso demanda de procedimiento de oficio a fin de que se reconociera la relación laboral y los repartidores en arrendamiento de servicios en algunos casos en régimen de autónomo, otros de trade, y nunca contratados como trabajadores por cuenta ajena. La demanda fue estimada por el Juzgado de lo Social 2 de Zaragoza en 27/04/2020, contra la que se interpuso recurso de suplicación.

La Sala tras el rechazo de algunas cuestiones previas procesales se detiene en la sentencia de Pleno del Tribunal Supremo¹⁹ que considera relevante y que enlaza con el tiempo de trabajo del transportista y el auto del TJUE,²⁰ que da respuesta a

¹⁹ STS 805/2020 de 25 de septiembre (rec. 4746/2019).

²⁰ TJUE 22 de abril 2020 (asunto C-692/19).

una cuestión prejudicial para la calificación jurídica de un transportista con una empresa de transporte de paquetería desde la óptica de la Directiva 2003/88/CE, relativa a determinados aspectos de la organización del tiempo de trabajo, la contratación de prestación de servicios profesionales para la realización de recados, pedidos o pequeñas tareas como trabajador autónomo, estableciendo las reglas generales sobre las que se construye el trabajador por cuenta ajena y la aplicación singular de las notas de laboralidad en el caso de actividades de transporte, desbrozando cada una de ellas al caso concreto y confirmando la existencia de laboralidad en la relación del repartidor con la empresa.

El Tribunal Supremo deja sentado que el trabajo que se realiza es dependiente y la dependencia enlaza con la ajenidad como elementos esenciales del contrato de trabajo, siendo conceptos abstractos que se manifiestan de forma distinta pero que guardan entre sí una relación estrecha. En relación al tiempo de trabajo y la organización del desarrollo de la actividad laboral entiende que se ha de atender a las circunstancias del caso conforme a la realidad y no a la apariencia formal en relación a la subordinación con el empleador.

Razona la sentencia de suplicación que la dependencia no cabe entenderla como una subordinación absoluta sino como una integración en el ámbito de organización y dirección del empresario, que no se opone a la autonomía profesional indispensable para el desarrollo de determinadas actividades, aun siendo la sujeción de forma flexible no rígida a la esfera organicista de la empresa²¹; en todo caso constituyen indicios comunes de dependencia la asistencia al lugar o centro de trabajo sometido a horario; el desempeño personal; la inserción en la actividad de la empresa; y la ausencia de organización empresarial propia; por otra parte se reiteran las notas de ajenidad por la entrega de productos por parte del trabajador, que son puestos a disposición previamente por el empresario; la adopción por el empresario, y no por el trabajador, del precio o tarifa; el carácter fijo o periódico de la remuneración; el cálculo de los conceptos retributivos.

Es por tanto que se entiende destruida la figura de autónomo al no asumirse ningún riesgo empresarial por el repartidor, al no realizar éste ninguna inversión además de ser la empresa la que asume la obligación de retribuir los servicios una vez los frutos del trabajo han pasado por la misma. Es criterio del Tribunal Supremo²² la calificación de relación laboral aun cuando no existan horarios fijos, en el caso de referencia se trataba de una relación entre un traductor e intérprete y una empresa contratada por la Administración para la traducción e interpretación de procedimientos judiciales, y aunque el trabaja-

²¹ STS 2440/2020 de 2 de julio (rec. 5121/2018).

²² STS 4552/2017 de 16 de noviembre (rec. 2806/2015).

dor gozaba de gran libertad para acudir y prestar o no sus servicios, éste debía justificar las horas que había realizado mediante la presentación mensual de facturas, que acompañaba con la realización de la actividad desempeñada, sin que se desvirtuara esta relación laboral por la no prestación por tiempo completo o porque no constara la exclusividad.

En el presente caso el desarrollo del tiempo de trabajo con vehículo propio, no impide la existencia de un contrato de trabajo, pues los actores no son titulares de una organización empresarial propia, sino que prestan su trabajo para la realización de un servicio sin que el vehículo sea un elemento definidor fundamental del contrato de trabajo mientras que sí lo es la actividad personal del trabajador, elemento predominante²³, y esto hace que no se rompa la relación laboral por el hecho de que los repartidores decidiesen si acudían al puesto de trabajo, o si no estaban disponibles, insistiéndose en la existencia de ajenidad al no promover ni concertar personalmente ninguna relación comercial ni con los clientes, siendo la empresa quien gestionaba el servicio prestado y siendo los repartidores remunerados con una cantidad fija los que realizaban el reparto asumiendo la empresa los perjuicios o beneficios de la actividad, en definitiva, sin riesgo, ni lucro no existe actividad empresarial ni trabajo por cuenta propia por mucha libertad de elección de franja horaria, de aceptar pedidos, o de libre elección de ruta para llegar al destino fijado por el cliente, se asiste por tanto a la realización personal sin trabajadores a cargo, con escasos medios materiales, sometido a retribución por servicio y no por unidad de tiempo, se asiste en definitiva a una relación laboral.

El caso de Glovo, que ya se refirió, guarda relación con el analizado de Deliveroo y confluyen en ambos elementos que a priori parecen alejarnos de la figura del contrato de trabajo, como la capacidad para rechazar clientes o servicios, elegir la franja en la que se van a prestar los servicios, o la posibilidad de compatibilizar el trabajo con varias plataformas, ahora veremos que no es así; la empresa Glovo suscribe con los repartidores un contrato de prestación de servicios, recados o pedidos y el repartidor cursa su alta como autónomo, suscribiendo posteriormente un contrato como trabajador autónomo dependiente, *trade*, al contar con la percepción de más del 75% de los ingresos de la empresa.

Se puede definir Glovo como una *start up* cuyo objeto social es la explotación de aplicaciones informáticas, de servicios de recadero con facultad de adquisición de bienes, actuando como comisionista, realizando la actividad de intermediario en la contratación de transporte de mercancías por carretera, contando con una aplicación móvil con conexión al resto de provincias de Espa-

²³ STS 6389/2006 de 18 de octubre (rec. 3939/2005).

ña, parte de Europa e incluso de América del Sur, a través de su app; se trata por tanto de una plataforma de intermediación de reparto en la que se facilita el contacto a personas, que necesitan ayuda con sus compras o recados, contacto que se produce con los comercios, tiendas o locales que pueden dispensarlos a través de transportistas o repartidores, los denominados glovers. La empresa se nutre de acuerdos comerciales que concierta con establecimientos, a los que cobra su prestación, es decir no cobra de los usuarios que solicitan los encargos.

El trabajo del repartidor se realizaba previa reserva de franja horaria en la que se elegía cuándo se deseaba trabajar, y en esa franja horaria se activaba la disponibilidad y le empezaban a entrar pedidos de acuerdo con su tramo de tiempo y ubicación geográfica; el pedido se aceptaba de forma automática o manual y aceptada se debía llevar a cabo; el sistema de asignación de pedidos se hacía de forma telemática por un algoritmo que buscaba la mejor combinación minimizando costes; el repartidor podía rechazar el pedido previamente aceptado en cuyo caso se reasignaba sin penalización; el sistema de pago se realizaba por pedido según precios y tarifas que se anexaban al contrato del repartidor. El cobro por el repartidor de sus servicios se realizaba quincenalmente con facturas confeccionadas por Glovo con el correspondiente IVA y que se remitían al trabajador para su visado y conformidad, procediendo posteriormente al pago por transferencia bancaria.

La empresa Glovo tenía un sistema de clasificación de los repartidores por categorías principiante, junior, y senior, si bien si el repartidor llevaba más de tres meses sin aceptar ningún servicio se le podía bajar de categoría. El repartidor era puntuado, y la puntuación oscilaba entre la valoración del cliente final, la realización de servicios en horas de mayor demanda, y la eficiencia en los pedidos más recientes. El sistema penalizaba si no se estaba operativo en la franja reservada que había reservado el propio repartidor si bien se podía notificar por éste la justificación de la ausencia y así evitar la penalización; aquellos que tenían mejor puntuación gozaban de preferencia para el acceso a los servicios.

El repartidor tenía derecho a interrumpir su actividad durante 18 días hábiles al año, tal y como constaba en su contrato de trade, consensuando ambas partes el período de disfrute, es de entender que hubiera sido más beneficioso y objetivo haber prefijado ya el período de disfrute de forma concreta en el contrato sometiendo la posible modificación al acuerdo de las partes, y no dejar la fecha sin fijar, como se hizo, quedando el período de disfrute en un limbo indeterminado nada aconsejable.

Otra nota característica era que el trabajador decidía el inicio y fin de su jornada, seleccionaba los pedidos, y no tenía obligación de realizar un mínimo de pedidos, ni de horas, ni de días, pudiendo rechazar pedidos o incluso hacer

que no le entraran; sin embargo, la libertad del tiempo de trabajo, o elección de franja horaria estaba condicionada, así como el rechazo de pedidos sin penalización, siendo esto muy relativo, pues los repartidores competían entre sí por las franjas más productivas al no contar con ninguna seguridad jurídica, ni un mínimo de encargos; se establecía por tanto un sistema que no exigía un horario rígido sino que se basaba en la realización de pequeñas tareas por una pluralidad de repartidores que cobraban en función de los servicios realizados, lo que garantizaba repartidores que aceptaran el horario o el servicio que otros habían rechazado. Resulta trascendente que por el repartidor se asumía la responsabilidad del buen fin del servicio cobrándolo solo si lo finalizaba a satisfacción del cliente y debiendo asumir respecto a éste los daños o pérdidas que pudiera sufrir el producto durante el transporte.

La relación laboral en el caso de Glovo viene reforzada por la geolocalización por GPS del repartidor mientras realizaba su actividad, registrando los kilómetros que recorría, con un elemento de dependencia que viene dado por el control empresarial en el tiempo real del desempeño de la prestación, contando con un sistema permanente de control de los trabajos. El repartidor utilizaba para el desempeño de su trabajo una motocicleta y un teléfono asumiendo él mismo estos gastos; la empresa no se limitaba a encomendar la realización de un servicio, sino que controlaba al trabajador con la aplicación, estableciendo el tiempo máximo en el que se podía realizar el trabajo, realizando instrucciones concretas de cómo realizar el servicio y estableciendo prohibición de portar distintivos corporativos en camisetas, y gorras en el desarrollo de su trabajo; es por tanto que el repartidor se limitaba a recibir las órdenes, recoger el pedido entregarlo al cliente final y por tanto quedaba sujeto en todo momento a las reglas y órdenes de la empresa siendo ésta la única que contaba con la información sobre los clientes y los pedidos y la manera de llevarlos a efecto no solo material sino formal.

El caso Glovo nace judicialmente por la situación de baja de incapacidad temporal de un repartidor que presenta papeleta de conciliación el 5/12/2017, reclamando la naturaleza laboral de su relación con la empresa y aduciendo despido tácito por causa de su enfermedad al no haber recibido nuevos pedidos. En la demanda el trabajador solicitaba la nulidad por vulneración de su derecho fundamental a no ser discriminado por razón de salud y solicitaba la indemnización adicional de 10.000 euros. El trabajador el 15/02/2018 solicita extinción indemnizada de su contrato por falta de ocupación efectiva e impago del salario de los meses de 11/2017 a 02/2018, cuatro meses sin realizar servicio alguno.

El Juzgado de lo Social desestimó la demanda y absolvió a Glovo, sentencia que fue recurrida en suplicación ante la Sala de Madrid que desestimó²⁴ el recurso del trabajador, y con reproche a la técnica procesal, el TSJ concluye que procede desestimar las tres pretensiones, es decir, tanto el despido tácito, como la extinción indemnizada por voluntad del trabajador, como el despido expreso, entendiendo además que solo se recurrió contra el despido tácito, si bien a la postre desestima por considerar que tal despido no existe; técnicamente, quizás debió haber declarado la incompetencia de jurisdicción al no considerar la existencia de relación laboral y así no entrar a la calificación del despido; en todo caso, la sentencia contó con voto particular favorable a la existencia y calificación de relación laboral entre las partes, si bien coincidente con la desestimación de la demanda.

El Tribunal Supremo en cambio estima en parte el recurso del repartidor y revoca la sentencia declarando la relación entre las partes de naturaleza laboral, si bien desestima el resto de las pretensiones, es decir, el despido tácito, la resolución indemnizada del contrato de trabajo y el despido expreso.

Para la calificación de la relación entre las partes acude el TS al ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores, artículo 1.1 así como al artículo 11.2 de la LETA y los confronta para recordar el concepto legal de trabajador por cuenta ajena que exige la prestación de servicios voluntaria, retribuida, ajena y dependiente, reiterando las notas de dependencia y ajenidad como notas determinantes y conceptos abstractos que guardan una relación estrecha entre sí. El Tribunal Supremo en distintas sentencias como la de Pleno de 24/1/2018²⁵ ha utilizado como indicio de la existencia de la relación laboral la escasa cuantía de la inversión a realizar por el trabajador –móvil o pequeño vehículo–, y la gran inversión que se realiza por la empresa y su entrega –herramienta especializada, o piezas importantes–, para además establecer que se estará ante un arrendamiento de servicios y no una relación laboral cuando se limite a actos profesionales concretos, sin sujeción a jornada, vacaciones, órdenes, instrucciones, con práctica del trabajo con entera libertad e independencia y con asunción del riesgo profesional; no obstante la diferenciación del contrato de trabajo con otros vínculos de naturaleza semejante se determina por la realidad fáctica que prevalece sobre el *nomen iuris*, además por la presunción *iuris tantum* de laboralidad, y porque la línea divisoria entre el contrato de trabajo y otros de naturaleza análoga, como la ejecución del contrato de obra y arrendamiento de servicios, no aparece nítida en la doctrina ni en la

²⁴ STSJ Madrid 715/2019 de 19 de septiembre (rec. 195/2019).

²⁵ STS 45/2018 de 24 de enero (rec. 3595/2015).

legislación, por cuanto habrá que estar al casuismo y constatar las notas de ajenidad, retribución y dependencia.

Respecto a la ajenidad entiende la Sala que cobra especial importancia que Glovo se apropie de manera directa de la prestación del trabajo, pues el repartidor no tenía ninguna intervención en los acuerdos de Glovo con los comercios, ni en la relación de Glovo con los clientes, ni con los pedidos, pues es Glovo quien acuerda los precios que los establecimientos abonan y fija las tarifas unilateralmente que el repartidor percibe por los recados que efectúa, incluidos los kilómetros adicionales o el tiempo de espera. Queda acreditado que los medios propios del repartidor consistían en un teléfono móvil o una motocicleta, si bien el medio material esencial era la plataforma digital de Glovo donde se dan de alta los restaurantes, consumidores y repartidores, siendo por tanto Glovo no una mera intermediaria entre comercios y repartidores, pues no se limita a prestar un servicio electrónico de intermediación de poner en contacto a los consumidores –clientes– y los trabajadores autónomos –repartidores–, sino que realiza una labor de coordinación y organización, se trata de una empresa que presta servicios de mensajería fijando precio y condiciones siendo titular de los activos esenciales para la actividad, sirviéndose de repartidores que no disponen de una organización empresarial propia y autónoma, y que prestan sus servicios bajo las órdenes de un empleador y sometidos a la dirección y organización de su plataforma; es por tanto Glovo quien establece la forma de prestación del servicio así como el precio y la forma de pago, la que realiza el control sobre la actividad, no solo mediante una gestión algorítmica del servicios sino también a través de la geolocalización constante; el repartidor ni organiza, ni controla ni negocia precios o condiciones con los titulares de los establecimientos, clientes finales de los que tampoco recibe la retribución, siendo Glovo quien ejerce el poder empresarial en el modo de prestación de servicios y realiza el control de la ejecución en tiempo real lo que evidencia la concurrencia del requisito de dependencia propio de la relación laboral.

9. EL CONTROL DEL TIEMPO

En la figura del autónomo dependiente de un empresario resulta esencial determinar el tiempo de espera, o de puesta a disposición del empresario, sin realizar un desempeño efectivo del trabajo, así se ha pronunciado la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional²⁶ en sentencia en la que analiza la obstrucción

²⁶ SAN 97/2021 de 5 de mayo (rec. 389/2020).

a la actuación inspectora, y la imposibilidad de determinar efectivamente el tiempo que los repartidores han estado a disposición de la mercantil para la realización de su trabajo ante la falta de remisión de las franjas horarias seleccionadas por los trabajadores.

El caso se suscita por visita de la ITSS a un local donde, tras la identificación de los presentes, se obtiene la información de que han sido dados de alta previamente uno o dos días antes encontrándose en una sesión informativa. El responsable de la mercantil previamente insta a los inspectores a que abandonen el local y tras la comprobación oportuna telefónica con sus jefes accede a tratar con los inspectores de trabajo, a los que responde diciendo que es trabajador por cuenta ajena de la empresa Glovo, y que está impartiendo un curso de formación, habiendo entregado a las personas presentes asistentes al curso, la documentación y las instrucciones para empezar a trabajar con la aplicación informática, formación de funcionamiento de la app para la actividad de reparto.

La ITSS extiende diligencia con identificación y citación con requerimiento de documentación donde se solicita la escritura social; el poder de representación; el contrato mercantil con las empresas para la que presta servicios de mensajería; hoja de cálculo con la relación del personal que realiza las funciones de mensajería –glovers–, desde inicio de la actividad a la fecha; identificación de los glovers con nombre y apellidos, número de afiliación, teléfono, dirección, código Glovo, valoración, fecha de inicio de la prestación, contratos realizados, facturas, número de horas, desglose de conceptos como los kilómetros o las horas, manual de formación y criterios de selección de los glovers.

La empresa comparece aportando parte de la documentación solicitada y explica el funcionamiento de la aplicación, la forma de prestación y elección de los repartidores; por la ITSS se requiere la documentación no aportada y se produce una nueva comparecencia donde se extiende diligencia solicitando los contratos rescindidos y no aportados con la documentación, realizándose sucesivos requerimientos de documentación que solo fueron atendidos en parte. Tras las actuaciones, se constata que los repartidores tenían un tipo de retribución denominado horas garantizadas por las que percibían 6 euros la hora, aunque no se realizaran, y si se realizaba el reparto y éste era de importe inferior se abonaba el importe garantizado, si este era superior se percibía la cantidad que correspondiera por encima de la hora garantizada.

En las entrevistas individuales realizadas a los repartidores éstos afirman que previo al comienzo del trabajo en la franja elegida, se realizaba un registro previo de quince minutos antes de iniciarlo, por cuanto había que estar en la zona de reparto predeterminada por la plataforma una vez abierta la aplicación

y el repartidor quedar geolocalizado, y en caso de no realizar el registro la primera hora de trabajo la aplicación quedaba bloqueada, sin poder realizarse el primer pedido, y con penalización por su no realización por cuanto dicho *check-in* era obligatorio para todos los repartidores. También manifestaron los repartidores de la existencia de horas de puesta a disposición sin asignación de pedidos ni obtención de ninguna retribución.

La ITSS propuso una sanción muy grave en grado máximo por obstrucción al no haber sido aportada toda la documentación que había sido requerida en múltiples ocasiones retrasando y perturbando las funciones encomendadas toda vez que la empresa nunca alegó no disponer de la información requerida, sino que fue omitida la remisión sin justificación de estas omisiones.

El acta se fundamenta en la imposibilidad de determinar el tiempo que los glovers quedan a disposición de la mercantil para la realización del trabajo, y todo por la omisión por Glovo del envío de la totalidad de las franjas horarias seleccionadas por los glovers, no existiendo ningún tramo horario seleccionada por ningún trabajador en el que no hubiera un pedido seleccionado, y esto aun existiendo constancia de que había trabajadores que habían designado no recibir asignación de pedidos. En definitiva, resulta especialmente trascendente que los glovers desde la realización del *check-in* se encontraban a disposición de la compañía para la realización de la actividad del reparto y es a partir de ese momento cuando se inicia el cómputo de tiempo de trabajo a efectos de determinar la retribución, sin que se haya podido tener en cuenta los períodos de cada repartidor a disposición de la empresa, y sin poder analizarse adecuadamente si se respetaba el salario mínimo al que cada trabajador tiene derecho.

Por la empresa en sede de recurso se argumenta que no existe conducta obstructiva habiendo comparecido tantas veces como había sido requerida, habiendo aportado la documentación solicitada, y por tanto pedía la disminución de la calificación de la sanción de muy grave a grave; confirmada la sanción se aprecia en la resolución la concurrencia de negligencia e intencionalidad en el incumplimiento de los requerimientos, y se valora el número de trabajadores afectados y la cifra de negocio.

Se sustancia demanda contra la resolución del recurso de alzada que confirma la resolución derivada del acta de infracción y que constata como probada la conducta obstructivista no desvirtuada por ninguna de las pruebas corroborando la presunción de veracidad y de certeza de las que están provistas las actas de la ITSS y confirmando en todos sus extremos las actuaciones inspectoras. La Audiencia Nacional estima en parte el recurso y entiende que no ha existido una obstrucción pertinaz de entrega de la documentación requerida, ni ha existido un incumplimiento en el deber de colaboración por no aten-

der al requerimiento de aportar en soporte informático unos datos que la empresa no poseía, sin que se pueda incardinar este hecho en la ocultación de datos, pues en la fecha de las actuaciones no existía obligación empresarial de registro horario con el alcance pretendido por la actuación inspectora, y es por tanto que de acuerdo con el criterio de proporcionalidad del derecho sancionador y sopesando las circunstancias y conforme a los principios de congruencia y el ya referido de proporcionalidad entre la infracción y la sanción la misma queda rebajada a muy grave en grado medio y no máximo como se había calificado.

Con independencia del acta de obstrucción y no conseguir por la ITSS el acceso al tiempo de trabajo se evidencia que éste es impuesto por la empresa y no se puede afirmar ni sostener que exista libertad de fijar horario, de aceptación de pedidos, de la puesta a disposición en tiempos muertos por la falta de pedidos, siendo todo este tiempo de puesta a disposición del empleador que no puede calificarse mas que como tiempo de trabajo efectivo a todos los efectos, contrarios al sistema fordista como con acierto apunta el profesor Gorelli Hernández²⁷.

10. BIBLIOGRAFÍA

- GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «Paso a paso hacia el Tribunal Supremo: el problema de la laboralidad de la prestación de servicios en plataformas digitales». *Trabajo y Derecho*, núm. 60, Sección Jurisprudencia. Wotters Kluwer. Diciembre 2019.
- PÉREZ DEL PARDO, D.: «El debate europeo sobre el trabajo de plataformas. Propuestas para una directiva». *Trabajo y Derecho*, núm. 77, Sección Práctica Jurídica y Despachos Profesionales. Editorial La Ley. Mayo 2021.
- SANCHEZ-URAN AZAÑA, Y.: «Economía de plataformas digitales y servicios compuestos. El impacto en el Derecho, en especial en el Derecho del Trabajo». *La Ley Europea*, núm. 57, Wolters Kluwer. Marzo 2018.
- TODOLI SIGNE, A.: «El trabajador en la Uber economy: ni independiente ni autónomo sino todo lo contrario». *Trabajo y Derecho*, núm. 25, Sección Estudios. Wolters Kluwer. Enero 2017.

²⁷ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «Paso a paso hacia el Tribunal Supremo: el problema de la laboralidad de la prestación de servicios en plataformas digitales». *Trabajo y Derecho*, núm. 60, Sección Jurisprudencia. Wotters Kluwer. Diciembre 2019

CAPÍTULO XXXII

LA FIJEZA DISCONTINUA: UNA VISIÓN JURISPRUDENCIAL

ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO

Catedrático de Universidad. Magistrado del Tribunal Supremo

1. INTRODUCCIÓN Y CUESTIONES GENERALES

A) **La Reforma de 2021**

Mediante *Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo* el legislador de urgencia asumió el contenido del Diálogo Social desarrollado en los meses precedentes. Por cuanto ahora interesa, hay que resaltar su preferencia por la contratación por tiempo indefinido¹.

En ese sentido, destaca la modificación del artículo 15 ET (causas que justifican el recurso a la contratación de duración determinada y nuevas reglas sobre concatenación de contratos, también referidas a la cobertura de un puesto de trabajo) y la práctica eliminación de la posibilidad de celebrar contratos

¹ El reforzamiento del contrato indefinido y la configuración de un sistema eficiente de lucha contra la precariedad son elementos imprescindibles para la construcción de una economía competitiva. La norma quiso superar la segmentación injustificada del mercado de trabajo, así como las tasas de temporalidad, en especial las asociadas con personas jóvenes.

Desde luego, ha tenido muy en cuenta la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP (no discriminación; evitación de abusos por sucesivos contratos temporales), así como la doctrina del TJUE.

para obra o servicio determinado, modalidad contractual fuertemente cuestionada por la jurisprudencia interna y comunitaria².

Ahora el artículo 15.1 ET comienza disponiendo que *el contrato de trabajo se presume concertado por tiempo indefinido*. Escapando del debate sobre si admite prueba en contrario o no, el precepto se apresura a precisar que «solo» cabe la contratación temporal en dos supuestos, cuya virtualidad supe-dita a que el contrato (término utilizado como equivalente a documento escrito) especifique con precisión causa, hechos justificativos y concordancia³.

Pero en estas páginas la atención va a centrarse en la modalidad de contratación estelar, enormemente potenciada y erigida en impensado paradigma de *flexi-seguridad*: la contratación fija discontinua (CFD). Se trata de una añeja modalidad de contratación, que posee ciertas peculiaridades (sin llegar a erigirse como relación de carácter especial) y que ha venido suscitando enormes dudas acerca de su especificidad o subsunción en el grupo de contratos a tiempo parcial.

Con esta norma ha desaparecido la distinción entre contratos fijos periódicos y discontinuos, respondiendo de hecho a lo que ya existe a efectos de protección social, al concurrir identidad en el ámbito objetivo de cobertura y evitando con ello diferencias de trato injustificadas⁴. Asimismo, se priva de vigencia al artículo 12.3 ET (conforme al cual el contrato a tiempo parcial se entendería celebrado por tiempo indefinido si perseguía realizar trabajos fijos y periódicos dentro del volumen normal de actividad de la empresa).

B) Identificación inicial

Lo decisivo en la CFD es el objeto o la naturaleza de los trabajos realizados, de carácter estacional o vinculados a actividades productivas de temporada, o para el desarrollo de aquellos que no tengan dicha naturaleza pero que, siendo de prestación intermitente, tengan periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados. Podrán, además, desarrollarse a través de la contra-

² STS1137/2020, de 29 de diciembre de 2020 y STJUE de 24 de junio de 2021 –C 550/19–.

³ El inmodificado artículo 8.4 ET permite acreditar la temporalidad aunque no se haya formalizado por escrito y legitima la forma no escrita para los temporales de menos de cuatro semanas. Las discordancias son claras. La polémica acerca del modo de resolverlas ha sido inevitable. ¿Puede defenderse la virtualidad de la regla especial del artículo 8.4 ET para mantener su vigencia, o hay que estar al principio de modernidad y tácita modificación?

⁴ La norma indica que no resulta justificado distinguir ni a efectos legales ni conceptuales el fijo discontinuo del fijo periódico, incluyéndolos en una categoría y régimen común que subraya el carácter indefinido de la relación laboral y recoge un catálogo de derechos de las personas trabajadoras que, sin perjuicio de las especialidades asociadas a esta modalidad contractual, garantiza el principio de no discriminación e igualdad de trato.

tación fija-discontinua, las actividades realizadas al amparo de contratos mercantiles o administrativas; o la incorporación de personas a una ETT para su posterior y sucesiva cesión a empresas usuarias.

El artículo 1.4 del RDL 32/2021 ha modificado el artículo 16 del ET en su integridad. Si antes constaba de 4 apartados, ahora duplica su extensión (hasta un total de 8)⁵. Los principales cambios guardan lógica conexión con el propósito de la reforma: potenciar el contrato fijo-discontinuo como herramienta de lucha contra la temporalidad: 1.º) Desaparece la histórica distinción entre el contrato a tiempo parcial y el fijo-discontinuo (en función de si se repetía o no en fecha cierta); 2.º) Aumenta el espectro de supuestos que justificarían la celebración de dicho contrato; 3.º) Potencia el papel de los convenios colectivos y de los acuerdos de empresa; 4.º) Refuerza los deberes de información. Su caracterización inicial es la siguiente:

- Tiene como objeto tareas de naturaleza estacional o temporada, así como las intermitentes con ejecución cierta (determinada o indeterminada). También cabe para prestación de servicios en el marco de la ejecución de contratos mercantiles o administrativas (previsibles y constitutivas de la actividad ordinaria de la empresa) o para que la ETT se vincule con el personal que cede.

- Requiere forma escrita y posee contenido necesario (duración del periodo de actividad, jornada y su distribución horaria).

- Mediante convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo de empresa, se establecerán los criterios objetivos y formales por los que debe regirse el llamamiento (que debe realizarse modo fehaciente), cuya omisión abre la posibilidad de accionar por despido (desde ese momento o el de su conocimiento).

- En el caso de contratos los periodos de inactividad (con duración máxima de tres meses, salvo convenio) solo podrán producirse como plazos de espera de recolocación entre subcontrataciones.

- Los convenios colectivos sectoriales poseen importantes competencias (bolsa de empleo, posibilidad de celebrarlos a tiempo parcial, elaboración de un censo anual, periodo mínimo de llamamiento anual, indemnización por fin de campaña, etc.).

⁵ La norma afirma que persigue la estabilidad, la transparencia y la previsibilidad del contrato a través de una mejora de la información sobre la jornada y los periodos de actividad en el contrato de trabajo, otorgando un papel fundamental a la negociación colectiva, entre otros, en relación con régimen de llamamiento o la formación y mejora de empleabilidad de las personas fijas discontinuas durante los periodos de inactividad.

■ LA REORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO

– La antigüedad se calcula teniendo en cuenta toda la duración de la relación laboral y no el tiempo de servicios efectivamente prestados, salvo las condiciones que exijan otro tratamiento en atención a su naturaleza.

– La empresa debe informar, también a la representación legal de quienes trabajan (RLT), sobre vacantes de carácter fijo ordinario.

– Se trata de colectivo prioritario para la de formación del sistema de formación profesional durante los periodos de inactividad.

C) Finalidad de la exposición

Estas páginas persiguen un sencillo objetivo: examinar la nueva regulación de la CFD y simular su interacción con algunos criterios jurisprudenciales, lógicamente emanados al amparo de la precedente regulación.

2. TIPOLOGÍA

Tradicionalmente, se configura como CFD el que atiende a una tarea que se reitera de modo cíclico e intermitente; por eso ha venido diciéndose que no cabe confundirlo con las modalidades de duración determinada (eventual, obra o servicio, etc.). Junto a esa prototípica subespecie ahora aparecen otras.

A) Tareas estacionales

a) IDENTIFICACIÓN LEGAL

Según el tenor de la norma, la CFD puede concertarse para tres supuestos vinculados a su propia denominación⁶: 1.º) Los que tengan «*naturaleza estacional*». 2.º) Los «*vinculados a actividades productivas de temporada*». 3.º) Los que, no teniendo naturaleza estacional o de temporada, sean de «*prestación intermitente*» y «*tengan periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados*».

Es innegable que el ET mantiene la esencia tradicional de esta modalidad (la actividad objeto de la CFD debe ser «*intermitente*», estacional, de temporada), pero

⁶ La realización de trabajos de naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada, o para el desarrollo de aquellos que no tengan dicha naturaleza pero que, siendo de prestación intermitente, tengan periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados.

resulta llamativo que desaparezca la exigencia de su reiteración en fecha «incierta» así como la necesidad de que se encuentre dentro del «volumen normal de actividad de la empresa»⁷. La eliminación de estas dos notas características, claro está, comporta la expansión de la CFD, por lo que algunas voces ya han advertido sobre la posibilidad de convertirla, abusiva e ilegalmente, en un remedo del trabajo «a llamada».

b) DELIMITACIÓN JURISPRUDENCIAL

Aunque, como se ha visto, el tipo normativo es ahora más amplio que el precedente, parece muy ilustrativo recordar algunos criterios jurisprudenciales surgidos con la precedente redacción⁸.

– Aceituneros. Los trabajos de escogida, guisado, envasado y etiquetaje de aceituna, realizados de forma intermitente o cíclica para una misma empresa en diversas épocas del año, dan lugar a una relación laboral indefinida de carácter fijo discontinuo⁹.

– Eventuales sobrevenidos. No se modifica la naturaleza de los contratos para trabajos fijos y periódicos de carácter discontinuo por la posterior suscripción de contratos eventuales cuya duración coincide con los períodos de temporada¹⁰.

– Especificidad. El contrato para trabajos fijos y periódicos de carácter discontinuo no se transforma en permanente por el hecho de que se sucedan ininterrumpidamente varias campañas, siempre que se realicen las tareas propias de la actividad cíclica¹¹.

– Restauración artística. No es fija discontinua sino ordinaria la relación laboral del restaurador de obras artísticas o históricas, que se mantiene de manera ininterrumpida durante un largo periodo temporal y al margen de la duración de exposiciones o eventos concretos que pudieran justificar la discontinuidad¹².

– Extinción de incendios: el servicio de prevención y extinción de incendios forestales durante la época estival se configura como una actividad fija y

⁷ Recuérdese que la redacción anterior del artículo 16.1 del ET permitía el contrato fijo-discontinuo «para realizar trabajos que tengan el carácter fijo-discontinuos y no se repitan en fechas ciertas, dentro del volumen normal de actividad de la empresa».

⁸ A lo largo de estas páginas utilizo la *Guía de Jurisprudencia Social Unificada (1991/2015)*, Aranzadi 2015, y las posteriores actualizaciones de F. Cavas Martínez para «Aranzadi Social».

⁹ STS 26 mayo 1997, rec. 4140/1996 (Ponente, Sr. Desdentado Bonete).

¹⁰ STS 18 diciembre 1991, rcud. 1282/1990 (Ponente, Sr. Del Riego Fernández).

¹¹ STS 8 julio 1991, rcud. 1257/1990 (Ponente, Sr. Fuentes López).

¹² STS de 1 octubre 2013, rcud. 3048/2012 (Ponente, Sr. Gilolmo López).

periódica discontinua, la cual no puede ser válidamente atendida mediante una sucesión de contratos temporales para obra o servicio determinado, aunque para ello se utilice una empresa pública dependiente de la Administración¹³. Al no resultar posible la calificación como personal fijo de los trabajadores contratados temporalmente en fraude de ley para el desempeño de tal cometido, se impone su caracterización como indefinidos discontinuos¹⁴.

– Guardería rural. Se reputa válida la contratación temporal sucesiva para realizar tareas de guardería durante la campaña de la aceituna, dependiente de la asignación económica concedida cada año por la Diputación Provincial¹⁵. Pero, en este mismo caso, si no existe tal dependencia respecto de la subvención anual, estaremos ante fijos discontinuos¹⁶.

– Encuesta anual. Hay que acudir a la contratación fija discontinua cuando se trata de realizar encuestas que se reiteran anualmente¹⁷.

c) DISTINCIÓN FRENTE AL CONTRATO FIJO ORDINARIO

Especial relevancia alcanza ahora la tradicional advertencia de que la CFD requiere el carácter permanente de la actividad, como consecuencia de una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, es decir, a intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad. De ahí deriva el rechazo de la discontinuidad cuando la relación laboral se desarrolla de manera ininterrumpida, sin solución de continuidad alguna. Traigamos a colación algunos criterios en tal sentido:

– Tareas continuas. No procede el contrato fijo discontinuo, sino el contrato indefinido o fijo a jornada completa, cuando tiene por objeto la realización de trabajos que exigen dedicación ininterrumpida todos los días del año, aunque la empresa trabaje mediante campañas o temporadas¹⁸.

¹³ SSTS de 19 enero, 3 febrero, 3, 11 y 25 marzo 2010 (rcuds. 1526/2009, 1710/2009, 1527/2009, 4084/2008 y 862/2009); 4, 26, 29 y 30 noviembre 2010 (rcud. 160/2010, PROV\2011\15081, PROV\2011\2383 y PROV \2011\29518); 31 enero 2011 (rcud. 1105/2010); 22 febrero 2011 (rcud. 2498/2010); 22 septiembre 2011 (rcud. 12/2011); 27 septiembre 2011 (PROV\2011\361940); 22 febrero 2012 (rcud. 2573/2011); 12 marzo 2012 (rcud. 2152/2011); 3 abril 2012 (PROV\2012\152749); 24 abril 2012 (rcud. 2260/2011); 30 abril 2012 (rcud. 2153/2011).

¹⁴ STS de 26 marzo 2018, rcud. 2493/2016 (Ponente, Sra. Calvo Ibarlucea).

¹⁵ STS de 10 diciembre 1999, rcud. 415/1999 (Ponente, Sr. Iglesias Cabero).

¹⁶ STS 2 junio 2000, rcud. 2645/1999 (Ponente, Sr. Desdentado Bonete).

¹⁷ SSTS 21 (2) diciembre 2006, rcuds. 4537/2005 y 792/2005 (Ponentes, Sra. Calvo Ibarlucea; Sr. Gilolmo López); 30 mayo 2007 (rcud. 5315/2005).

¹⁸ SSTS de 29 junio 2010, rcud. 3839/2009 (Ponente, Sra. Segoviano Astaburuaga) y 15 julio 2010 (rcud. 2207/2009).

– Restauración artística. No es fija discontinua sino ordinaria continua la relación laboral del restaurador de obras artísticas o históricas, que se mantiene de manera ininterrumpida durante un largo periodo temporal y al margen de la duración de exposiciones o eventos concretos que pudieran justificar la discontinuidad¹⁹.

– Empresa con varias «campanas». No es fija discontinua sino fija continua, la relación laboral que se mantiene de manera ininterrumpida, sin solución de continuidad alguna, encadenando unos contratos con otros, aunque la empresa tenga señaladas varias campanas²⁰.

Tanto en el sector agroalimentario cuanto en el hostelero, el comercial o, en general, el de servicios, la citada jurisprudencia ha salido al paso de la posibilidad de subsumir en un CFD la prestación de servicios (entre una empresa y determinada persona) que se van encadenando a lo largo del año, sin práctica interrupción, con el argumento de que se trata de atender a campañas o temporadas distintas. Se ha venido entendiendo que la regulación legal excluye la sistemática y prolongada falta de solución de continuidad entre ellas, en términos tales que nos encontremos en presencia de una actividad permanente [que no intermitente, como la discontinuidad requiere por definición], cuyas necesidades de mano de obra únicamente dependan de las vicisitudes del mercado.

Estos criterios entroncan con la idea de que la esencia de la CFD es la intermitencia, la discontinuidad. En los casos vistos lo que sucede es que la ontología mostraba tareas acordes con la fijeza ordinaria.

d) DELIMITACIÓN FRENTE AL CONTRATO PARA OBRA O SERVICIO

Con mayor frecuencia, la tarea de los tribunales ha debido dedicarse a examinar la validez de contrataciones aparentemente temporales pero con reclamaciones acerca de su necesaria reconducción hacia la CFD. Recordemos algunos supuestos fronterizos con la obra o servicio:

– Falsa temporalidad. Constituye despido improcedente la comunicación de finalización de un contrato formalmente suscrito como contrato para obra o servicio determinado, que en realidad enmascara una relación fija dis-

¹⁹ STS de 1 octubre 2013, rcud. 3048/2012 (Ponente, Sr. Gilolmo López).

²⁰ STS de 28 octubre 2020, rcud. 4364/2018 (Ponente, Sr. García-Perrote Escartín).

continua; el plazo de interposición de la acción de despido es el de 20 días hábiles contados desde la referida comunicación²¹.

– Artistas. Incluso en el caso de la relación laboral especial de artistas en espectáculos públicos se ha entendido que hay CFD cuando se realiza la misma actividad artística en sucesivas temporadas²² pues el RD 1435/1985 remite al ET la regulación de los contratos de los trabajadores fijos discontinuos.

– Albergue juvenil. No es trabajador fijo discontinuo el contratado en sucesivas temporadas veraniegas –como eventual o para obra o servicio determinado– para trabajar en albergue juvenil²³.

– Limpieza colegial. No cabe acudir al contrato para obra o servicio determinado, sino al contrato para trabajos fijos discontinuos, cuando su objeto sea la realización de labores de limpieza en centros escolares dependientes de un Ayuntamiento, por duración coincidente con el curso escolar, año tras año²⁴.

– Profesorado. El mismo criterio impeditivo de la temporalidad ha de aplicarse a los contratos de los profesores²⁵, al de los monitores de natación/socorristas²⁶, al de los profesores que imparten clases de música en un conservatorio municipal²⁷ o al celebrado para ejecución de programas de formación profesional ocupacional financiados con fondos públicos²⁸.

– Estación de esquí. No cabe la temporalidad en la contratación de peón de remontes mecánicos contratado en sucesivas temporadas de esquí²⁹.

– Paso del estrecho. Hay que acudir a la CFD (no temporal) en el caso de trabajadora contratada en años sucesivos por la Autoridad Portuaria para prestar servicios durante la «Operación Paso del Estrecho»³⁰.

– IRPF. Debe ser también CFD la centrada en asistencia al contribuyente en la campaña del IRPF³¹.

– Programa incierto. Es correcta la celebración de contratos para obra o servicio determinado y no para trabajos fijos discontinuos cuando la ejecución del

²¹ STS de 16 octubre 2013, rcud. 3198/2012 (Ponente, Sra. Arastey Sahún).

²² STS de 15 julio 2004, rcud. 4443/2003 (Ponente, Sr. Moliner Tamborero).

²³ STS 23 septiembre 1997, rcud. 289/1997 (Ponente, Sr. Somalo Giménez).

²⁴ STS 1 octubre 2001, rcud. 3286/2000 (Ponente, Sr. Fernández López).

²⁵ SSTS 27 marzo 2002, rcud. 2267/2001 (Ponente, Sr. Gullón Rodríguez); 8 noviembre 2005 (rcud. 3779/2004).

²⁶ SSTS 7 julio 2003 (rcud. 4185/2002), 25 noviembre 2003 (rcud. 3933/2002) y 22 marzo 2004 (rcud. 349/2003).

²⁷ STS de 30 octubre 2007, rcud. 2585/2996 (Ponente, Sr. Gil Suárez).

²⁸ SSTS de 14 julio 2009, rec. 2811/2008 (Ponente, Sr. Souto Prieto), 15 septiembre 2009 (rec. 4303/2008), 13 y 17 mayo 2010 (rcuds. 4235/2009 y 3740/2009).

²⁹ STS de 18 septiembre 2012, rcud. 3880/2011 (Ponente, Sra. Segoviano Astaburuaga).

³⁰ STS de 24 octubre 2012, rcud. 749/2012 (Ponente, Sra. Virolés Piñol).

³¹ SSTS 4 mayo 2004, rcud. 4326/2002 (Ponente, Sr. Martínez Garrido) y 26 octubre 2004 (rcud. 3878/2003); 12 y 26 noviembre 2004 (rcuds. 4669/2003 y 5031/2003); 24 octubre 2005 (rcud. 3635/2004).

programa se repite durante años sucesivos pero la actividad es de renovación incierta, por ser un servicio esencial o básico de la entidad, sometida a programación anual previa y condicionada a subvención pública que la financie³².

e) DELIMITACIÓN FRENTE AL CONTRATO EVENTUAL

Resolviendo múltiples supuestos dudosos, la doctrina unificada ha venido estableciendo los siguientes criterios generales: 1.º) El carácter cíclico e intermitente de la contratación y la ausencia de causa incardinable en el artículo 15.1.b) del ET excluyen la eventualidad proclamada en los sucesivos contratos. 2.º) La periodicidad no se rompe por el hecho de que exista una variación de algunos días en el comienzo o terminación de cada período anual de contratación. 3.º) Tampoco es relevante la percepción de la prestación de desempleo durante los intervalos de inactividad, pues ello es algo característico de las series contractuales discontinuas, ni la formalización de la baja en Seguridad Social en el momento en el cese y la formulación de la oferta de empleo. 4.º) No puede admitirse que la anualidad de cada contratación obedezca a «condicionamientos varios», tratando de configurar ésta como un contrato para obra o servicio determinado con sustantividad propia dentro de la empresa, pues ni se ha utilizado esta modalidad contractual, ni se ha probado ninguno de tales «condicionamientos». Como resultado, las conclusiones son estas:

- No se justifica la celebración de una larga serie de contratos eventuales con el mismo trabajador, que se reiteran anualmente por una duración no superior a seis meses, sin amparo en la causa prevista en el artículo 15.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, por lo que debe entenderse que la relación laboral así constituida era fija discontinua³³.

- La realización de encuestas para el INE es una actividad cíclica o periódica, aunque lo sea por periodos limitados y sólo se haya contratado una vez³⁴.

- No es adecuado el contrato eventual por circunstancias de la producción sino el contrato indefinido para trabajos fijos discontinuos para cubrir la plaza de guía-intérprete en una Administración autonómica, cuando la actividad se reproduce de forma cíclica por varios meses durante varios años consecutivos; la falta

³² SSTS de 17 enero 2011, rcud. 721/2010 (Ponente, Sr. Souto Prieto) y 19 enero 2011 (rcud. 976/2010).

³³ STS 1 octubre 2002, rec. 2332/2000 (Ponente, Sr. Desdentado Bonete).

³⁴ STS de 22 febrero 2011, rcud. 2498/2010 (Ponente, Sr. Salinas Molina).

de llamamiento constituye despido improcedente, aunque la plaza haya salido a concurso público para ser cubierta mediante un contrato temporal³⁵.

f) DELIMITACIÓN FRENTE A LA INTERINIDAD POR VACANTE

Es válido el contrato de interinidad concertado para cubrir vacantes de puestos de trabajo fijo discontinuo, una vez que la Administración pública competente haya adoptado el preceptivo acuerdo de creación de tales plazas y las haya incluido en la relación de puestos de trabajo y en tanto no se cubran por los procedimientos reglamentarios; no puede invocarse la condición de indefinido no fijo cuando, a pesar de haber sido fraudulenta la contratación en campañas anteriores, ha mediado un importante lapso temporal sin prestar servicios, rompiéndose de esta forma la unidad esencial del vínculo contractual³⁶.

B) Ejecución de contrata

a) SITUACIÓN PRECEDENTE

Dicho queda que el RDL 32/2021 ha suprimido el contrato de obra o servicio determinado de nuestro ordenamiento jurídico. El artículo 15.1.a ET, con unas u otras limitaciones añadidas, venía admitiendo la temporalidad contractual *«cuando se contrate al trabajador para la realización de una obra o servicio determinados, con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta»*.

Interpretando ese precepto, desde mitad de los años noventa del siglo pasado, la jurisprudencia entendió como válida la contratación para obra o servicio determinado cuyo objeto sea la realización de actividad contratada con un tercero (empresa comitente) por tiempo determinado, extendiéndose su duración por el tiempo que abarca la contrata, aunque su celebración no esté expresamente prevista en el convenio colectivo³⁷.

³⁵ STS de 28 noviembre 2011, rcud. 1157/2011 (Ponente, Sr. Salinas Molina).

³⁶ SSTs de 11 abril 2018, rcud. 2581/2016 (Ponente, Sr. Moralo Gallego) y 20 septiembre 2018, rcud. 2494/2016 (Ponente, Sr. Blasco Pellicer).

³⁷ SSTs 15 enero 1997, rcud. 3827/1995 (Ponente, Sr. Desdentado Bonete); 25 junio 1997 (rcud. 4397/1996); 8 junio 1999 (rcud. 3009/1998); 20 noviembre 2000 (rcud. 3134/1999). Doctrina que reafirman las sentencias citadas en notas siguientes y aplican las SSTs de 28 febrero 2017 (rcud. 1366/2015), 17 abril 2018 (rcud. 11/2016); 27 abril 2018 (rcud. 3926/2015) y 22 mayo 2020 (rcud. 4055/2017).

Solo muchos años después de acuñar tan importante criterio, el TS advirtió que la validez del contrato para obra o servicio determinado vinculado a la duración de la contrata desaparece, convirtiéndose la relación laboral en indefinida, cuando la contrata experimenta sucesivas novaciones y el trabajador permanece adscrito a la misma durante un elevado número de años, pues en tal caso deja de existir la causa que habilitaba la contratación temporal al convertirse la contrata en una actividad permanente de la contratista y no ser previsible la fecha de extinción³⁸.

Finalmente, en diciembre de 2020 la Sala Cuarta concluyó que la decisión de una empresa de externalizar parte de su actividad no genera para la empresa auxiliar una específica causa de temporalidad atendible mediante un contrato de obra o servicio determinado³⁹.

Tan drástico cambio interpretativo provocó una conmoción no solo de futuro, sino también respecto de los numerosos contratos temporales existentes y justificados en el referido tipo de negocio interempresarial⁴⁰. Por su lado, el RDL 32/2021 se proyecta sobre la situación propiciada por el cambio jurisprudencial de modo que acoge la interdicción de contratos para obra o servicio y encauza hacia la CFD, del modo que veremos acto seguido, la buscada flexibilidad de las empresas auxiliares.

b) LA NUEVA REGULACIÓN DEL ARTÍCULO 15.2 ET

Al afrontar el régimen de la contratación temporal por circunstancias de la producción (refundición de los anteriores contratos para obra y eventuales), el último párrafo del artículo 15.2 ET dispone que *«no podrá identificarse como causa de este contrato la realización de los trabajos en el marco de contrata, subcontratas o concesiones administrativas que constituyan la actividad habitual u ordinaria de la empresa, sin perjuicio de su celebración cuando concurren las circunstancias de la producción en los términos anteriores»*.

³⁸ SSTS, Pleno, de 19 (4) julio 2018, rcuds. 823/2017 (Ponente, Sr. Sempere Navarro), 972/2017 (Ponente, Sr. López García de la Serrana), 824/2017 (Ponente, Sra. Arastey Sahún) y 1037/2017 (Ponente, Sra. Segoviano Astaburuaga). Aplican su doctrina las SSTS de 11 octubre 2018 (rcud. 1295/2017), 5 marzo 2019 (rcud. 1128/2017), 28 noviembre 2019 (rcud. 3337/2017), 16 enero 2020 (rcud. 2122/2018), 26 febrero 2020 (rcud. 3388/2017), 3 marzo 2020 (rcud. 3566/2017), 7 mayo 2020 (rcud. 88/2017), 14 mayo 2020 (rcud. 1396/2017) y 21 mayo 2020 (rcud. 3704/2017).

³⁹ STS, Pleno, de 29 diciembre 2020, rcud. 240/2018 (Ponente, Sra. Arastey Sahún).

⁴⁰ La STC 95/1993, de 22 de marzo, advierte que la sentencia que introduce un cambio jurisprudencial «hace decir a la norma lo que la norma desde un principio decía, sin que pueda entenderse que la jurisprudencia contradictoria anterior haya alterado esa norma, o pueda imponerse como Derecho consuetudinario frente a lo que la norma correctamente entendida dice» (FJ 3).

De esta matizada proscripción, pese a lo que suele afirmarse, deriva que no estamos ante una prohibición absoluta de que la empresa contratista acuda a la contratación temporal. La exclusión abarca los supuestos de colaboraciones interempresariales «*que constituyan la actividad habitual u ordinaria de la empresa*». Además, en todo caso (es decir incluso tales empresas contratistas) cabe acudir a la temporalidad pero solo si concurren las genéricas circunstancias que la Ley admite como habilitadores del recurso a la temporalidad⁴¹.

c) LA NUEVA REGULACIÓN DEL ARTÍCULO 16.1 ET

El segundo párrafo del artículo 16.1 abre la CFD al supuesto que acabamos de referir: «*El contrato fijo-discontinuo podrá concertarse para el desarrollo de trabajos consistentes en la prestación de servicios en el marco de la ejecución de contratatas mercantiles o administrativas que, siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa*». Esta previsión suele identificarse como la solución legal a la restricción introducida en el contrato de duración determinada. Y es que, siempre que la contrata sea previsible y forme parte de la actividad ordinaria de la compañía, podrá ser objeto del contrato fijo-discontinuo.

Ahora bien, el apartado 4 del artículo 16 del ET impone un límite importante en estos casos. En concreto que «*los periodos de inactividad solo podrán producirse como plazos de espera de recolocación entre subcontrataciones*». El adverbio utilizado por el legislador respecto de los periodos de inactividad -«*solo*»- genera inevitablemente una incertidumbre respecto de las contratatas que atendieran servicios estacionales. Por ejemplo, servicio de comedores de colegio, mantenimiento de piscinas, etc. ¿Qué tratamiento debiera darse a los periodos de inactividad que vengan dados por la propia naturaleza de la contrata y no obedezcan a una recolocación de subcontratación? (adviértase que esta previsión solo se incluye en este apartado). Asimismo, el plazo máximo de inactividad podrá ser determinado por los convenios colectivos sectoriales, y en su defecto, no podrá exceder de 3 meses⁴².

Una vez cumplido dicho plazo, «*la empresa adoptará las medidas coyunturales o definitivas que procedan, en los términos previstos en esta norma*». La críptica dicción quiere apuntar a las diversas posibilidades de reestructura-

⁴¹ Estamos ante cierta discordancia entre el tenor de la norma y su Preámbulo, conforme al cual «*En ningún caso podrán identificarse como causa del contrato de circunstancias de la producción la realización de los trabajos en el marco de contratatas, subcontratas o concesiones administrativas que constituyan la actividad habitual u ordinaria de la empresa*».

⁴² En este sentido, ABRIL LARRAINZAR, P., en AA. VV., *Reformas Laborales y de Seguridad Social* (RDL 32/2021, L 20/2021, L 21/2021 y L 22/2021), Lefebvre, 2022

ción empresarial (modificación sustancial, movilidad geográfica, suspensiones contractuales, descuelgues de convenios, ajustes de plantilla, etc.), toda vez que ya no es posible invocar la terminación de la relación laboral por llegada del término pactado.

C) Empresas de Trabajo Temporal

a) SITUACIÓN PRECEDENTE

El artículo 10.1 de la Ley 14/1994 proclama que el contrato de trabajo celebrado entre la ETT y el trabajador para prestar servicios en empresas usuarias podrá concertarse por tiempo indefinido o por duración determinada, coincidente con la del contrato de puesta a disposición. Y el artículo 6.2 señala que podrán celebrarse contratos de puesta a disposición entre una empresa de trabajo temporal y una empresa usuaria en los mismos supuestos y bajo las mismas condiciones y requisitos en que la empresa usuaria podría celebrar un contrato de duración determinada conforme a lo dispuesto en los arts. 11 y 15 ET.

Combinando esas previsiones, la jurisprudencia concluyó que nuestro Derecho excluía el CFD como una de las modalidades admitidas para proceder a la ulterior cesión a la empresa usuaria. «No cabe calificar de actividad fija discontinua la llevada a cabo por el trabajador contratado por una ETT ya que la actividad que realiza la citada empresa es la puesta a disposición de trabajadores para la empresa usuaria, para la realización de tareas de carácter temporal –a tenor del artículo 6.1 de la LETT– y dichas tareas no están dotadas de una cierta homogeneidad, ya que dependerá del tipo de actividad que demande la empresa usuaria. No sería posible el poner a disposición de la empresa usuaria al trabajador para la realización de tareas cíclicas, que se repiten periódicamente ya que en ese caso estaríamos ante un trabajador indefinido fijo discontinuo de la empresa usuaria, lo que no está permitido por la LETT, que solo contempla la posibilidad de realizar contratos temporales»⁴³.

b) LA NUEVA REGULACIÓN

El párrafo tercero del artículo 16.1 ET, en la actualidad, alberga la posibilidad que la expuesta jurisprudencia había excluido: *«podrá celebrarse un*

⁴³ STS, Pleno Sala 4.^a, de 30 julio 2020 (rcud. 3998/2017) (Ponente, Sra. Segoviano Astaburuaga, con Voto particular de las magistrados Blasco Pellicer, Moralo Gallego y de la magistrada García Paredes, de un lado, y otro de la magistrada Ureste García).

contrato fijo-discontinuo entre una empresa de trabajo temporal y una persona contratada para ser cedida, en los términos previstos en el artículo 10.3 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal».

La Disposición Final Primera del RDL 32/2021 modifica la Ley 14/1994, dando cabida a la posibilidad de que celebren celebrar contratos de carácter fijo-discontinuo para la cobertura de contratos de puesta a disposición vinculados a necesidades temporales de diversas empresas usuarias. De su tenor cabe deducir lo siguiente:

- El recurso a la CFD es meramente una opción o posibilidad para cada ETT y respecto de cada persona trabajadora; no constituye un molde preceptivo.
- Los puestos de trabajo a cubrir deben venir vinculados a necesidades temporales de diversas empresas usuarias. Se trata de exigencia muy relevante, pues deja en entredicho la extendida idea (a nuestro juicio errónea) de que la apertura de la CFD a la ETT le posibilita ceder a su personal para necesidades de a empresa usuaria que tienen encaje en el artículo 16 ET.
- En caso de haber puesto en juego esta modalidad contractual, los periodos de inactividad coincidirán con el plazo de espera entre dichos contratos.
- Las referencias del artículo 16 ET a la negociación colectiva deben entenderse hechas a los convenios colectivos sectoriales o de empresa de la ETT.
- Los referidos convenios colectivos pueden prever una garantía de empleo para las personas contratadas bajo esta modalidad.

3. ASPECTOS COLECTIVOS

A) Contexto

A partir de las apreciaciones críticas sobre anteriores reformas normativas⁴⁴, el RDL insiste en que la modernización de la arquitectura de la negociación colectiva constituye una pieza clave del paquete de reformas, que aborde aspectos tales como la ultraactividad de convenios y la correcta relación entre convenios sectoriales y de empresa. Como conclusión, traza tres

⁴⁴ Las sucesivas reformas anteriores han determinado una elevación desconocida de la inseguridad jurídica, derivando, además, en una arquitectura de negociación colectiva que no responde a las necesidades actuales, con importantes distorsiones desde el punto de vista de la adaptación a los requerimientos de los diferentes sectores y empresas. Por consiguiente, es imprescindible realizar la vertebración de un sistema de relaciones laborales equilibrado, en un contexto de intenso cambio, como consecuencia de la transición ecológica y la digitalización.

grandes pautas para la introducción de sus novedades en materia de negociación colectiva:

1.^a) Potenciar la relevancia del convenio para configurar dinámicas empresariales y productivas eficientes: adaptación de condiciones, seguridad, pacificación, reservando la competencia entre empresas a la calidad y no reducción de los costes.

2.^a) Adoptar cautelas para que la descentralización de los convenios colectivos no provoque un efecto devaluador de costes retributivos o desventajas injustificadas entre las empresas, y aporte flexibilidad en la medida adecuada.

3.^o) Incorporar cambios en la propia estructura de negociación, reforzando la representatividad de las partes negociadoras, enriqueciendo sus contenidos y reforzando la seguridad jurídica en su aplicación y en sus efectos.

Sobre tales premisas aparece un par de cambios en la arquitectura de la negociación colectiva. Así, se recupera la tendencia hacia la ultraactividad irrestricta de los convenios cuya vigencia haya vencido. Se rediseña la relación entre convenios sectoriales y de empresa, asegurando las cautelas y garantías para que la descentralización de los convenios colectivos no provoque un efecto devaluador de costes retributivos o desventajas injustificadas entre las empresas. A lo largo de todo el articulado se fortalece el ámbito de actuación de los sujetos negociadores de los convenios colectivos. Es la negociación de carácter sectorial la que aparece como preferida a tal efecto, aunque sin descartar la virtualidad de cualquier otra. Resulta ilustrativo examinar el papel que el RDL 32/2021 asigna a la negociación colectiva en materia de CFD.

B) Acuerdos de empresa

Aunque el legislador se esfuerza en defender la primacía del convenio colectivo, ante la eventualidad de que no haya ninguno aplicable, o de que el existente ignore la materia, abre la posibilidad (subsidiaria, por tanto) de que otro producto de la autonomía colectiva («el acuerdo») asuma ciertas competencias en materia de CFD:

– Los criterios aplicables al llamamiento en caso de trabajos fijos-discontinuos pueden establecerse mediante «*acuerdo de empresa*» si no existe convenio que los regule (art. 16.3 ET).

– En caso de ausencia de convenio sectorial, el «*acuerdo de empresa*» puede concretar el modo en que el empleador informe a quienes trabajan en

régimen fijo-discontinuo sobre la existencia de puestos vacantes de tipo ordinario (art. 16.7 ET).

La relativa delicuescencia del concepto «acuerdo» puede generar dudas acerca de su verdadero alcance. Pero si se repara en que se trata de establecer derechos que afectan potencialmente a todas las personas con CFD no queda más remedio que concluir con claridad: debe tratarse de acuerdos que, por la representatividad de quien los suscriba, posean aplicación general (al menos dentro del colectivo de personas real o potencialmente afectadas).

C) Convenios colectivos sectoriales

a) JURISPRUDENCIA PREEXISTENTE

Conforme a jurisprudencia consolidada, cuando se trata de delimitar la frontera entre CFD y temporal prima la reiteración de esa necesidad en el tiempo, aunque lo sea por periodo limitado, de modo que la segunda solo procede cuando la necesidad de trabajo es en principio transitoria, imprevisible y fuera de cualquier ciclo regular. Por eso, se considera CFD el existente cuando se produce una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico o en intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad⁴⁵.

Así, reviste la condición de trabajador fijo discontinuo el peón agrícola que presta servicios en campañas de recolección de cítricos a través de sucesivos contratos temporales, en tareas reiteradas de forma permanente en determinados períodos o campañas, que se repiten todos los años aunque no en las mismas fechas. En consecuencia, es ilegal la cláusula convencional que establece requisitos para el acceso al contrato fijo discontinuo, desconociendo los requisitos objetivos de este tipo de contrato establecidos en el artículo 15.8 del ET⁴⁶.

b) COMPETENCIAS ACTUALES

El nuevo artículo 16.5 del ET, otorga al convenio colectivo de ámbito sectorial (y solo a este por cuanto es el único referido) un papel protagonista a la hora de regular aspectos esenciales del CFD:

1.º) Establecer una bolsa sectorial de empleo en la que se podrán integrar las personas fijas-discontinuas durante los periodos de inactividad, con el objetivo de favorecer su contratación y su formación continua durante estos;

⁴⁵ SSTS de 18 diciembre 1991 (rcud. 1282/1990), 27 mayo 1997 (rcud. 4140/1996), 28 abril 1998 (rcud. 3069/1997), 27 marzo 2002 (rcud. 2267/2001), 25 noviembre 2003 (rcud. 3933/2002), 22 marzo 2004 (rcud. 349/2003), 4 mayo 2004 (rcud. 4326/2003) y 30 de mayo de 2007 (rcud. 5315/2005).

⁴⁶ STS de 26 octubre 2016, rcud. 3826/2015 (Ponente, Sr. Blasco Pellicer).

2.º) Acordar, cuando las peculiaridades de la actividad del sector así lo justifiquen, la celebración a «*tiempo parcial*» de los contratos fijos-discontinuos⁴⁷, y la obligación de las empresas de elaborar un censo anual del personal fijo-discontinuo.

3.º) Establecer un periodo mínimo de llamamiento anual (inicio, duración, compensación económica).

4.º) Fijar una cuantía por fin de llamamiento a satisfacer por las empresas a las personas trabajadoras, cuando este coincida con la terminación de la actividad y no se produzca, sin solución de continuidad, un nuevo llamamiento.

5.º) La nueva regulación admite expresamente la contratación fija-discontinua para la ejecución de contrata insertas en la actividad ordinaria de la empresa (art. 16.1. II ET), pero en tales casos los periodos de inactividad (espera de recolocación) tienen una duración máxima de tres meses «*en defecto de previsión convencional*»⁴⁸, siendo «*los convenios sectoriales*» los habilitados para «determinar un periodo máximo de inactividad entre contrata».

6.º) Asimismo, el «*convenio colectivo sectorial*» es cauce prioritario para concretar el modo en que la empresa informe a quienes trabajan en régimen fijo-discontinuo sobre la existencia de puestos vacantes de tipo ordinario (art. 16.7 ET).

D) Representación de la plantilla

Conviene recordar que Comités o Delegados de Personal representan tanto a los trabajadores fijos como a los fijos de carácter discontinuo (y a los vinculados por contratos de duración determinada). Todos ellos se computan para determinar el número de representantes que deban elegirse, con una particularidad: los trabajadores contratados por un plazo no superior al año se computan de acuerdo con los días –cada doscientos se consideran como un trabajador más– trabajados durante el año anterior a la convocatoria de la elección (art. 72 ET).

En el cómputo de la plantilla del centro de trabajo para determinar el número de delegados sindicales deben incluirse los trabajadores fijos disconti-

⁴⁷ La ausencia de tal previsión genera situaciones de difícil resolución cuando realmente la actividad objeto de la contrata no permita ofrecer ocupación efectiva durante la jornada ordinaria.

⁴⁸ La previsión del artículo 16.4.II es confusa a la hora de precisar si está dispositivizando su contenido (lo que concedería carta blanca al convenio respecto de la duración máxima de tales periodos), o si la autonomía colectiva ha de ceñirse al plazo máximo trimestral.

nuos y temporales, en la forma prevista en el artículo 72 ET, que resulta aplicable por analogía⁴⁹.

4. CUESTIONES FORMALES E INFORMATIVAS

A) **Forma**

La forma en que este contrato debe suscribirse sigue siendo la misma que en la redacción precedente⁵⁰. Se deberá formalizar necesariamente por escrito. De no observarse la exigencia de forma escrita, el contrato de trabajo se presumirá celebrado por tiempo indefinido y a jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite su naturaleza temporal o el carácter a tiempo parcial de los servicios (art. 8.2. III ET).

Deberá reflejar los elementos esenciales de la actividad laboral («entre otros», deberá incorporar, «la duración del periodo de actividad, la jornada y su distribución horaria, si bien estos últimos podrán figurar con carácter estimado, sin perjuicio de su concreción en el momento del llamamiento»).

Se trata de exigencias especialmente relevantes para evitar tanto la incertidumbre de quien trabaja cuanto para posibilitar el control del cumplimiento de las normas por parte de los sujetos encargados de ello.

B) **Deberes informativos**

La empresa deberá informar a las personas fijas-discontinuas y a la RLT sobre la existencia de puestos de trabajo vacantes de carácter fijo ordinario, de manera que aquellas puedan formular solicitudes de conversión voluntaria, de conformidad con los procedimientos que establezca el convenio colectivo sectorial o, en su defecto, el acuerdo de empresa

El artículo 16.3.II ET dispone que la empresa deberá trasladar a la RLT, con la suficiente antelación, al inicio de cada año natural, un calendario con las previsiones de llamamiento anual, o, en su caso, semestral, así como los datos de las altas efectivas de las personas fijas discontinuas una vez se produzcan.

⁴⁹ STS de 26 abril 2010, rcud. 1777/2009 (Ponente, Sr. Souto Prieto).

⁵⁰ Nuevo artículo 16.2 del ET y antiguo 16.3 del ET.

5. DERECHOS ESPECÍFICOS

A) El llamamiento

a) SITUACIÓN PREEXISTENTE

En la redacción anterior al RDL 32/2021 las reglas de llamamiento se remitían a lo establecido en convenio colectivo. En concreto, la única previsión al respecto decía lo siguiente: «*Los trabajadores fijos-discontinuos serán llamados en el orden y la forma que se determine en los respectivos convenios colectivos*»⁵¹.

La importancia de tal remisión propició que en algún caso se debatiera, precisamente, sobre el convenio que debía gobernar los llamamientos. Por ejemplo: la duración del llamamiento del personal fijo discontinuo que prestaba servicios para el Instituto Municipal de Deportes y luego pasó, por subrogación, al Ayuntamiento de Madrid, será la requerida para la realización del servicio, sin que sea exigible que la misma se extienda durante un período de seis meses cada año, como preveía el derogado convenio colectivo de dicho organismo⁵². Ha de aplicarse el convenio colectivo propio de la Junta de Andalucía, que no el del campo, a trabajador fijo discontinuo destinado a finca de investigación de la Comunidad Autónoma⁵³.

La doctrina mayoritaria sostiene la validez de los criterios jurisprudenciales surgidos interpretando ese precepto:

– Duración temporada. La duración del llamamiento será la requerida para la realización del servicio, sin que sea exigible que la misma se extienda durante el período mínimo de seis meses que preveía el convenio colectivo ya derogado⁵⁴.

– Identificación despido. A los efectos del inicio del cómputo de la acción por despido, los documentos emitidos por la empresa al finalizar una campaña no tienen otra significación que la de comunicar la terminación de la temporada; y se requiere, para que expresen la voluntad empresarial de extin-

⁵¹ Anterior artículo 16.2 del ET.

⁵² SSTS de 24 abril 2012, rcud. 2243/2011 (Ponente, Sra. Segoviano Astaburuaga) y 29 septiembre 2014, rcud. 2797/2013 (Ponente, Sr. López García de la Serrana).

⁵³ SSTS 26 septiembre 2006, rcud. 2984/2005 (Ponente, Sr. Varela Autrán); 2, 9 y 11 octubre 2006 (rcuds. 2850/2005, 4600/2005, 1548/2005 y 3870/2005 (Ponente, Sr. Gil Suárez).

⁵⁴ STS de 24 abril 2012, rcud. 2243/2011 (Ponente, Sra. Segoviano Astaburuaga).

guir la relación laboral, que pongan claramente en conocimiento de los trabajadores que no serán admitidos en temporadas sucesivas⁵⁵.

– Sin llamamiento. La falta de llamamiento del trabajador fijo discontinuo al inicio de la campaña se equipara a un despido improcedente, no debiendo prosperar su calificación como nulo por el simple hecho de haberse obviado la comunicación escrita (antes de las modificaciones operadas en el ET por Ley 11/1994)⁵⁶.

– Descenso actividad. No constituye despido la falta de llamamiento por caída del consumo en una determinada temporada, aplazando la empresa el llamamiento al año siguiente pues con ello demuestra que no tiene voluntad de rescindir el contrato⁵⁷.

– Comedores escolares. Constituye despido improcedente la falta de llamamiento al comienzo de un nuevo curso de las cocineras adscritas al servicio de comedor de un colegio público que la empresa gestiona por concesión administrativa⁵⁸.

– Deportes madrileños. La duración del llamamiento del personal fijo discontinuo que prestaba servicios para el Instituto Municipal de Deportes y luego pasó, por subrogación, al Ayuntamiento de Madrid, será la requerida para la realización del servicio, sin que sea exigible que la misma se extienda durante un período de seis meses cada año, como preveía el derogado convenio colectivo de dicho organismo⁵⁹.

– Sin alta pero en ILT. No puede calificarse como despido la omisión del alta en Seguridad Social de un trabajador fijo discontinuo que, pese a ser llamado, no puede incorporarse por encontrarse en situación de incapacidad laboral transitoria⁶⁰.

– Situación de IT. La obligación de llamamiento al reanudarse la actividad persiste aunque el trabajador esté en situación de incapacidad temporal,

⁵⁵ STS 18 diciembre 1991, rcud. 1282/1990 (Ponente, Sr. Del Riego Fernández).

⁵⁶ SSTS 6 febrero 1995, rcud. 1662/1994 (Ponente, Sr. Bris Montes) y 23 octubre 1995 (rcud. 627/1995).

El Auto 12 noviembre 1997, rec. 2169/1997 (Ponente, Sr. Salinas Molina) considera la doctrina unificada, de manera que hay ausencia de contenido casacional en el recurso que se interpone desconociéndola.

⁵⁷ SSTS de 23 abril 2012, rcud. 3106/2011 (Ponente, Sra. Calvo Ibarlucea), y 24 abril 2012 (PROV\2012\252353).

⁵⁸ STS 23 junio 1998, rec. 4765/1997 (Ponente, Sr. Marín Correa).

⁵⁹ SSTS de 24 abril 2012, rcud. 2243/2011 (Ponente, Sra. Segoviano Astaburuaga), y 29 septiembre 2014, rcud. 2797/2013 (Ponente, Sr. López García de la Serrana).

⁶⁰ STS 28 julio 1995, rec. 3443/94 (Ponente, Sr. Varela Aufrán).

debiendo la empresa darlo de alta en Seguridad Social y cotizar por los días en los que le hubiese correspondido trabajar⁶¹.

b) LA NUEVA REGULACIÓN (ART. 16.3 ET)

Ahora, tras los cambios operados por la norma de urgencia: 1.º) Amplía la herramienta jurídica que podrá regularlo (no solo por convenio colectivo sino también por acuerdo de empresa); 2.º) Exige un mínimo que la norma paccionada deberá respetar; 3.º) Impone un concreto deber de información a la representación legal de la plantilla. Aquilatando estos cambios puede decirse lo siguiente:

– Papel del convenio o acuerdo: mediante convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo de empresa, se establecerán los criterios objetivos y formales por los que debe regirse el llamamiento de las personas fijas-discontinuas.

– Límite: en todo caso, el llamamiento deberá realizarse por escrito o *«por otro medio que permita dejar constancia de la debida notificación a la persona interesada con las indicaciones precisas de las condiciones de su incorporación y con una antelación adecuada»*.

– Obligación de informar a la RLPT: la empresa deberá trasladar a la RLPT, *«con la suficiente antelación, al inicio de cada año natural»*, un calendario con las previsiones de llamamiento anual, o, en su caso, semestral, así como los datos de las altas efectivas de las personas fijas discontinuas una vez se produzcan.

El nuevo apartado tercero concluye con una previsión similar (no idéntica) a la de la anterior redacción, advirtiendo que las personas fijas-discontinuas podrán ejercer las acciones que procedan en caso de incumplimientos relacionados con el llamamiento, iniciándose el plazo para ello desde el momento de la falta de este (nuevo)⁶², o desde el momento en el que la conociesen.

c) LLAMAMIENTO Y DESPIDO

Conforme al viejo artículo 16.2 ET, en caso de CFD y ausencia del debido llamamiento es posible reclamar en procedimiento de despido ante la juris-

⁶¹ STS 14 julio 2016, rec. 3254/2015 (Ponente, Sr. Blasco Pellicer).

⁶² Vid SSTS de 24 de abril de 2012 (Rec. 3340/2011) y de 28 de junio de 2018 (Rec. 159/2017).

dicción competente, iniciándose el plazo para ello desde el momento en que tuviese conocimiento de la falta de convocatoria. El vigente artículo 16.3.II ET prescribe que *«las personas fijas-discontinuas podrán ejercer las acciones que procedan en caso de incumplimientos relacionados con el llamamiento, iniciándose el plazo para ello desde el momento de la falta de este o desde el momento en que la conociesen»*.

Puesto que la fórmula presenta variaciones, hay que preguntarse si sigue siendo válida la doctrina confirme a la cual la modalidad procesal por despido es la adecuada, y no la demanda de extinción del contrato de trabajo *ex* artículo 50 ET, para reaccionar ante la falta de llamamiento al reiniciarse la actividad fija y periódica, que constituye un despido tácito, sin que esta conclusión se vea alterada por el hecho de que la empresa efectuase un llamamiento extemporáneo después de haber presentado el trabajador aquella demanda⁶³. Tampoco es descartable que estemos ante una indebida falta de llamamiento pero la empresa carezca de voluntad extintiva (por ejemplo, al haber desconocido los criterios para el orden de incorporación), de modo que sea viable una reclamación salarial.

Seguramente, la previsión alternativa respecto del arranque de la caducidad (falta de llamamiento o momento en que se conoce) quiere dar acogida al criterio jurisprudencial según el cual el plazo de caducidad para accionar por despido cuando un fijo discontinuo no es llamado al trabajo se corresponde con el momento en que se produce esa falta de llamada⁶⁴. Se trataba de criterio «defensivo», es decir, surgido al hilo de una discusión sobre si ese plazo transcurrió desde que la empresa notificó la terminación del ilícito contrato para obra o servicio del curso anterior.

Pero conviene advertir que esa doctrina no vale para la fijeza ordinaria. Tratándose de una sucesión de contratos temporales irregulares, celebrados en fraude de ley, sin que por las características de la contratación pueda ésta considerarse fija discontinua sino fija ordinaria o continua a tiempo completo, el plazo de caducidad de veinte días hábiles para accionar por despido empieza a computar el día siguiente al de finalización del último contrato temporal⁶⁵.

Constituye un despido colectivo la falta de llamamiento de trabajadores fijos discontinuos, en número superior a los umbrales del artículo 51.1 ET, subyaciendo en esta decisión causas económicas, organizativas o productivas;

⁶³ STS de 28 junio 2018, rcud. 159/2017 (Ponente, Sra. Virolés Piñol).

⁶⁴ STS 27 marzo 2002, rec. 2267/2001 (Ponente, Sr. Gullón Rodríguez).

⁶⁵ STS de 19 febrero 2019, PROV\2019\91792 (Ponente, Sr. Blasco Pellicer).

el despido es nulo por omisión del procedimiento establecido en el artículo 51 ET, que es una exigencia legal la cual no puede ser obviada por pacto o acuerdo colectivo, ni siquiera por pacto de fin de huelga⁶⁶.

Los salarios de tramitación en caso de despido improcedente de los trabajadores fijos discontinuos sólo se extienden hasta la fecha en que habría terminado la actividad cíclica que motiva el contrato⁶⁷.

Resulta discriminatorio fijar por la Administración una superior temporada de trabajo al personal de extinción de incendios que se adhirió al convenio colectivo extraestatutario, posteriormente anulado parcialmente, y mantener la anterior jornada anual, más reducida, a quienes rechazaron la adhesión; en consecuencia, la Administración debe abonar los salarios correspondientes al período dejado de trabajador por no haber sido incluidos en el llamamiento⁶⁸.

B) **Indemnidad (art. 16.6. I ET)**

El nuevo artículo 16.6 ET refuerza el reconocimiento de los derechos de conciliación de las personas vinculadas por CFD: no podrán sufrir perjuicios por el ejercicio de los derechos de conciliación, ausencias con derecho a reserva de puesto de trabajo y otras causas justificadas en base a derechos reconocidos en la ley o los convenios colectivos.

C) **Cómputo de antigüedad**

a) SITUACIÓN PREEXISTENTE EN EL COMPLEMENTO DE ANTIGÜEDAD

Son dos los tipos de problemas afrontados en el ámbito del complemento de antigüedad. Uno, le referido a cuestiones de índole general. Otro, el específico sobre los periodos de inactividad.

⁶⁶ SSTS de 10 (3) mayo 2017 (rcuds. 1623/2016, 1247/2016 y 1246/2016); 28 febrero 2018 (rcud. 999/2016); 27 septiembre 2018 (rcud. 3855/2016); 15 octubre 2018 (rcud. 3854/2016); 18 octubre 2018 (rcud. 3594/2016); 9 abril 2019 (rcud. 2588/2017); 11 abril 2019 (rcud. 1200/2017); 25 abril 2019 (rcud. 2827/2017); 12 diciembre 2019 (rcud. 2397/2017) y 10 marzo 2020 (rcud. 2760/2017), Ponente, Sra. Arastey Sahún.

⁶⁷ SSTS de 23 marzo 2011, rcud. 2199/2010 (Ponente, Sr. López García de la Serrana); 4 abril 2011 (rcud. 2175/2010); 24 septiembre 2012 (rcud. 2821/2011) y 2 julio 2013, rcud. 2597/2012 (Ponente, Sr. Gilolmo López).

⁶⁸ STS de 21 enero 2014, rcud. 2597/2012 (Ponente, Sr. De Castro Fernández).

Respecto del primero: deben computarse, a efectos del complemento de antigüedad, los servicios prestados bajo contratos temporales que, en realidad, servían para realizar trabajos fijos discontinuos desde la tipificación legal de esta figura contractual en el artículo 15.6 del ET⁶⁹. El cómputo de la antigüedad se remonta al comienzo de la relación laboral, a todos los efectos (no sólo los económicos), cuando media una sucesión de contratos temporales por circunstancias de la producción en actividad que es considerada fija discontinua⁷⁰. La antigüedad del trabajador fijo discontinuo al que se reconoce judicialmente tal condición se computa desde la fecha del primer contrato aparentemente temporal concertado con la empresa (Iberia)⁷¹.

Respecto del segundo, inicialmente el TS sostuvo que el cómputo de la antigüedad de los trabajadores fijos discontinuos, a efectos del devengo de trienios y de causar derecho a la promoción profesional, solo tendrá en cuenta el tiempo efectivo de prestación de servicios y no el tiempo transcurrido desde el primer contrato⁷².

Sin embargo, por exigencia de la doctrina del TJUE (advirtiendo una indirecta discriminación por razón de género, dado que la mayoría de personas con CFD eran mujeres)⁷³, el TS cambió de criterio y pasó a sostener que a efectos de promoción económica, trienios y de promoción profesional –interna, vertical, horizontal y externa– de los trabajadores fijos discontinuos, se tendrá en cuenta todo el tiempo de duración de la relación laboral y no únicamente el tiempo efectivamente trabajado⁷⁴.

⁶⁹ SSTS 11 noviembre 2002, rcud. 1886/2002 (Ponente, Sr. Marín Correa); 25 abril 2005 (rcud. 923/2004); 28 junio 2007 (rcud. 2461/2006) y 20 julio 2010 (rcud. 2955/2009).

⁷⁰ SSTS de 14 octubre 2014, rcud. 467/2014 (Ponente, Sr. Gilolmo López); 15 octubre 2014 (rcud. 164/2014); 15 octubre 2014 (rcud. 492/2014); 20 noviembre 2014 (rcud. 1300/2013); 7 mayo 2015 (rcud. 343/2014); 24 febrero 2016 (PROV/2016/71103); 1 julio 2016 (rcud. 615/2015); 28 septiembre 2016 (rcud. 3936/2014); 17 noviembre 2020, rcud. 40/2019 (Ponente, Sr. Blasco Pellicer), y 25 noviembre 2020 (rcud. 777/2019 (Ponente, Sr. Molins García-Atance).

⁷¹ STS 25 febrero 1998, rec. 2013/97 (Ponente, Sr. Fernández López).

⁷² SSTS de 18 enero 2018, rcud. 2853/2015 (Ponente, Sr. López García de la Serrana); 1 marzo 2018 (rcud. 562/2017); 1 marzo 2018 (rcud. 192/2017); 13 marzo 2018 (rcud. 77/2017); 13 marzo 2018 (rcud. 446/2017); 5 junio 2018 (rcud. 2370/2017); 5 junio 2018 (rcud. 2781/2017); 5 junio 2018 (rcud. 1836/2017); 6 junio 2018 (rcud. 1696/2017); 7 junio 2018 (rcud. 2977/2017); 17 julio 2018 (rcud. 2192/2017); 12 septiembre 2018 (rcud. 3309/2017); 12 septiembre 2018 (rcud. 3300/2017); 12 septiembre 2018 (rcud. 2077/2017); 12 septiembre 2018 (rcud. 2784/2017); 18 diciembre 2018 (rcud. 300/2017) y 5 marzo 2019 (rcud. 3147/2017).

⁷³ Auto de 15 de octubre de 2019 (C-439/2018).

⁷⁴ SSTS de 19 noviembre 2019, rcud. 2309/2017 (Ponente, Sra. Segoviano Astaburuaga); 10 diciembre 2019 (rcud. 2932/2017); 19 mayo 2020 (rcud. 3625/2017, Ponente, Sr. Blasco Pellicer) y 25 junio 2020 (rcud. 3739/2017, Ponente, Sr. Bodas Martín).

b) SITUACIÓN PREEXISTENTE EN EL CÁLCULO DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO

El TS ha resuelto que tanto la doctrina del TJUE como la propia referida no se aplica al cálculo de la indemnización por despido. Conforme al tenor literal de la norma (art. 56.1 del TRET: «por año de servicio»), esos periodos de inactividad no deben computarse a efectos indemnizatorios. La indemnización por despido constituye una compensación por la extinción del contrato que tiene naturaleza extrasalarial y que se calcula sobre la base del tiempo de servicio, con los topes legales. Durante los periodos de inactividad no se produce dicha prestación de servicios, por lo que no puede computarse con esta finalidad.

En suma, no deben computarse los periodos de inactividad o entre campañas para el cálculo de la indemnización por despido improcedente de los trabajadores fijos discontinuos, solo los periodos en los que ha existido prestación efectiva de servicios; no existe discriminación respecto de un trabajador fijo a tiempo completo, porque en ambos casos se computan los servicios efectivamente prestados⁷⁵.

c) LA NUEVA REGULACIÓN (ART. 16.6.II ET)

No existe unanimidad acerca del alcance que posee la regulación estampada en el segundo párrafo del actual artículo 16.6.II ET. Conforme a ella aparecen dos reglas sobre el derecho de quienes están vinculados mediante CFD:

– Primera: *tienen derecho a que su antigüedad se calcule teniendo en cuenta toda la duración de la relación laboral y no el tiempo de servicios efectivamente prestados.*

– Segunda: ese criterio general cuenta con *la excepción de aquellas condiciones que exijan otro tratamiento en atención a su naturaleza y siempre que responda a criterios de objetividad, proporcionalidad y transparencia.*

De este modo, queda claro que a efectos de determinación del período de antigüedad del trabajador, es computable todo el tiempo de trabajo en la empresa, así como el tiempo transcurrido en situación de excedencia forzosa (artículo 46.1 ET). La antigüedad en el trabajo fijo discontinuo se computa desde el inicio de la actividad, teniendo en cuenta toda la duración de la relación laboral y no el tiempo

⁷⁵ STS de 30 julio 2020, rcud. 324/2018 (Ponente, Sr. Molins García-Atance).

de servicios efectivamente prestados (art. 16.6. II ET). La norma se refiere al cómputo de la «*antigüedad*» –no a «*años de servicio*»–; de lo que podría deducirse que la fórmula de cálculo prevista en la ley viene referida a efectos de reconocimiento de derechos (ya sean económicos, de promoción, etc.). De este modo, podría concluirse que el legislador ha positivado el previo estado de la cuestión.

Sin embargo, como no se habla de «complemento de antigüedad» tampoco está descartada la interpretación distinta. Todo depende, en suma, del alcance que se confiera a la regla excepcional sobre *condiciones que exijan otro tratamiento*.

D) **Periodos de inactividad**

El artículo 16.8 ET identifica a las personas con CFD como colectivo prioritario para el acceso a las iniciativas de formación del sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral durante los periodos de inactividad.

Aunque la protección por desempleo queda al margen de esta exposición, conviene recordar que los periodos de inactividad siguen protegidos por desempleo⁷⁶; desaparece referencia a fijos periódicos en fechas ciertas (art. 267.1 LGSS). Además, es previsible que la acción protectora por este motivo se vea mejorada en los próximos tiempos.

6. CUESTIONES COMPLEMENTARIAS

A) **Infracciones y Sanciones en el Orden Social**

a) El artículo quinto del RDL 32/2021 modifica el RDLeg 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social («LISOS») con el objetivo declarado de «*adaptar la norma sancionadora a las nuevas previsiones de la norma material*»⁷⁷. Sin embargo, y como la propia Exposición de Motivos reconoce, se ha introducido dos importantes cambios que afectan a la sanción de los incumplimientos en materia de contratación y ETT. A saber: (i) individualización de la infracción (que conllevan la modificación de cada tipo infractor); y (ii) incremento de la cuantía (mediante la incorporación de una nueva letra c) al artículo 40.1 de la LISOS).

⁷⁶ STS de 29 septiembre 2004, rcud. 6032/2003 (Ponente, Sr. Desdentado Bonete).

⁷⁷ Exposición de Motivos del RDL 32/2021.

b) Deberes de información [artículo 6.5 LISOS –infracción leve–]. Constituye infracción leve el incumplimiento del deber de informar sobre las vacantes en el caso de contratos formativos y fijos-discontinuos.

c) Transgresión de la normativa sobre modalidades contractuales [artículo 7.2 LISOS –infracción grave–]. El tipo infractor de los incumplimientos en materia de contratación se encuentra en el artículo 7.2 de la LISOS. Siendo ello así, la novedad ahora consiste en la individualización de la infracción. Es decir, «*se considerará una infracción por cada una de las personas trabajadoras afectadas*»⁷⁸.

d) ETTs: Como en el caso anterior, la modificación ha consistido en individualizar la infracción y en aplicarle la nueva cuantía introducida, pese al número de preceptos afectados⁷⁹. Formalizar contratos de puesta a disposición para supuestos distintos de los previstos en el artículo 6.2 de Ley 14/1994 será una infracción grave, considerándose cometida una infracción por cada persona trabajadora afectada. Además, le resultará de aplicación la cuantía establecida en la nueva letra c) al artículo 40.1 de la LISOS; esto es en su grado mínimo, de 1.000 a 2.000 euros; en su grado medio, de 2.001 a 5.000 euros y, en su grado máximo, de 5.001 a 10.000 euros.

B) Entrada en vigor, derogaciones y transitoriedades

La Disposición derogatoria única del RDL 32/2021 deroga «cuantas normas de igual o inferior rango contradigan o se opongan a lo dispuesto» en la norma de urgencia; y expresamente las disposiciones referidas a los contratos temporales previstos en el artículo 15.1.a) del ET (contrato de obra) contenidas en cualquier norma del ordenamiento jurídico y, en particular, en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades y en la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación [Disposición Derogatoria Única 1) y 3)].

De conformidad con la Disposición Final Octava 2 c) del RDL 32/2021 la nueva redacción del artículo 16 del ET entró en vigor el 30 de marzo de 2022; sin que la norma de urgencia haya previsto transitoriedad alguna. Aun cuando lo

⁷⁸ Adicionalmente a ello, y en consonancia con el objetivo marcado (endurecimiento de la contratación temporal), se incrementa la cuantía de la sanción que lleva aparejada. Esto es, se sancionará con la multa siguiente: en su grado mínimo, de 1.000 a 2.000 euros; en su grado medio, de 2.001 a 5.000 euros y, en su grado máximo, de 5.001 a 10.000 euros.

⁷⁹ Formalizar contratos de puesta a disposición para supuestos distintos de los previstos en el artículo 6.2 de Ley 14/1994 está tipificado como infracción grave en el: artículo 18.2 c) LISOS [si el sujeto infractor es la ETT], artículo 19.2 b) LISOS [si el sujeto infractor es la empresa usuaria]; o en el 19 bis.1 b) [ETT establecidas en otros estados miembros de la UE o en Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo]; y 19 ter.2 b) [empresa usuaria establecida o que ejerza su actividad en España].

lógico hubiese sido que el legislador hubiese previsto una entrada similar a la del contrato fijo-discontinuo, el hecho cierto es que las modificaciones introducidas en el apartado 3.º del artículo 10 de la Ley 14/1994 entraron en vigor el día siguiente al de la publicación en el BOE del RDL 32/2021; esto es, el 31 de diciembre de 2021.

Puesto que no hay previsión específica alguna, debe entenderse que las modificaciones introducidas en la LISOS están vigentes desde el 31 de diciembre de 2021; sin que se haya contemplado *vacatio legis* alguna. Pero, claro está, la infracción hay que ponerla en conexión con la norma sustantiva válida en cada momento, lo que comporta una indirecta transitoriedad.

C) Apunte procesal

No produce cosa juzgada en un litigio sobre reconocimiento de fijeza discontinua la sentencia firme recaída en otro proceso que versó sobre el reconocimiento de antigüedad económica a los trabajadores (trienios)⁸⁰.

La sentencia que declara la relación laboral indefinida fija produce efectos de futuro, sin perjuicio de poder reclamar las diferencias retributivas, respecto de aquellas cantidades no prescritas, siempre que se acredite que desde el inicio de la relación de trabajo realmente la actividad se hubiese llevado a cabo de manera indefinida fija y continua y no fija discontinua; en cualquier caso, los efectos de dicha declaración han de situarse en la sentencia de instancia y no en la de suplicación que la confirmó⁸¹.

El llamamiento tardío realizado por la empresa una vez interpuesta la demanda por despido, y que supuso desatender el orden establecido por la comisión paritaria del convenio colectivo, constituye un despido improcedente dada la naturaleza extintiva del mismo y, por tanto, la ineficacia de dicha actuación empresarial⁸².

⁸⁰ STS de 10 marzo 2015, rcud. 597/2014 (Ponente, Sra. Segoviano Astaburuaga).

⁸¹ STS de 20 septiembre 2018, rcud. 3921/2016 (Ponente, Sr. Gullón Rodríguez).

⁸² SSTs de 19 enero 2016, rcud. 1777/2014 (Ponente, Sr. Blasco Pellicer), y 23 noviembre 2016, rcud. 526/2015 (Ponente, Sr. Agustí Juliá).

CAPÍTULO XXXIII

EL NUEVO CONTRATO FIJO DISCONTINUO

MARÍA ELISA CUADROS GARRIDO
Profesora Contratada Doctora
Universidad de Murcia

1. ORIGEN

El trabajo fijo discontinuo, supone un repertorio muy variado de actividades de diferentes sectores económicos y actividades productivas¹, se ha caracterizado por ser un fenómeno particular, significativamente diferenciado del resto de relaciones laborales, con rasgos de estabilidad en periodos objetivamente acotados, en atención a la importancia del componente estacional². Por otro lado, se debe también señalar que constituye una figura inestable y heterogénea. Incluso cabe destacar que cierto sector de la doctrina ha considerado esta modalidad contractual como una *anomalía* ya que, por su propia naturaleza temporal y cíclica, no se puede asegurar el pleno empleo durante todos los días laborables del año ni a jornada completa³.

¹ CAVAS MARTÍNEZ, F.: *Las relaciones laborales en el sector agrario*, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, 1995, pp. 585-587.

² CRUZ VILLALÓN, J.: «Breve panorama del régimen de los trabajadores fijos discontinuos», *Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral*, núm. 85, 1998.

³ TÁRRAGA POVEDA, J.: *Los trabajadores de temporada, sus prestaciones sociales y la actividad económica en la Región de Murcia*, Consejo Económico y Social de la Región de Murcia, 2018, pp. 10.

Sin duda, por su evolución legislativa el contrato fijo discontinuo supone una forma contractual que ha ido variando⁴ con una *tormentosa* relación con el trabajo a tiempo parcial⁵.

La introducción de un concepto sujeto a un tratamiento jurídico unitario de trabajador fijo discontinuo, fue obra de la Ley 16/1976, de 8 de abril sobre Relaciones Laborales de 1976⁶, aunque la figura del fijo discontinuo emergió con anterioridad, tanto en disposiciones legales⁷ como en resoluciones judiciales.

Por su parte, el Estatuto de los Trabajadores de 1980⁸ ubicó esta modalidad contractual en el art. 15.1 e), con el siguiente tenor literal:» cuando se trate de trabajos fijos y periódicos en la actividad de la empresa, pero de carácter discontinuo. Los trabajadores que realicen tal actividad deberán ser llamados cada vez que vaya a realizarse y tendrán la consideración, a efectos laborales, de fijos de trabajos discontinuos».

Posteriormente, el RDL 18/1993⁹ derogó artículo 15.1 e) ET con ello esta modalidad contractual perdió su autonomía como tipo específica y pasó a ser una su modalidad del contrato de trabajo a tiempo parcial del artículo 12 ET. La definición se detalló más al concretar que los trabajos fijos discontinuos no se repiten en fechas ciertas, sino que dependen de factores estacionales. En relación al orden y la forma de llamamiento se especificó que corresponde la regulación al convenio colectivo aplicable. Y, por último, se concretó que en el supuesto de que no se produzca el llamamiento del trabajador, se podría reclamar en el correspondiente procedimiento de despido ante la jurisdicción competente, iniciándose el plazo para ello desde el momento que tuviese conocimiento de la falta de convocatoria.

Con el RDL 15/1998¹⁰, se volvió a modificar este tipo de contrato manteniendo esta modalidad contractual dentro de los trabajos a tiempo parcial,

⁴ VICEDO CAÑADA, L.: «El contrato de trabajo fijo discontinuo y el contrato fijo periódico: Afinidades y divergencias», *Revista de Información Laboral Legislación* núm. 29, 2008.

⁵ GOERLICH PESET, J. M.: «Trabajadores fijos periódicos y trabajadores fijos discontinuos: ¿el final de una larga conclusión?», *Temas Laborales*, núm. 61, 2001.

⁶ Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, BOE núm. 96, de 21 de abril de 1976, pp. 7894 a 7902.

⁷ El primer reglamento que recogió con mayor precisión la figura del fijo-discontinuo se encuentra en el artículo 3.º Reglamento de Trabajo de Industrias de Conservas, Orden Ministerial de 12 de julio de 1939, BOE de 29 de julio. *Vid.* RÍOS SALMERÓN, B.: «La contratación de trabajadores fijo-discontinuos», *Documentación Laboral*, núm. 16, 1985.

⁸ Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, BOE núm. 64, de 14 de marzo de 1980, pp. 5799 a 5815.

⁹ Real Decreto-ley 18/1993, de 3 de diciembre, de Medidas Urgentes de Fomento de la Ocupación, BOE núm. 292, de 7 de diciembre de 1993, pp. 34725 a 34728

¹⁰ Real Decreto-ley 15/1998, de 27 de noviembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad. BOE núm. 285, de 28 de noviembre de 1998, pp. 39188 a 39193.

resaltando que la normativa de aplicación debía de ser sensible a las características derivadas de las actividades estacionales, en particular a través de los Convenios Colectivos de ámbito sectorial.

Otra vuelta de tuerca supuso la Ley 55/1999¹¹ que continua con esta modalidad contractual dentro de los trabajos a tiempo parcial, especifica que se entiende por trabajos fijos discontinuos los que no se repitan en fechas ciertas, dentro del volumen normal de actividad de la empresa¹².

El RDL 5/2001¹³ vuelve a cambiar la situación con remisión al origen, a lo regulado en los años 80, volviendo a dotar de autonomía a la figura contractual. En aquel momento una parte importante de la doctrina abogó por interpretar la distinción, entendiendo que los fijos-periódicos eran aquellos cuya actividad se encontrara garantizada, en cuanto a su existencia y duración, con independencia de que las fechas inicial y final quedarán sujetas a cierto margen de indeterminación¹⁴.

El actual ET en su redacción originaria de 2015 diferenciaba, por un lado, los trabajadores fijos discontinuos que se repetían en fechas ciertas, los cuales se regían por la modalidad de contrato a tiempo parcial regulado en el artículo 12.3 ET, y, por otro lado, los que no se ejecutaban su labor en fechas ciertas, los cuales contaban con una regulación propia y separada en el artículo 16 ET. El trabajo fijo discontinuo como supuesto de contrato a tiempo parcial desapareció así, de tal forma que *«si lo que trata de cubrirse por las convocatorias anuales es una necesidad cíclica, periódica y permanente, a intervalos temporales separados, pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad (...), no puede hablarse sino de trabajos fijos-discontinuos»*. Con ello se realizó una tajante diferenciación del trabajo estacional, entre trabajos fijos y periódicos dentro del volumen normal de actividad de la empresa¹⁵.

¹¹ Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 1999, pp. 46095 a 46149.

¹² También añade que los trabajadores serán llamados en el orden y la forma que se determine en los respectivos convenios colectivos, pudiendo el trabajador, en caso de incumplimiento, reclamar en procedimiento de despido ante la jurisdicción competente, iniciándose el plazo para ello desde el momento en que tuviese conocimiento de la falta de convocatoria.

¹³ Real Decreto-ley 5/2014, de 4 de abril, por el que se prevé una oferta de empleo público extraordinaria y adicional para el impulso de la lucha contra el fraude fiscal y la aplicación de las medidas previstas en la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local. BOE núm. 83, de 5 de abril de 2014, pp. 29025 a 29027.

¹⁴ GOERLICH PESET, J. M.: «Trabajadores fijos periódicos y trabajadores fijos discontinuos: ¿el final de una larga conclusión?», *Temas Laborales*, núm. 61, 2001.

¹⁵ GARCÍA ORTEGA, J.: «El contrato fijo discontinuo. Retos actuales de una modalidad contractual histórica», *Doc. Labor* núm. 110, 2017.

Por último, el RDL 32/2021¹⁶ hace desaparecer la *artificial distinción de régimen jurídico entre contratos fijos periódicos y fijos discontinuos*¹⁷, ensancha el ámbito aplicativo del contrato fijo-discontinuo del artículo 16 ET que, con carácter causal y vinculado tradicionalmente a necesidades indefinidas pero cíclicas del empresario, se convierte en el contrato tipo de referencia para todos los supuestos de actividades intermitentes pero que se repiten en el tiempo, incluyendo las actividades que antes admitían la celebración de un contrato por obra o servicio determinado por parte de empresas contratistas o subcontratistas, a la vez que en la revisión normativa ya tiene cabida su realización en el marco de la concertación de servicios con empresas de trabajo temporal¹⁸, siendo que esta última modalidad deja sin efecto la doctrina de la STS 30 julio 2020¹⁹.

2. CONFIGURACIÓN JURÍDICA ACTUAL

A) Objeto

La reforma ha delimitado el objeto del contrato fijo discontinuo²⁰, que se ha visto ampliado significativamente, con ello se pretende con este nuevo de tipo contrato otorgar a las personas trabajadoras de una mayor «estabilidad», «transparencia» y «previsibilidad». Parece, en este sentido, que hay una voluntad innegable de que el desaparecido contrato de obra o servicio determinado sea sustituido por el uso del contrato fijo discontinuo del artículo 16 ET. La reforma laboral en relación al fijo discontinuo ha actuado de *válvula de escape* que quizás trata de paliar algunos de los márgenes de flexibilidad empresarial que con los que se ha acabado tras ella²¹.

El primer párrafo del artículo 16.1 ET establece como objeto del contrato fijo-discontinuo: «la realización de trabajos de naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada, o para el desarrollo de aquellos que

¹⁶ Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo. BOE núm. 313, de 30/12/2021.

¹⁷ Aspecto destacado en la propia exposición de motivos del RDL 32/2021.

¹⁸ MARTÍNEZ BARROSO, M. de los R.: «Luces y sombras de la ordenación del trabajo fijo-discontinuo tras la reforma laboral», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 251, 2022.

¹⁹ STS 30 julio 2020 (rec. 324, 2018).

²⁰ A tenor del apartado 2.º de la Disposición Final Octava del RDL 32/2021, relativa a la Entrada en vigor, establece para la reforma del artículo 16 del ET, un plazo especial de entrada en vigor, que, a partir de los tres meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», es decir, que está en vigor desde el pasado 30 de marzo de 2022.

²¹ GOERLICH PESET, J. M.: «Contrato fijo-discontinuo: ampliación de supuestos y mejora de sus garantías», *Labos: Número extraordinario «La reforma laboral de 2021»*, Vol. 3, 2021.

no tengan dicha naturaleza pero que, siendo de prestación intermitente, tengan periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados». En definitiva, se ha optado por tratar de forma unitaria todas las prestaciones de carácter periódico, con independencia de sus características. Hay que valorar positivamente la unificación del régimen jurídico del trabajo estacional y haber superado la escisión entre trabajos fijos periódicos y fijos discontinuos que ha sido suprimida²².

La desnaturalización que supone abarcar más allá de la frontera de las necesidades estacionales se ha resaltado y criticado por una parte de la doctrina y por ello pide una concreción por la vía del reglamento para, al menos, amortiguar tal deficiencia²³.

Por otro lado, cabe destacar que el contrato de trabajo a tiempo parcial sobre base anual sigue estando en vigor por la permanencia del artículo 12.1 ET, lo que genera un problema de diferenciación entre este y el fijo discontinuo, para cuya resolución entendemos que se habrá de estar a la naturaleza de la prestación, si se encuentra o no delimitada.

B) Derechos de las personas trabajadoras fijas discontinuas

a) ANTIGÜEDAD

Sobre el cómputo de la antigüedad de los trabajadores fijos discontinuos, el RDL 32/2021 recoge la vigente jurisprudencia nacional²⁴ y doctrina comunitaria²⁵, lo que viene a ser viene a ser un signo o muestra de coherencia²⁶. Se considera en el artículo 16. 6 segundo párrafo²⁷ que debe computarse toda la duración de la relación laboral y no solo el periodo de servicios efectivamente prestados; la antigüedad se mide por los años en sí en los que se encuentra el trabajador vinculado a la empresa por el contrato laboral, y no por las etapas en las que prestó servicios por llamamiento.

²² Se considera que era un puro academicismo irrelevante, que no aportaba nada, en tanto en cuanto el trabajo estacional o de reiteración cíclica participa de la misma naturaleza GARCÍA ORTEGA, J.: «El contrato fijo-discontinuo tras el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de reforma laboral», Brief AEDTSS, 2022, <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/ref-fijos-disc-2.pdf>

²³ *Ibidem*.

²⁴ SSTs 19 octubre 2019 (rec. 2309) 16 febrero 2021 (rec. 3372, 2019) 30 julio 2020 (rec.324, 2018).

²⁵ ATJUE 15 octubre 2019 (c-419, 18, ac. C 472, 18).

²⁶ LÓPEZ BERMEJO, Ó.: «Contrato fijo-discontinuo tras la reforma laboral del RDL 32/2021», *Revista de Derecho Laboral*, Vlex núm. 5, 2020, pp. 45-46.

²⁷ Artículo 16.2 2.º párr.: «Las personas trabajadoras fijas-discontinuas tienen derecho a que su antigüedad se calcule teniendo en cuenta toda la duración de la relación laboral y no el tiempo de servicios efectivamente prestados, con la excepción de aquellas condiciones que exijan otro tratamiento en atención a su naturaleza y siempre que responda a criterios de objetividad, proporcionalidad y transparencia».

Cabe precisar que la antigüedad no se aplica en cuanto a la consideración de la indemnización, donde solo se tendrá en cuenta el tiempo efectivamente prestado.

También la norma excepciona en relación a la antigüedad «aquellas condiciones que exijan otro tratamiento en atención a su naturaleza y siempre que responda a criterios de objetividad, proporcionalidad y transparencia»²⁸.

b) PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO

En relación al principio de igualdad de trato, se debe destacar que si bien el artículo 12.4 letra d) del ET anterior a la reforma regulaba la igualdad de derechos de los trabajadores a tiempo parcial con respecto a los de tiempo completo, aplicando el principio *pro rata temporis* en los casos que procediera, no hacía lo mismo en su artículo 16 ET para los trabajadores fijas-discontinuas. No obstante, se entiende que este principio de no discriminación estaba presente por la aplicación de la cláusula 4 de la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997²⁹. A pesar de ello, y para evitar interpretaciones dispares, se debe destacar la seguridad jurídica que proporciona la incorporación recogida por el RDL 32/2021 en el artículo 16.6 ET para el ejercicio al derecho a la igualdad de trato de los fijos-discontinuos en comparación con un trabajador a jornada completa ordinario³⁰.

c) GARANTÍA DE INDEMNIDAD POR MEDIDAS DE CONCILIACIÓN

El artículo 16.6 ET recoge que los trabajadoras fijas-discontinuas no pueden sufrir perjuicios por el ejercicio de los derechos de conciliación, ausencias con derecho a reserva de puesto de trabajo y otras causas justificadas en base a derechos reconocidos en la ley o los convenios colectivos.

²⁸ La regla no innova nada, sino que recoge la jurisprudencia actual que distingue entre la antigüedad a efectos del complemento personal de antigüedad, a cuyo efecto han de tomarse tanto los periodos de servicios como los de inactividad (STS de 1 de febrero de 2021, rec. 4073, 2018) siguiendo la doctrina sentada por el Auto del TJUE de 15 de octubre de 2019 (asuntos acumulados C-539/18 y C-472/18) y antigüedad a efectos de calcular la indemnización por despido, en cuyo caso solo se computan los servicios efectivamente prestados, lo cual no es discriminatorio (STS de 30 de julio de 2020, rec. 324, 2018). GARCÍA ORTEGA, J.: «El contrato fijo-discontinuo tras el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de reforma laboral» Brief AEDTSS, 2022.

²⁹ Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la Unice, el Ceep y la Ces. DOCE núm. 14, de 20 de enero de 1998, pp. 9 a 14.

³⁰ LÓPEZ BERMEJO, Ó.: «Contrato fijo-discontinuo tras la reforma laboral del RDL 32/2021», *Revisita de Derecho Laboral*, op. cit.

d) VACANTES

El artículo 16.7 ET establece que la empresa debe informar a los trabajadores fijas-discontinuas y a la representación legal de las personas trabajadoras sobre la existencia de puestos de trabajo vacantes de carácter fijo ordinario, de manera que aquellas puedan formular solicitudes de conversión voluntaria, de conformidad con los procedimientos que establezca el convenio colectivo sectorial o, en su defecto, el acuerdo de empresa.

Respecto a las vacantes, se tipifica en la LISOS como infracción leve no informar de los puestos libres a las personas trabajadoras con contrato fijo discontinuo.

e) FORMACIÓN

El artículo 16.8 ET regula el derecho a la formación en el sentido de que los trabajadores fijas-discontinuas tienen la consideración de colectivo prioritario para el acceso a las iniciativas de formación del sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral durante los periodos de inactividad.

3. FORMALIDADES CONTRACTUALES

A) La exigencia de forma escrita

Se reitera la imposición de forma escrita a esta modalidad contractual de la anterior versión legislativa conforme a lo preceptuado en el artículo 16.2 ET: *«El contrato de trabajo fijo-discontinuo, conforme a lo dispuesto en el y 8.2 ET³¹ se deberá formalizar necesariamente por escrito».*

B) Contenido necesario

Los requisitos formales de necesaria observancia en el contrato fijo discontinuo, se determinan con mayor precisión, en este sentido, el artículo 16.2 ET avan-

³¹ Artículo 8.2. ET: *«Deberán constar por escrito los contratos de trabajo cuando así lo exija una disposición legal y, en todo caso, los de prácticas y para la formación y el aprendizaje, los contratos a tiempo parcial, fijos-discontinuos y de relevo y los contratos para la realización de una obra o servicio determinado; también constarán por escrito los contratos por tiempo determinado cuya duración sea superior a cuatro semanas».*

za más allá, estableciendo un contenido mínimo de la obligación documental ya que «*deberá reflejar los elementos esenciales de la actividad laboral, entre otros, la duración del periodo de actividad, la jornada y su distribución horaria, si bien estos últimos podrán figurar con carácter estimado, sin perjuicio de su concreción en el momento del llamamiento*». Por ello, tiene eficacia declarativa y obligacional, pero surte efecto en caso de incumplimiento la presunción de celebrado por tiempo indefinido y a jornada completa, salvo prueba en contrario exigible al empresario.

Se ha mantenido la regla tradicional en cuya virtud los convenios colectivos de ámbito sectorial podrán acordar, cuando las peculiaridades de la actividad del sector así lo justifiquen, la celebración a tiempo parcial de los contratos fijos-discontinuos, lo que venía siendo habitual en el supuesto clásico de este tipo de contrato como por ejemplo en el sector de la conserva vegetal, pero ahora se extiende a otros terrenos hasta el momento desconocidos como las contratas.

4. REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES DE NATURALEZA ESTACIONAL O VINCULADA A ACTIVIDADES PRODUCTIVAS DE TEMPORADA

Este primer subtipo contractual constituye el supuesto clásico por excelencia del trabajador fijo discontinuo, es su núcleo duro y la parte del ámbito objetivo continuista. Esencialmente se trata de actividades vinculadas a la agricultura, a la transformación agroindustrial de los productos agrarios, a los ciclos comerciales estacionales y al turismo³². Los trabajos han de ser permanentes, consolidados, y reiterados obedeciendo al cambio de las estaciones.

Por otro lado, cabe señalar que las actividades laborales estacionales o de temporada han estado siempre presentes en la realidad económica de nuestro país e, inclusive, su importancia cuantitativa se ha incrementado como consecuencia de la crisis económica sufrida a partir de 2008, por cuanto han sido precisamente este tipo de actividades las que han subsistido en mayor medida, especialmente las vinculadas al ocio y turismo³³.

³² Si bien es cierto que la evolución tecnológica puede desestacionalizar los procesos de transformación industrial, ello no afectaría a las tareas propias de los sectores primario y terciario, donde principalmente se originan los trabajos dependientes de los ciclos estacionales de actividad. Ello es así porque estas actividades se producen como consecuencia de las condiciones ambientales y climatológicas que concurren en las diferentes partes de la geografía nacional y, por ello mismo, resulta imposible su deslocalización. Vid. GARCÍA ORTEGA, J.: «El contrato fijo-discontinuo tras el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de reforma laboral», Brief AEDTSS, 2022 en <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/ref-fijos-disc-2.pdf>

³³ GARCÍA ORTEGA, J.: «El contrato fijo discontinuo. Retos actuales de una modalidad contractual histórica», *op. cit.*

5. DESARROLLO DE TRABAJOS INTERMITENTES CON PERÍODOS DE EJECUCIÓN CIERTOS, DETERMINADOS O INDETERMINADOS

Esta nueva submodalidad contractual hay que ponerla en relación con la derogación del artículo 12.3 ET³⁴ en la cual el fijo periódico era considerado un tipo de contrato indefinido a tiempo parcial.

Supone actividades que, sin tener naturaleza estacional, se prestan de forma intermitente, en periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados. Se abre a puertas a supuestos no objetivos, que bien podrían obedecer al cumplimiento de obligaciones contrataciones concertadas con terceros, que contemplen intermitencias. No tienen por qué ser permanentes, porque se ha roto la vinculación entre la naturaleza del puesto y la del contrato.

6. DESARROLLO DE TRABAJOS EN CONTRATAS DE OBRAS Y SERVICIOS

Esta subclase de contrato fijo discontinuo es verdaderamente una de las novedades de la reforma y se configura para prestar servicios a través de contrataciones, aplicándose en este caso una normativa específica en el segundo párrafo del nuevo artículo 16.1. ET abre la posibilidad de que se concierte «para el desarrollo de trabajos consistentes en la prestación de servicios en el marco de la ejecución de contrataciones mercantiles o administrativas que, siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa». Cabe prever que el número de contratos bajo este tipo sea muy numeroso.

Este subtipo de contrato abarca las actividades que eran atendidas por empresas auxiliares mediante la suscripción de contratos temporales. Ahora no existe en esta modalidad una reiteración cíclica, sino que los períodos se vinculan al cumplimiento de las obligaciones interempresariales³⁵; se atiende así a la supuesta temporalidad de los servicios que presta la contratista a la empresa principal y que constituye su actividad mercantil ordinaria, cuya continuidad está condicionada a la renovación de la contrata o contrataciones con el empresario principal³⁶.

³⁴ Expresamente derogado por su Disp. Der. Única, apartado 2.

³⁵ CAVAS MARTÍNEZ, F.: «El nuevo contrato fijo-discontinuo en la reforma laboral de 2021», en AA. VV: MONEREO PÉREZ, J. L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dirs.): *La reforma laboral de 2021. Estudio Técnico de su Régimen Jurídico*, Laborum, 2022.

³⁶ VICENTE-PALACIO, A.: «La supresión del contrato para obra servicio determinado y el nuevo papel del contrato fijo-discontinuo en el ámbito de las contrataciones», *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, Laborum, núm. 2, 2022.

En este supuesto, la habilitación del art. 16.1 párr. 2.º ET se complementa con la prohibición del artículo 15.2, párr. 5.º ET que excluye como causa del nuevo contrato de duración determinada por circunstancias de la producción «la realización de trabajo en el marco de contrata, subcontratas o concesiones administrativas que constituyan la actividad principal u ordinaria de la empresa» aunque añade «sin perjuicio de su celebración cuando concurren las circunstancias de la producción en los términos anteriores». Cabe señalar, en consecuencia, que un incremento esporádico e imprevisible de la actividad normal de la empresa daría lugar a un contrato por circunstancias de la producción, sin embargo, la previsibilidad de los trabajos en el marco de la empresa de servicios llevaría a la realización de un contrato fijo discontinuo³⁷.

Se incentiva la estabilidad en el empleo con la empresa contratista y, seguramente, hará decaer el interés por las cláusulas subrogatorias convencionales que tenían la misma finalidad; en todo caso, si concurren ambas regulaciones, habría que permitir que los trabajadores afectados optaran entre la nueva contratista o continuar con la anterior, pero en nueva contrata.

El periodo de inactividad que justifica el carácter discontinuo del contrato es, exclusivamente, el plazo de espera de recolocación entre subcontrataciones artículo 16.4 ET³⁸. En relación a estos periodos de falta de actividad el convenio sectorial ha de fijar la duración máxima y en ausencia de previsión el periodo de inactividad entre un llamamiento y otro está limitado a un máximo de tres meses: los periodos de inactividad *solo*³⁹ podrán producirse como plazos de espera de recolocación entre subcontrataciones. En el supuesto de no realizar el llamamiento superado este periodo, se deberán plantear medidas tales como la inclusión del trabajador en un ERTE por causas objetivas como medida suspensiva (la norma recoge: *la empresa adoptará las medidas coyunturales, en los términos previstos en esta norma*) o bien despidos objetivos individuales o colectivos como causa extintiva (el precepto dice: (causas) *definitivas que procedan*). Cabe destacar que, pese a las varias posibilidades, se considera que la salida natural a las dificultades de recolocación en una nueva contrata será a través del despido por causas económicas, salvo en casos extraordinarios⁴⁰.

³⁷ CAVAS MARTÍNEZ, F.: «El nuevo contrato fijo-discontinuo en la reforma laboral de 2021», *op. cit.*

³⁸ El artículo 16.4 ET regula que cuando la contratación fija discontinua se ampare en la celebración de contrata o con ocasión de concesiones administrativas «los periodos de inactividad solo podrán producirse como plazos de espera de recolocación entre subcontrataciones».

³⁹ Se resalta el adverbio *solo* porque el artículo 16.4 ET parece excluir que puedan existir periodos de inactividad de otro tipo, como son los relacionados con la temporada a la que se refiere la contrata.

⁴⁰ GOERLICH PESET, J. M.: «Contrato fijo-discontinuo: ampliación de supuestos y mejora de sus garantías», *Labos: Número extraordinario «La reforma laboral de 2021»*, Vol. 3, 2021.

Durante el periodo de espera de recolocación que constituye el «periodo de inactividad» del fijo discontinuo, existe la posibilidad de solicitar la correspondiente prestación por desempleo [art. 267.1.d) LGSS ⁴¹] si cumple los requisitos generales exigidos, o en su caso, del subsidio por desempleo, con las singularidades que los fijos discontinuos presentan en este último caso (art. 274 LGSS).

Por una parte, de la doctrina se ha criticado esta submodalidad como *forzada* y susceptible de *generar anomalías* en el conjunto del sistema, ya que resulta difícil saber dónde está el carácter «previsible» en muchas de las actividades en las que se va a utilizar el contrato. Además, no se establece una caracterización de las contrataciones desde la perspectiva de su duración ⁴². Se argumenta que en la vida real la fisonomía de la subcontratación es mucho más articulada, lo que puede implicar que el contrato fijo-discontinuo adquiera funciones que acaso no habrían sido aceptadas en la mesa del diálogo social ⁴³.

7. DESARROLLO DE TRABAJOS EN ETTs CON PERSONAL CEDIDO A EMPRESAS USUARIAS

En el año 2020 a raíz de la STS 30 julio 2020 ⁴⁴, ya se afirmó que no parecía que hubiera razón concluyente para impedir que las ETTs pudieran atender una demanda cíclica y homogénea a través de la contratación de trabajadores fijos discontinuos ⁴⁵.

Este subtipo contractual constituye otra de las grandes novedades, la reforma establece de manera expresa en el art 16 ET que «podrá celebrarse un contrato fijo discontinuo entre una empresa de trabajo temporal y una persona contratada para ser cedida en los términos previstos en el artículo 10.3 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal». Por la disposición final 1 del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre se introduce un apartado 3 en el artículo 10 de la Ley 14/1994, de 1 de

⁴¹ Los periodos de inactividad siguen protegidos por desempleo; desaparece de la legislación la referencia a fijos periódicos en fechas ciertas (art. 267.1 LGSS).

⁴² *Ibidem*.

⁴³ GOERLICH PESET, J. M.: Blog *elforodelabos.es* (22 marzo, 2022): «¿Puede haber contratos fijos discontinuos en contrataciones de obras o servicios de naturaleza discontinua?» en <https://www.elforodelabos.es/2022/03/puede-haber-contratos-fijos-discontinuos-en-contratas-de-obras-o-servicios-de-naturaleza-discontinua/>

⁴⁴ STS 30 julio 2020 (rec. 728, 2020).

⁴⁵ VIQUEIRA PÉREZ, C.: «¿Puede una ETT contratar trabajadores fijos discontinuos?», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 10, 2020.

junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal⁴⁶ (LETT) que en su segundo párrafo recoge lo siguiente:

«Las empresas de trabajo temporal podrán celebrar contratos de carácter fijo-discontinuo para la cobertura de contratos de puesta a disposición vinculados a necesidades temporales de diversas empresas usuarias, en los términos previstos en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, coincidiendo en este caso los periodos de inactividad con el plazo de espera entre dichos contratos.»

Hemos de continuar poniendo de relieve que no se han modificado las reglas generales sobre «supuestos de utilización» de las ETTs (art. 6.2 LETT). De forma que esta su modalidad contractual solo puede celebrarse para atender a necesidades temporales de mano de obra de la empresa usuaria o cliente⁴⁷.

La novedad se encuentra en que antes las ETTs podrían cubrir esa necesidad temporal a través de contratación indefinida o por duración determinada con puesta a disposición y ahora se les brinda la posibilidad de contratación bajo la modalidad fijo discontinuo. Pero persiste la prohibición de contratación para actividad permanente pues ha de ser una necesidad temporal.

Respecto a la negociación colectiva, el artículo 10. 3 LETT, recoge que las referencias efectuadas en el artículo 16 del Estatuto de los Trabajadores a la negociación colectiva se entenderán efectuadas a los convenios colectivos sectoriales o de empresa de las empresas de trabajo temporal. Estos convenios colectivos podrán, asimismo, fijar una garantía de empleo para las personas contratadas bajo esta modalidad.

8. LLAMAMIENTO

A) **Noción**

El llamamiento es un elemento central de esta modalidad de contrato⁴⁸; no solo se asimila a despido el incumplimiento del orden y la forma de llamamiento, sino también propio del deber de llamamiento.

⁴⁶ Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal. BOE núm. 131, de 02/06/1994.

⁴⁷ CAVAS MARTÍNEZ, F.: «El nuevo contrato fijo-discontinuo en la reforma laboral de 2021», en AA. VV: MONEREO PÉREZ, J. L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dir.): *La reforma laboral de 202. Estudio Técnico de su Régimen Jurídico*, Laborum, 2022.

⁴⁸ Si hay una institución propia del contrato de trabajo fijo discontinuo es, sin lugar a dudas, la del llamamiento, de tal manera que podemos decir que, si a lo largo del año el trabajador precisa de llamamiento para realizar su actividad laboral será fijo discontinuo. *Vid. TÁRRAGA POVEDA, J.: Los trabajadores de temporada, sus prestaciones sociales y la actividad económica en la Región de Murcia, op. cit., p. 72.*

El derecho de llamamiento se configuró como un mecanismo de protección más elevado que las preferencias de empleo o de recolocación que las normas sectoriales habían regulado a favor de los trabajadores eventuales ocupados en trabajos de temporada, de forma que se configuró como un derecho pleno, y no condicional que comprendía a todo tipo de trabajadores fijos discontinuos para la ejecución de las actividades permanentes que hubieran motivado la contratación. Del lado empresarial, el deber de llamamiento se configuró como una obligación de hacer manifestación específica del genérico deber de proporcionar ocupación efectiva a los trabajadores⁴⁹.

B) Regulación actual

El llamamiento en el artículo 16.3 ET⁵⁰ se configura por el convenio colectivo aplicable o en virtud de acuerdo de empresa (lo que constituye una novedad) fijando criterios objetivos y formales.

En todo caso, el llamamiento deberá realizarse por escrito o constar debidamente notificado a la persona interesada con las indicaciones precisas de las condiciones de su incorporación y con una antelación adecuada. También se deberá trasladar a la representación legal de los trabajadores los datos de las altas efectivas de las personas fijas discontinuas una vez se produzcan.

La norma legal anterior rehusaba fijar un criterio y remitía a la «forma» del llamamiento a lo establecido en el contrato de acuerdo con las previsiones del convenio aplicable. Sin embargo, ahora se establece un régimen mínimo legal que siguiente:

«Las personas fijas-discontinuas podrán ejercer las acciones que procedan en caso de incumplimientos relacionados con el llamamiento, iniciándose el plazo para ello desde el momento de la falta de este o desde el momento en que la conociesen». Se ha señalado que en el convenio colectivo puede adoptarse cualquier criterio sobre cómo efectuarlo, con el único límite de la no discriminación. Resulta del todo aconsejable que los convenios desarrollen la configuración del llamamiento para evitar los problemas que pueden derivar de la integración de los conceptos indeterminados que utiliza el precepto, como antelación adecuada.

⁴⁹ GARCÍA ORTEGA, J.: «El contrato fijo discontinuo. Retos actuales de una modalidad contractual histórica», *Doc. Labor*, núm. 110, 2017.

⁵⁰ Artículo 16.3 ET: «Mediante convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo de empresa, se establecerán los criterios objetivos y formales por los que debe regirse el llamamiento de las personas fijas-discontinuas. En todo caso, el llamamiento deberá realizarse por escrito o por otro medio que permita dejar constancia de la debida notificación a la persona interesada con las indicaciones precisas de las condiciones de su incorporación y con una antelación adecuada».

■ LA REORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO

La empresa deberá trasladar a la representación legal de los trabajadores, con la suficiente antelación, al inicio de cada ejercicio, un calendario con las previsiones de llamamiento anual, o, en su caso, semestral. El artículo 16.3, segundo párr. ET prevé que la empleadora traslade, como mínimo, anualmente a la representación legal «un calendario con las previsiones de llamamiento anual, o, en su caso, semestral, así como los datos de las altas efectivas de las personas fijas discontinuas una vez se produzcan.»

La nueva redacción del tercer párrafo del artículo 16.3 ET presenta, diferencias en relación con la norma precedente, el artículo 16.2 ET. De un lado, la redacción anterior que reenviaba al único «procedimiento de despido», la nueva alude, en plural, al ejercicio de las «las acciones que procedan en caso de incumplimientos relacionados con el llamamiento». Se deduce, que esta diferencia debe interpretarse en el sentido de que en torno al correcto desarrollo del llamamiento es posible ejercer acciones diferentes a la de despido, pero cabe preguntarse cuáles. En este sentido la doctrina responde que cabe la posibilidad de interponer acciones colectivas o de reclamaciones ordinarias de cantidad, como ya se había puesto de relieve en la realidad judicial incluso antes de esta reforma⁵¹.

9. PERIODOS DE ACTIVIDAD

En lo referente a los periodos de actividad de estos contratos, cabe señalar que la norma reguladora no habla de anualidad, por lo que, cabría la posibilidad de establecer contratos fijos discontinuos por duración superior al año, seguido por un periodo de inactividad, con el objeto de atender a necesidades intermitentes cuya duración supere este periodo.

Respecto a la duración del periodo de inactividad, la norma tampoco establece un límite concreto, pues solo exige que la actividad se realice de manera intermitente, permitiendo así la posibilidad de establecer periodos de inactividad dentro de un mismo año.

10. REMISIÓN A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

El contrato fijo discontinuo será uno de los temas a negociar en los convenios colectivos, dado que se establece su desarrollo y adaptabilidad a través

⁵¹ GOERLICH PESET, J. M.: «Contrato fijo-discontinuo: ampliación de supuestos y mejora de sus garantías», *Labos: Número extraordinario «La reforma laboral de 2021»*, núm. 3, 2021.

de la negociación colectiva. No obstante, también se abre a la posibilidad de que, en defecto de regulación por convenio colectivo, pueda ser negociado directamente y recogido directamente en un acuerdo de empresa.

El artículo 16.5 ET remite a los convenios colectivos sectoriales la regulación de otras cuestiones del contrato fijo-discontinuo que son las siguientes:

- La posibilidad de establecer una bolsa sectorial de empleo como espacio para la contratación y el desarrollo de acciones de formación durante los periodos de inactividad⁵².

- El establecimiento de un periodo mínimo de llamamiento anual.

- La fijación de una cuantía por fin de llamamiento a satisfacer por las empresas a los trabajadores «cuando este el periodo mínimo de llamamiento coincida con la terminación de la actividad y no se produzca, sin solución de continuidad, un nuevo llamamiento». Cabe destacar la confusa redacción del precepto, establece una indemnización por extinción del contrato fijo-discontinuo, obviamente, siempre que no constituya un despido pues, en tal caso, se aplican las normas legales⁵³.

11. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

Como puntos positivos de la nueva redacción del artículo 16 ET, se ha de destacar la corrección de la temporalidad hacia la contratación de carácter indefinido, a través del contrato fijo-discontinuo, sin duda va a contribuir a la mejora de las condiciones de trabajo, individuales y colectivas, de los trabajadores fijos-discontinuos. Y dentro del ámbito de los derechos colectivos, merece destacar sobre el refuerzo del legislador a los derechos de información tanto a los representantes los trabajadores como de las propias personas trabajadoras destacando: vacantes sobre puestos fijos ordinarios, calendario con

⁵² El posible establecimiento de bolsas sectoriales de empleo durante los periodos de inactividad, podría favorecer, además de la contratación de trabajadores, la formación continua de los mismos durante esos lapsos y, con ello, el progresivo replanteamiento de ciertos sectores de actividad necesitados de una mayor apertura a la innovación y a la mejora de la calidad de los bienes y servicios. De este modo, en última instancia el modo de obtención del beneficio empresarial oscilaría para abandonar la intensificación de condiciones de trabajo como vía prioritaria. *Vid.* TRILLO PÁRRAGA, F.: Blog Grupo de Trabajo NET21 (2022) 10 febrero «El contrato fijo-discontinuo en la reforma laboral de 2021», <https://www.net21.org/el-contrato-fijo-discontinuo-en-la-reforma-laboral-2021/>

⁵³ En definitiva, parece que la indemnización puede establecerse cuando el trabajador no sea llamado a reincorporarse a la actividad por coincidir el fin del llamamiento con el cese de la actividad, sin interrupción. Una clásica indemnización por fin de contrato temporal que se abre también a los fijos discontinuos cuando la falta de llamamiento sea debida a la falta de actividad empresarial. *Vid.* VICENTE-PALACIO, A.: «La supresión del contrato para obra o servicio determinado y el nuevo papel del contrato fijo-discontinuo en el ámbito de las contratas», *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, Laborum. núm. 2, 2022.

previsiones de llamamiento, creación de bolsa sectorial de empleo y elaboración de censo anual de trabajadores fijos-discontinuos.

Como puntos oscuros y dudosos de la reforma laboral del contrato fijo discontinuo, se considera que la modalidad contractual que más interrogantes suscita es la de desarrollo de trabajos en contratatas de obras y servicios, que está motivada por la eliminación del contrato temporal de obra o servicio con la finalidad del todo loable de luchar contra la contratación fraudulenta, pero que nos lleva a un territorio nuevo del que es imposible augurar los resultados.

12. BIBLIOGRAFÍA

- ABRIL LARRAÍNZA, P.: «Contrato fijo Discontinuo», en AA VV: ABRIL LARRAÍNZA, P.; CANO GALÁN, Y.; GARCÍA RODRÍGUEZ, B.; MARTÍN JIMÉNEZ, R.; SEMPERE NAVARRO, A. V. (dirs): *Reformas Laborales y de Seguridad Social (RDL 32/2021, L 20/2021, L 21/2021 y L 22/2021)*, Lefebvre, 2022.
- CAVAS MARTÍNEZ, F.: *Las relaciones laborales en el sector agrario*, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, 1995, pp. 585-587.
- «El nuevo contrato fijo- Discontinuo en la reforma laboral de 2021», en AA. VV: MONEREO PÉREZ, J. L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dirás.): *La reforma laboral de 2021. Estudio Técnico de su Régimen Jurídico*, Laborum, 2022.
- CRUZ VILLALÓN, J.: «Breve panorama del régimen de los trabajadores fijos discontinuos», *Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral*, núm. 85, 1998.
- GARCÍA ORTEGA, J.: *Las relaciones laborales y de seguridad social de los trabajadores fijos discontinuos*, J. M, Bosch, 1990.
- «La contratación a tiempo parcial y sus variedades; contratos fijos periódicos y fijos discontinuos» en AA GOERLICH PESET, J. M. (Dir.): *Contratación laboral y tipos de contrato criterios jurisprudenciales*, 2010, Lex Nova.
- «El contrato fijo discontinuo. Retos actuales de una modalidad contractual histórica», *Doc. Labor*, núm. 110, 2017.
- «El contrato fijo-discontinuo tras el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de reforma laboral» Brief AEDTSS, 2022 en <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/ref-fijos-disc-2.pdf>
- GOERLICH PESET, J. M.: «Trabajadores fijos periódicos y trabajadores fijos discontinuos: ¿el final de una larga conclusión?», *Temas Laborales*, núm. 61, 2001.
- «Contrato fijo-discontinuo: ampliación de supuestos y mejora de sus garantías», *Labos: Número extraordinario, La reforma laboral de 2021*, Vol. 3, 2022.
- [elforodelaboes.es](https://www.elforodelaboes.es) (22 marzo, 2022): «¿Puede haber contratos fijos-discontinuos en contratatas de obras o servicios de naturaleza discontinua? <https://www.elforodelaboes.es/2022/03/puede-haber-contratos-fijos-discontinuos-en-contratatas-de-obras-o-servicios-de-naturaleza-discontinua/>

- LÓPEZ BERMEJO, Ó.: «Contrato fijo-discontinuo tras la reforma laboral del RDL 32/2021», *Revista de Derecho Laboral vlex*, núm. 5, 2020.
- MARTÍNEZ BARROSO, M. de los R.: «Luces y sombras de la ordenación del trabajo fijo-discontinuo tras la reforma laboral», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 251, 2022.
- RÍOS SALMERÓN, B.: «La contratación de trabajadores fijo-discontinuos», *Documentación Laboral*, núm. 16, 1985.
- SÁNCHEZ QUIÑONEZ, L.: «Las empresas de trabajo temporal, en la encrucijada. Breve análisis del régimen normativo del contrato fijo discontinuo tras la reforma laboral introducida por el real decreto 32/2021, de 30 de diciembre de 2021», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 2022.
- TÁRRAGA POVEDA, J.: *Los trabajadores de temporada, sus prestaciones sociales y la actividad económica en la Región de Murcia*, Consejo Económico y Social de la Región de Murcia, 2018.
- TRILLO PÁRRAGA, F.: «El contrato fijo-discontinuo en la reforma laboral de 2021», Blog Grupo de Trabajo NET21 (2022) 10 febrero, en <https://www.net21.org/el-contrato-fijo-discontinuo-en-la-reforma-laboral-2021/>
- VICEDO CAÑADA, L.: «El contrato de trabajo fijo discontinuo y el contrato fijo periódico: Afinidades y divergencias», *Revista de Información Laboral Legislación*, núm. 29, 2008.
- VICENTE-PALACIO, A.: «Obituario. Contrato para obra o servicio determinado: descanse en paz. ¡Viva el contrato fijo-discontinuo!», Brief AEDTSS, 2022, en <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/obituario-arantcha.pdf>
- «La supresión del contrato para obra o servicio determinado y el nuevo papel del contrato fijo-discontinuo en el ámbito de las contrata», *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, Laborum, núm. 2, 2022.
- VIQUEIRA PÉREZ, C.: «¿Puede una ETT contratar trabajadores fijos discontinuos?», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 10, 2020.

CAPÍTULO XXXIV

LA REFORMA DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL. EL CONTRATO POR CIRCUNSTANCIAS DE LA PRODUCCIÓN Y EL CONTRATO DE SUSTITUCIÓN

JORDI GARCÍA VIÑA

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Barcelona

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

La regulación actual del artículo 15 ET, después de la reforma producida por el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, apuesta claramente por una contratación indefinida al contener una frase muy clara:

«1. El contrato de trabajo se presume concertado por tiempo indefinido.»

Antes de esta reforma, este precepto regulaba que *«podrán celebrarse contratos de duración determinada en los siguientes supuestos»*; es cierto que no existía la expresión «sólo», pero se entendía perfectamente que no cabía incrementar las posibilidades de contratación temporal, ya fueran por acuerdo entre las partes o incluso por negociación colectiva.

Si se analiza la evolución de la configuración del contrato de trabajo, hay que recordar que en el artículo 11 del Código de Trabajo de 1926, aprobado por Real Decreto ley de 23 de agosto, se regulaba que *«El contrato de trabajo podrá cele-*

brarse sin tiempo fijo, por cierto tiempo o para obras o servicio determinado», con lo que podría entenderse que existía total libertad en cuanto a su elección ¹.

Sin embargo, el artículo 18 del mismo texto apuesta claramente por la duración temporal, al determinar que *«a falta de estipulación expresa, y salvo el caso de prueba de costumbre en contrario, se entenderá concertado: por día, cuando la remuneración sea diaria, aun cuando su pago se efectúe por semanas o quincenas; por meses, cuando la remuneración sea mensual, y anual, si es por años»*.

Posteriormente, la Ley del Contrato de Trabajo de 21 de noviembre de 1931 contenía una regulación similar al determinar, en su artículo 21 que el contrato de trabajo podía celebrarse por tiempo indefinido, por cierto tiempo, expreso o tácito, o para obra o servicio determinado. A falta de plazo expreso, se entendía por duración del contrato la mínima que se haya fijado por bases de trabajo o pactos colectivos en la clase de trabajo a que aquél se refiera, y en defecto de tales normas, por la costumbre. Concretamente, el contrato para obra o servicio de terminado podía durar hasta la total ejecución de la una o hasta la total prestación del otro.

Continuaba la regulación sobre esta cuestión en el artículo 22 al determinar que *«Cuando no se hubiera pactado y se tratase de prestación de un número de días de trabajo o de ejecución de obra por unidad, piezas o por medidas, u otras modalidades del trabajo susceptibles de cumplimiento parcial, se entenderá la obligación divisible, y el obrero podrá exigir que se le reciba por partes y se le abone en proporción al trabajo ejecutado»*.

Esta regulación se traspasó a la Ley de Contrato de Trabajo de 26 de enero de 1944 y no fue hasta la primera versión del Estatuto de los Trabajadores de 1980 que estableció, con unas mínimas diferencias, la regulación anterior a la reforma.

La Ley 32/1984, de 2 de agosto, introdujo importantes modificaciones en las diferentes modalidades de contratos temporales, que, junto a los cambios regulados en la Ley 11/1994, de 19 de mayo, se incorporó al Texto refundido del Estatuto de los Trabajadores de 1995 y posteriormente al texto refundido de 2015, que han sido modificados por el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre.

2. CUESTIONES GENERALES

El contrato de trabajo de duración determinada, conforme a la regulación introducida por la reforma, solo puede celebrarse por circunstancias de la producción o por sustitución del trabajador.

¹ Sobre la evolución histórica, véase MONTROYA MELGAR, A: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2021, pp. 355-356.

De esta manera, y salvo la aplicación de las normas transitorias, se entiende derogada la posibilidad de formalizar las anteriores tres modalidades de contratos temporales reguladas en el artículo 15 ET: contrato de obra o servicio determinado, contrato eventual por circunstancias de la producción y contrato de interinidad.

Ahora bien, se ha regulado un régimen transitorio, respecto al que hay que tener en cuenta dos diferentes situaciones.

Los contratos para obra y servicio determinado y los contratos eventuales por circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, celebrados desde el 31 de diciembre de 2021 hasta el 30 de marzo de 2022, continuarán rigiéndose por la normativa legal o convencional vigente en la fecha en que se han concertado, pero su duración no podrá ser superior a 6 meses. Al no existir una regulación expresa, cabe entender que puede haber prórrogas de la duración inicial pactada, pero sin exceder de esta limitación de 6 meses.

En cuanto a los contratos de duración determinada celebrados antes del 31 de diciembre de 2021, se establece un régimen para permitir una transición ordenada de los dos sistemas y que, si no se hubiera previsto, podría haber ocasionado importantes problemas de tipo jurídico y de organización en las empresas.

Concretamente, establece las siguientes 3 cuestiones, según cada modalidad:

- Los contratos para obra y servicio determinado resultarán aplicables hasta su duración máxima, según su anterior regulación.

- Los contratos por obra o servicio determinados celebrados por las Administraciones Públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes, previstos en normas con rango de ley, vinculados a un proyecto específico de investigación o de inversión de duración superior a tres años, mantendrán su vigencia hasta el cumplimiento de la duración fijada de acuerdo con su normativa de aplicación, con el límite máximo de tres años contados a partir de la citada fecha.

- Los contratos eventuales por circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos y los contratos de interinidad se regirán hasta su duración máxima por lo establecido en dicha redacción.

Esto significa que en las empresas van a pervivir, en algunos casos por varios años, según cual sea la duración máxima fijada en cada caso, las antiguas modalidades y las nuevas, lo que va a obligar a una gestión compleja de los responsables de recursos humanos respecto a trabajadores que pueden estar realizando funciones similares, pero con diferentes regímenes contractuales.

Respecto a este régimen transitorio finalmente se regula que se encontrarán en situación legal de desempleo los trabajadores cuando se extingan estos contratos, por la expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato, siempre que dichas causas no hayan actuado por su denuncia.

3. NUEVA APUESTA POR LA CONTRATACIÓN INDEFINIDA

La regulación fruto de la reforma hace una clara apuesta por una figura central, que es el contrato indefinido y regula las modalidades temporales como excepciones, ya que sólo se pueden formalizar por los motivos expresamente tasados en la norma².

No es en sí una novedad, ya que esta preminencia, desde un punto de vista legal, ya existía desde 1980, por lo que puede que no suponga un gran cambio. Son, en todo caso, otras modificaciones, especialmente el acortamiento de las duraciones o el incremento de las sanciones³, las que pueden lograr el objetivo de incrementar la formalización de los contratos indefinidos y el uso adecuado de los contratos temporales.

Los tribunales ya habían establecido que la temporalidad de los contratos sólo viene justificada por el trabajo objeto de su contratación⁴, de manera que para la válida concertación es necesario que concurra la causa objetiva específicamente prevista para cada una de ellas como justificativa de la temporalidad que le es propia, no bastando con la voluntad de las partes de someter el contrato a una de sus modalidades temporales⁵.

Es verdad que la nueva regulación contiene de manera expresa la presunción del contrato indefinido, como ya había sucedido en la versión del Estatuto de los Trabajadores en su versión de 1980⁶, que fue modificada en 1994 y que se había mantenido hasta antes de esta reforma, pero es posible que esta novedad no tenga unas consecuencias jurídicas relevantes, ya que, aunque no constara expresamente esta presunción, se podía dar por entendida desde hace mucho tiempo y, por supuesto, y a pesar de la declaración expresa, siempre cabe la prueba en contrario que permita acreditar la naturaleza temporal de las actividades desarrolladas por el trabajador.

La reforma expresamente introduce en el artículo 15 ET que para que se entienda que concurre causa justificada de temporalidad es necesario que se especifiquen con precisión en el contrato la causa habilitante de la contratación

² PRECIADO DOMENECH, C. H.: *La reforma laboral de 2021. Comentarios de urgencia al Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre*, Bomarzo, Albacete, 2022, p. 21.

³ Sobre este tema véase, entre otras, el criterio técnico de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, CT 95/2015, de 8 de abril de 2015.

⁴ STS 21 de diciembre de 2021 (rec. 3095/2019).

⁵ STS 21 de febrero de 1997 (rec. 1400/1996) y STS 25 de enero de 2011 (rec. 658/2010).

⁶ GOMEZ ABELLERÍA, F. J.: «Habla de “mayor rotundidad”, “Las causas de contratación temporal tras el Real Decreto-ley 32/2021”», Labos, *Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, núm. 3, enero 2022, p. 21.

temporal⁷, las circunstancias concretas que la justifican y su conexión con la duración prevista, lo que se puede observar como una mayor exigencia en la justificación de la exigencia de temporalidad.

En este tema hay que recordar que el Tribunal Supremo ya había contemplado el cumplimiento de las exigencias de formalidad como requisito necesario para la validez del contrato⁸.

Esta doctrina refleja una realidad común que se puede observar al analizar contratos temporales, ya que se pueden encontrar con cierta facilidad contratos de trabajo cuya redacción respecto a la causa que motiva la contratación era demasiado reducida, situación que ya los tribunales habían criticado.

Así, las sentencias habían entendido que el contrato debe consignarse con precisión y claridad la causa y circunstancia que lo justifique⁹, no bastando una remisión genérica a la norma, una reproducción literal de la misma o una alusión genérica a un exceso de trabajo o un incremento de los servicios¹⁰.

De manera, concluían estas sentencias, que el contrato debe entenderse celebrado por tiempo indefinido cuando exista una insuficiente concreción y determinación de la obra a realizar¹¹, aunque se aplicaba la misma regla a los supuestos de contratos eventuales.

4. EL CONTRATO POR CIRCUNSTANCIAS DE LA PRODUCCIÓN

A) Definición

El contrato por circunstancias de la producción va a ser el contrato de duración determinada por excelencia ya que pretende sustituir a las dos modalidades tradicionales como son el contrato de obra o servicio determinado y el contrato eventual por circunstancias de la producción. En todo caso, habrá que observar en los próximos meses si se produce esta conversión o si las empresas acaban cubriendo sus necesidades de personal por medio de contratos indefinidos¹².

⁷ Sobre la causalidad véase la Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999 relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada.

⁸ STS 25 de enero de 2011 (rec. 658/2010).

⁹ STS 21 de marzo de 2002 (rec. 2456/2001) y STS 6 de marzo de 2009 (rec. 3839/2007).

¹⁰ STS 21 de abril de 2015 (rec. 142/2014) y STS 30 de junio de 2016 (rec. 3437/2015).

¹¹ STS 11 de mayo de 2005 (rec. 4162/2003) y 18 de julio de 2007 (rec. 3685/2005).

¹² Por esta razón se ha dicho que se trata de «una de las principales fuentes originadoras de dudas interpretativas y de inseguridad jurídica», ABRIL LARRAINZAR, P.: *Reformas laborales y de Seguridad Social (RDL 32/2021, L 20/2021, L 21/2021 y L 22/2021)*, Claves prácticas, Francis Lefebvre, Madrid, 2022, p. 137.

Este contrato presenta dos modalidades.

La regulación, como no puede ser de otra manera, establece un supuesto primero y después el segundo, pero al fundamentar ambas modalidades en un concepto excluyente, ya que una se basa en una situación imprevisible y la otra en una situación previsible, es probable que, desde un punto de vista real, se deba realizar una prioridad en cuanto a su aplicación.

Aunque esta clasificación es totalmente novedosa en nuestro ordenamiento jurídico es probable que se deba realizar, además, una alteración del orden del precepto.

Esto significa que la empresa debe determinar qué supuestos económicos o productivos deben ser calificados como previsibles, posiblemente por medio de su histórico, teniendo en cuenta que la regulación le obliga a hacer una previsión anual de uso de estos contratos, que deber ser comunicada en el último trimestre de cada año a la representación legal de los trabajadores.

B) Modalidad de situación imprevisible

a) CONCEPTO

El contrato por circunstancias de la producción consiste en un contrato de duración determinada en el que las causas que permiten la contratación se pueden dividir en dos categorías.

En primer lugar, este contrato se puede concertar cuando se den alguna de las dos siguientes circunstancias, que no queda muy claro si tienen relación entre ellas o se trata de una mera enumeración:

- Incremento ocasional e imprevisible de la actividad.

Como la ley no especifica qué supuestos se pueden incluir en estos conceptos, las empresas son las que tienen que realizar esta concreción. Se entiende que las necesidades que pueden ser cubiertas por esta modalidad han de ser puntuales, en el sentido que no puedan repetirse, y, a su vez, el empresario no puede tener conocimiento que van a suceder.

Ahora bien, en esta última cuestión, surge una duda respecto a si el desconocimiento se refiere a que se produzca la necesidad, por ejemplo, un posible incremento de la actividad vinculado a una determinada fecha o si se puede aplicar también a la intensidad de la necesidad, cuando si bien existe la fecha, se desconoce cuánta necesidad va a tener la empresa.

– Oscilaciones, entre las cuales se entienden incluidas aquellas que derivan de las vacaciones anuales.

Tampoco en este caso regula qué debe entender por este concepto y además, el primer significado que se deduce de esta palabra no va asociado precisamente a situaciones ocasionales, sino todo lo contrario, a una cierta reiteración.

Además, hay que entender que este tipo de circunstancias no requiere que sean imprevisibles, ya que la norma no lo regula expresamente, pero esta situación puede hacer que surjan dudas de aplicación respecto a la otra modalidad de contrato por circunstancias de la producción por incrementos previsibles.

Concretamente, respecto a las vacaciones, hay recordar que el Tribunal Supremo ya había determinado, aunque es cierto que sin existir una regulación expresa que habilitara esta posibilidad, que la existencia de vacaciones, bajas y permisos en la plantilla no son circunstancias excepcionales sino ordinarias que tienen que estar previstas para ajustar a ellas el número de trabajadores, por lo que no se podía hacer del contrato eventual¹³, ni del contrato de interinidad, por no existir situación que implique reserva de puesta de trabajo en las vacaciones¹⁴.

En ambos casos, presentan dos características comunes:

– Aun tratándose de la actividad normal de la empresa, generan un desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere.

Hay que tener en cuenta que en situaciones anteriores a la reforma que pueden ser incluidas en este apartado, el Tribunal Supremo había entendido que, si el trabajo responde a las necesidades permanentes de la empresa, tratándose de situaciones en que el volumen de trabajo excede manifiestamente de las capacidades y posibilidades de la plantilla que se dispone¹⁵, debe ser cubierto por un contrato indefinido¹⁶.

Es evidente que, aunque la norma no ha regulado esta cuestión expresamente, ya que en su caso hubiera significado claramente una limitación del principio de libertad de empresa regulado en la Constitución, de esta nota no puede derivarse que las empresas no tienen la posibilidad de realizar el primer contrato de trabajo que precisen para el desarrollo de su actividad por medio de este contrato temporal.

¹³ STS 12 de junio de 2012 (rec. 3375/2011).

¹⁴ STS 10 de noviembre de 2020 (rec. 2323/2018).

¹⁵ STS 16 de mayo de 2005 (rec. 2412/2004) y STS 26 de marzo de 2013 (rec. 1415/2012).

¹⁶ STS 20 de marzo de 2002 (rec. 1676/2001) y STS 6 de mayo de 2003 (rec. 2941/2002).

– Siempre que no responda a los supuestos incluidos en el contrato fijo-discontinuo.

Para poder comprender esta especialidad es necesario recuperar la doctrina del Tribunal Supremo sobre las diferencias entre el trabajo fijo discontinuo y el contrato eventual.

La distinción entre el contrato temporal por circunstancias de la producción y el contrato fijo discontinuo se fundamenta, según el Tribunal, en que dichas circunstancias, ya sean imprevisibles o previsible, han de tener carácter excepcional o aleatorio, mientras que la actividad fija discontinua se repite cíclicamente. Sin embargo, esta diferencia, que ya era compleja cuando se refería al contrato eventual por circunstancias de la producción, se ha complicado al introducir esta nueva modalidad, así como por las figuras de contratación regulada en la negociación colectiva por factores estacionales, aunque éstos no pueden identificarse con los de temporada, sino con los de producción.

De hecho, las necesidades imprevistas o extraordinarias o muy especializadas que surjan en las empresas fuera de una campaña no deben ser necesariamente cubiertas con los trabajadores fijos discontinuos. La empresa puede acudir a otras modalidades contractuales, sea con los mismos o con otros trabajadores ajenos a la empresa.

A la hora de delimitar esta cuestión, según el Tribunal Supremo, la materia fundamental no es la calificación que hagan las partes sino la repetición de la temporada o del servicio o el hecho de que éstos pasen a ser cíclicos, lo que en la práctica plantea importantes problemas¹⁷.

Así la jurisprudencia se refiere a la reiteración de la misma necesidad en el tiempo, obedeciendo a necesidades normales y permanentes que se presentan de forma cíclica y periódica con cierta homogeneidad en relación con el volumen de actividad esperado¹⁸. Por esta razón, se había considerado que los contratos de obra reiterados en ciertos sectores se convierten en fijos discontinuos¹⁹; sin embargo, no se producía esta conversión cuando se trataba de contratos fijos de obra.

De hecho, no es fácil apreciar su conversión en actividad cíclica cuando la eventualidad no se repite en fechas ciertas o se alegan no ya factores de temporada, sino distintas causas de eventualidad, circunstancias excepcionales, ocasionales, y/o quedan fuera de cualquier ciclo de reiteración regular²⁰. Sin embargo, la repe-

¹⁷ STS 1 de octubre de 2001 (rec. 2332/2000) y STS 11 de abril de 2006 (rec. 1184/2005).

¹⁸ STS 4 de mayo de 2004 (rec. 4326/2003).

¹⁹ STS 10 de junio de 1994 (rec. 276/1994) y STS 10 de abril de 1995 (rec. 1223/1994).

²⁰ STS 8 de noviembre de 2005 (rec. 3779/2004) y STS 28 de junio de 2007 (rec. 2461/2006).

tición en las mismas fechas, exactamente iguales, no tiene por qué ser algo concluyente, siempre que se pruebe el carácter de estacional o de temporada.

Por esta razón, se había considerado fijo discontinuo si la actividad se incrementa de forma cíclica y permanente, siempre que se reitere la necesidad, aunque no sea de forma regular, y siempre que las fechas no sean aleatorias o desiguales²¹.

b) DURACIÓN

La duración de las dos modalidades de este contrato no puede ser superior a 6 meses, por lo que la duración mínima no tiene límite y puede ser de días u horas, si esta fuera la necesidad de la empresa que motivara esta contratación.

Por convenio colectivo de ámbito sectorial se puede ampliar hasta un año.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que la regulación actual en los convenios colectivos se refiere al contrato de obra o servicio determinado o al contrato eventual, por lo que no tienen efecto en la posible aplicación analógica a este supuesto, salvo que los sujetos negociadores expresamente así lo habiliten. Por tanto, mientras no se produzca una nueva regulación, hay que entender que la duración máxima a aplicar son estos 6 meses.

En caso de que el contrato se hubiera concertado por una duración inferior a la máxima legal o convencionalmente establecida, puede prorrogarse, mediante acuerdo de las partes, por una única vez, sin que la duración total del contrato pueda exceder de dicha duración máxima que, salvo que exista la ampliación por medio de convenio colectivo, hay que entenderla referida a la duración de 6 meses.

C) Modalidad de situación previsible

a) CAUSAS

El contrato por circunstancias de la producción se puede formalizar para atender situaciones ocasionales, previsibles y que tengan una duración reducida y delimitada.

Tal como se ha afirmado anteriormente, esta modalidad excluye la anterior y, como la reforma introduce una obligación de identificación por parte del

²¹ STS 18 de diciembre de 1991 (rec. 1282/1990) y STS 26 de mayo de 1997 (rec. 4140/1996).

empresario de estas situaciones, esta opción ha de ser utilizada de manera prioritaria a la relativa a las situaciones imprevisibles.

En este caso, para aplicar este supuesto, se requiere el análisis de esta doble circunstancia.

– Situación ocasional y previsible.

Se refiere a que el empresario pueda tener conocimiento de que la necesidad se va a producir. Hay que tener en cuenta que en muchas ocasiones existe la posibilidad de identificar días o períodos en los que pueden producirse estas necesidades, especialmente por el conocimiento histórico del empresario. Sin embargo, es mucho más difícil de adivinar la intensidad de la necesidad y, por tanto, la necesidad o no de contratación y cuántos trabajadores van a ser necesarios para cubrir dicha eventualidad.

En esta categoría se podría incluir por su ajuste a la definición, si no fuera que existe una regulación específica en la otra modalidad, respecto a las oscilaciones, las necesidades que se producen cada año respecto a las vacaciones de los trabajadores.

– Duración reducida y delimitada.

Se trata de una situación que ha de tener una duración determinada y que no puede ser muy extensa, aunque, por la regulación relativa a la duración de esta modalidad, casi puede durar 90 días, según cómo se interprete dicha regla²².

b) DURACIÓN

Las empresas solo pueden utilizar este contrato un máximo de 90 días en el año natural, independientemente de los trabajadores que sean necesarios para atender en cada uno de dichos días las concretas situaciones, que deben estar debidamente identificadas en el contrato.

No se identifica el ámbito de la utilización de estos contratos, por lo que se debe entender referenciado a la totalidad de la empresa, aunque caben interpretaciones más lógicas, como, por ejemplo, por centro de trabajo²³.

²² COSTA REYES, A.: «La reforma de la contratación temporal y formativa. Comentario a los supuestos del artículo 15 y a las novedades del artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores tras el Real Decreto-ley 32/2021», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, Centro de Estudios Financieros, Madrid, número 467, 2022, p. 53.

²³ GOMEZ ABELLERÍA, F. J.: «Las causas de contratación temporal tras el Real Decreto-ley 32/2021», *Labos, Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, pp. 26-27.

De manera que deben identificar estos días o períodos concretos que creen que van a producirse este tipo de necesidad en cada año.

Estos 90 días no pueden ser utilizados de manera continuada. Esta regulación permite una doble interpretación en el concepto de la continuidad, ya se refiera a que los días concretos no pueden ser consecutivos, por lo que han de estar totalmente separados, interpretación que no tiene justificación, mientras que la más razonable es la que deriva de que no se puede aplicar a un período continuado de 90 días, pero sí de 89, por ejemplo, siempre y cuando se cumplan el resto de las exigencias.

Como no la norma no concreta, hay que entender que la referencia a días se refiere a días concretos de trabajo y sin que haya distinción si la jornada es total o parcial.

Las empresas, en el último trimestre de cada año, deben trasladar a la representación legal de los trabajadores una previsión anual de uso de estos contratos, por el mecanismo ordinario de comunicación que suelen utilizar.

Sin embargo, la norma no deja claro cuál es el contenido concreto de esta información y si debe referirse, entre otras, a los siguientes datos:

- Los días concretos en que se va a hacer uso de esta modalidad.
- Los contratos que se prevén formalizar por esta vía.
- Los contratos concretos que se van a realizar en cada uno de los días o períodos.

Es evidente que la norma configura esta exigencia, que obligatoriamente debe llevarse a cabo, como una previsión, por lo que puede que al final no se cumpla de manera total, ya sea por menor o mayor contratación, sin que pueda exigirse de este incumplimiento ningún tipo de consecuencia jurídica, salvo que puedan apreciarse situaciones de especial gravedad, por ejemplo, por reiteración.

Sin embargo, difícilmente puede entenderse que, al no haber realizado esta previsión por parte de la empresa y la debida comunicación, signifique que la empresa no puede hacer uso de este tipo de contratos.

D) No subcontratas

Conforme al último párrafo del artículo 15.2 ET, no puede identificarse como causa de este contrato la realización de trabajos en el marco de contratas, subcontratas o concesiones administrativas que constituyan la actividad habi-

tual u ordinaria de la empresa, sin perjuicio de su celebración cuando concurren circunstancias de la producción.

No queda nada claro cuál es el objeto de esta regulación, ya que parece ser una excepción a la regla general del uso en caso de subcontratación del contrato fijo discontinuo, ya que parece que si se puede utilizar este contrato cuando la realización de los trabajos en este ámbito no constituya la actividad habitual u ordinaria de la empresa.

Así, por ejemplo, hay que preguntarse si se trata de la primera contrata o concesión administrativa, si se puede utilizar esta modalidad temporal por no haber habitualidad.

Además, no se puede olvidar que el Tribunal Supremo ha declarado que en estos supuestos no se puede utilizar el contrato temporal²⁴, aunque es cierto que esta sentencia se pronunció antes de la reforma, por lo que hay que esperar que a futuras decisiones aplicando la nueva normativa.

E) Indemnización de 12 días

Respecto a este tipo de contratos se mantiene la indemnización de 12 días de salario por año trabajado²⁵.

Hay que recordar que la cuantía de esta indemnización está tasada legalmente por lo que no se tienen en cuenta otros parámetros de cuantificación del daño emergente, el lucro cesante y los daños morales causados, baremándose dicha cuantía considerando el salario del trabajador y los años de prestación de servicios estableciendo con un tope máximo²⁶.

La regla general determina que el salario computable a estos efectos ha de ser el salario real bruto²⁷ que se percibe a la fecha de la extinción del contrato, concretamente en el último mes o mes anterior a la extinción, con prorrateo de pagas extras²⁸; entre las excepciones cabe citar, por ejemplo, determinadas situaciones de reducción de la jornada de trabajo, en cuyo caso, debe computarse sobre el salario completo y no sobre la cuantía reducida.

²⁴ STS 2 de diciembre de 2020 (rec. 970/2018), STS 29 de diciembre de 2020 (rec. 240/2018) y STS 5 de marzo de 2021 (rec. 94/2019).

²⁵ Son diversas las sentencias que recuerdan que la indemnización no es de 20 días, entre otras, STS 25 de junio de 2019 (rec. 524/2018) o STS 14 de enero de 2021 (rec. 1450/2019).

²⁶ STS 31 de mayo de 2006 (rec. 1802/2005).

²⁷ STS 1 de octubre de 2007 (rec. 3794/2006).

²⁸ STS 25 de septiembre de 2008 (rec. 4387/2007).

Se tiene en cuenta que solo se computan las cantidades que tengan naturaleza salarial, aunque sea variable²⁹ o en especie³⁰, y excluir las de naturaleza extrasalarial³¹.

Una vez acreditado el salario bruto anual, ha de calcularse el salario diario regulador, que se utiliza para calcular la indemnización, que consiste en el cociente resultante de dividir la retribución global anual por los 365 días que al año corresponden³², incluso cuando la extinción se produzca en año bisiesto, siempre y cuando el trabajador reciba la misma retribución mensual con independencia del número de días que tenga el mes³³.

El tiempo de servicio computable es el de los prestados desde la fecha de ingreso hasta el momento de la extinción del contrato. Sin embargo, este período puede no coincidir con la antigüedad al existir circunstancias, como la excedencia, que se tienen en cuenta para la antigüedad, pero que no computan para el cálculo de la indemnización³⁴ o en supuestos que se amplía por existencia de reconocimiento de períodos de antigüedad³⁵ o si se acreditan contratos temporales celebrados en fraude de ley³⁶.

Finalmente, se deben prorratear por meses los períodos de tiempo inferiores a un año. Además, las fracciones de mes, sea cual sea el número de días, se consideran como un mes completo³⁷.

F) Adquisición de la condición de trabajador fijo

En la voluntad de seguir avanzando hacia la indefinición de la mayoría de los contratos de trabajo, el artículo 15 ET mantiene y amplía los supuestos en los que determinadas conductas del empresario tienen como consecuencia jurídica la conversión de los contratos en indefinidos.

²⁹ Por ejemplo, las horas extraordinarias, según la STS 27 de junio de 2018 (rec. 2655/2016) o la retribución por objetivos, según la STS 24 de octubre de 2006 (rec. 1524/2005).

³⁰ STS 26 de julio de 2005 (rec. 760/2004) y STS 2 de octubre de 2013 (rec. 1297/2012).

³¹ Como, por ejemplo, las dietas, según la STS 26 de diciembre de 2000 (rec. 4595/1999); las indemnizaciones por traslado, según la STS 24 de octubre de 2001 (rec. 3295/2000) o las mejoras voluntarias a la Seguridad Social, según la STS 18 de septiembre de 2006 (rec. 1659/2005).

³² STS 24 de enero de 2011 (rec. 2018/2010) y STS 17 de diciembre de 2013 (rec. 521/2013).

³³ STS 27 de febrero de 2020 (rec. 3230/2017).

³⁴ STS 26 de septiembre de 2001 (rec. 4414/2000). *A sensu contrario*, STS 28 de junio de 2002 (rec. 1274/2001).

³⁵ STS 17 de enero de 2002 (rec. 4759/2000) y STS 13 de noviembre de 2006 (rec. 3110/2005).

³⁶ STS 4 de julio de 2006 (rec. 1077/2005) y STS 3 de noviembre de 2008 (rec. 3883/2007).

³⁷ STS 31 de octubre de 2007 (rec. 4181/2006) y STS 20 de julio de 2009 (rec. 2398/2008).

Concretamente, el número 4 de este precepto continúa con la regulación de los dos supuestos tradicionales, el número 5, cuyo origen se encuentra en el año 2006, modifica el caso que ya estaba previsto y se introduce una nueva circunstancia.

En primer lugar, adquirirán la condición de trabajadores fijos, los trabajadores contratados ya sea mediante por circunstancias de la producción o contratos por sustitución que incumplan el régimen jurídico establecido en el artículo 15 ET.

En esta disposición, la jurisprudencia ha incluido especialmente la celebración en supuestos no permitidos, incumplimiento de las reglas sobre la duración, encadenar sucesivos contratos para cubrir necesidades que, en realidad, son permanentes³⁸.

En segundo lugar, adquirirán la condición de trabajadores fijos los trabajadores temporales, ya sea por medio de un contrato por circunstancias de la producción o por un contrato por sustitución, que no hubieran sido dados de alta en la Seguridad Social una vez transcurrido un plazo igual al que legalmente se hubiera podido fijar para el periodo de prueba.

En tercer lugar, adquirirán la condición de trabajadores fijos los trabajadores que en un periodo de 24 meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a 18 meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas³⁹, mediante dos o más contratos por circunstancias de la producción, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal. Esta previsión también es de aplicación cuando se produzcan supuestos de subrogación empresarial.

Hay que recordar que los plazos en la anterior regulación eran más extensos, ya que se refería a estar contratado por un plazo superior a 24 meses en un período de 30 meses⁴⁰.

En este apartado hay que recordar que la jurisprudencia ha entendido que cuando un contrato temporal se ha celebrado sin causa que justifique su temporalidad, infrinja los límites a su duración o se haya desvirtuado su objeto, deviene indefinido y la celebración de un nuevo contrato temporal sin práctica solución de continuidad carece de eficacia⁴¹.

³⁸ STS 21 de abril de 2004 (rec. 1678/2003), STS 17 de octubre de 2006 (rec. 2426/2005), STS 3 de noviembre de 2008 (rec. 169/2007) y STS 9 de marzo de 2010 (rec. 1636/2009). Además de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de octubre de 2020, C-681/18, JH y KG.

³⁹ Sobre los supuestos anteriores a la modificación normativa, véase STS 19 de noviembre de 2018 (rec. 3665/2016).

⁴⁰ Entre otras, véase STS 10 de noviembre de 2020 (rec. 1624/2018).

⁴¹ STS 21 de marzo de 2002 (rec. 2451/2006), STS 5 de mayo de 2004 (rec. 4063/2003), STS 7 de noviembre de 2005 (rec. 5045/2004), STS 6 de marzo de 2009 (rec. 3839/2007), STS 20 de octubre de 2010 (rec. 3007/200) y STS 23 de febrero de 2016 (rec. 1423/2014).

De esta manera, la regla de control del último contrato desaparece cuando se acredita una actuación en fraude de ley y, al mismo tiempo, permanece la unidad esencial del vínculo laboral, por no existir solución de continuidad o ser de escasa entidad⁴².

En estos supuestos de sucesión de contratos temporales, se computa la totalidad de la contratación para el cálculo de la indemnización por despido⁴³, de manera que la antigüedad del empleado en la empresa se remonta al momento en que se inició el trabajo en virtud del primer contrato temporal, tanto si han mediado irregularidades en los sucesivos contratos o si existe una mera sucesión regular de varios sin una solución de continuidad significativa⁴⁴.

En cuarto lugar, y esta es la principal novedad de la reforma en la cuestión relativa a mecanismo que pretenden evitar el encadenamiento de contratos temporales⁴⁵, se regula que adquirirán la condición de trabajadores fijos, los trabajadores que ocupen un puesto de trabajo que haya estado ocupado con o sin solución de continuidad, durante más de 18 meses en un periodo de 24 meses mediante contratos por circunstancias de la producción, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados con empresas de trabajo temporal.

Esta novedad tiene como finalidad evitar los mecanismos que, utilizando los denominados periodos de descanso, más o menos largo, permitía obviar la regla de la contratación temporal sucesiva de un mismo trabajador.

Sin embargo, introduce un concepto de difícil identificación en la relación laboral como es el puesto de trabajo como circunstancia totalmente identificable e individualizable. Es cierto que hay supuestos en los que, por ser uno solo, es fácil proceder a esta operación, pero, en cambio, cuando varios trabajadores están realizando actividades similares es mucho más complejo poder individualizarlos, especialmente si las actividades que realizan son totalmente polivalentes.

Hay que tener en cuenta que estos dos últimos supuestos, de haber estado contratado más de 18 meses en 24 o de ocupar un puesto de trabajo que haya estado ocupado este plazo, la empresa debe facilitar por escrito al trabajador, en los 10 días siguientes al cumplimiento de los plazos indicados, un documento justificativo sobre su nueva condición de trabajador fijo de la empresa,

⁴² STS 22 de abril de 2002 (rec. 1431/2001) y STS 20 de octubre de 2010 (rec. 3007/2009).

⁴³ STS 8 de marzo de 2007 (rec. 175/2004), STS 18 de febrero de 2009 (rec. 3256/2007), STS 15 de mayo de 2015 (rec. 878/2014), STS 8 de noviembre de 2016 (rec. 310/2015) y STS 29 de marzo de 2017 (rec. 2142/2015).

⁴⁴ STS 15 de noviembre de 2007 (rec. 3344/2006), STS 21 de abril de 2010 (rec. 1075/2009), STS 6 de marzo de 2012 (rec. 10/2011) y STS 7 de junio de 2017 (rec. 1400/2016).

⁴⁵ NIETO ROJAS, P.: «La contratación temporal en el RD Ley 32/2021. Nuevas reglas en materia de encadenamiento, sanciones y presunciones», *Labos, Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, número 3, enero 2022, pp. 36-37.

debiendo informar a la representación legal de los trabajadores sobre dicha circunstancia.

En todo caso, el trabajador puede solicitar por escrito al servicio público de empleo correspondiente un certificado de los contratos de duración determinada o temporales celebrados, a los efectos de poder acreditar su condición de trabajador fijo.

El Servicio Público de Empleo emitirá dicho documento y lo pondrá en conocimiento de la empresa en la que el trabajador preste sus servicios y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, si advirtiera que se han sobrepasado los límites máximos temporales establecidos.

Finalmente, la reforma regula un régimen transitorio sobre límites al encadenamiento de contratos

La norma, por la complejidad en la aplicación del doble cómputo de los contratos, establece una norma transitoria diferente para esta cuestión, con una regla general y una excepción.

La regla general se define al regular que el encadenamiento de contratos regulado en el 15.5 ET se aplicará a los contratos de trabajo suscritos a partir de 30 de marzo de 2022.

Ahora bien, expresamente regula que, respecto a los contratos suscritos con anterioridad, a los efectos del cómputo del número de contratos, del período y del plazo previsto en el citado artículo 15.5, se tomará en consideración sólo el contrato vigente a 30 de marzo de 2022.

En esta cuestión hay que tener en cuenta que la DT quinta 3 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado laboral suspendió temporal la aplicación de este precepto dejando sin efectos «*el tiempo transcurrido entre 31 de agosto de 2011 y 31 de diciembre de 2012, haya existido o no prestación de servicios por el trabajador entre dichas fechas, computándose en todo caso a los efectos de lo indicado en dicho artículo los períodos de servicios transcurridos, respectivamente, con anterioridad y posterioridad a las mismas*»⁴⁶.

Esto origina un doble sistema de cómputo:

– En el caso de trabajadores que en un periodo de 24 meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a 18 meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos por circunstancias de la

⁴⁶ Sobre este período véase, entre otras, STS 3 de marzo de 2014 (rec. 819/2013) y STS 5 de julio de 2016 (rec. 3201/2014).

producción, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, el cómputo de la duración de los contratos (18 meses), del período de referencia (24 meses), así como del primer contrato de los dos exigidos para que se produzca la conversión en indefinido comenzará con el contrato que esté en vigor el día 30 de marzo de 2022.

– En el caso del trabajador que ocupe un puesto de trabajo que haya estado ocupado con o sin solución de continuidad, durante más de 18 meses en un período de 24 meses mediante contratos por circunstancias de la producción, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados con empresas de trabajo temporal, este doble período empezará a contar el día 30 de marzo de 2022 respecto al puesto de trabajo que esté ocupando. En este caso no existe retroactividad porque esta limitación no existía antes de la entrada en vigor de la norma.

G) Mismos derechos que los trabajadores con contrato indefinido

Los trabajadores con contratos temporales tienen los mismos derechos que los trabajadores con contratos de duración indefinida, sin perjuicio de las particularidades específicas de cada una de las modalidades contractuales en materia de extinción del contrato y de aquellas expresamente previstas en la ley en relación con los contratos formativos⁴⁷.

En todo caso, cuando corresponda en atención a su naturaleza, estos derechos serán reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los convenios colectivos de manera proporcional, en función del tiempo trabajado.

Finalmente, cuando un determinado derecho o condición de trabajo esté atribuido en normas y/o convenios colectivos en función de una previa antigüedad del trabajador, esta debe computarse según los mismos criterios para todos los trabajadores, cualquiera que sea su modalidad de contratación.

H) Obligaciones de información

La empresa debe informar a los trabajadores con contratos temporales sobre la existencia de puestos de trabajo vacantes, a fin de garantizarles las mismas oportunidades de acceder a puestos permanentes que los demás trabajadores.

⁴⁷ Por ejemplo, en seguro colectivo de asistencia sanitaria, véase STS 28 de abril de 2010 (rec. 44/2010), cómputo de antigüedad, en la STS 25 de noviembre de 2012 (rec. 2978/2011) o para el cómputo de un premio de vinculación, STS 21 de septiembre de 2021 (rec. 45/2020).

■ LA REORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO

Esta información puede facilitarse mediante un anuncio público en un lugar adecuado de la empresa o centro de trabajo, o mediante otros medios previstos en la negociación colectiva, que aseguren la transmisión de la información. Esta información ha de ser trasladada, además, a la representación legal de los trabajadores.

El incumplimiento de estas obligaciones se califica como una infracción leve (artículo 6.5 LISOS).

Las empresas han de notificar, asimismo a la representación legal de los trabajadores los contratos realizados de acuerdo con las modalidades de contratación por tiempo determinado cuando no exista obligación legal de entregar copia básica de los mismos.

I) **Regulación en convenio colectivo**

Los convenios colectivos pueden establecer:

- Planes de reducción de la temporalidad.
- Criterios generales relativos a la adecuada relación entre el volumen de la contratación de carácter temporal y la plantilla total de la empresa.
- Criterios objetivos de conversión de los contratos de duración determinada o temporales en indefinidos.
- Porcentajes máximos de temporalidad y las consecuencias derivadas del incumplimiento de estos.
- Criterios de preferencia entre los trabajadores con contratos temporales, incluidos los trabajadores puestos a disposición.

Es evidente, que una vez, este tipo de regulación plantea la duda sobre la eficacia de dicho contenido, especialmente si finalmente no existe acuerdo sobre estos temas en los convenios colectivos, respecto a su exigencia frente a los tribunales.

Finalmente, los convenios colectivos establecerán medidas para facilitar el acceso efectivo de los trabajadores con contrato temporal a las acciones incluidas en el sistema de formación profesional para el empleo, a fin de mejorar su cualificación y favorecer su progresión y movilidad profesionales.

J) **Cotización adicional en contratos de duración determinada**

La anterior regulación del artículo 151 LGSS establecía que a los contratos de trabajo de duración inferior a 6 días, y en este caso este régimen se ha

mantenido en los contratos que hubieran finalizado hasta el día 30 de diciembre de 2021 les resulta de aplicación la cotización adicional establecida, hasta dicha fecha, que consistía en una cantidad variable y que se calculaba aplicando el porcentaje del 40 % sobre la aportación empresarial por contingencias comunes de la base de cotización concreta del trabajador.

Esta regulación ha sido radicalmente modificada por la reforma laboral y en actualidad se establece que los contratos de duración determinada, con las excepciones que expresamente determina la propia norma, siempre que sean de una duración inferior a 30 días tendrán una cotización adicional a cargo del empresario a su finalización⁴⁸.

Conforme con esta regulación, esta cotización adicional resulta de aplicación por cada finalización de los contratos temporales inferiores a 30 días, con independencia de que la duración del contrato sea de 1 día o de 29 días.

Por tanto, si la duración final del contrato es superior a los 30 días porque a la duración inicial se añade una prórroga, no cabe la aplicación de este porcentaje.

Esta cotización adicional se calcula multiplicando por tres la cuota resultante de aplicar a la base mínima diaria de cotización del grupo 8 del Régimen General de la Seguridad Social para contingencias comunes, el tipo general de cotización a cargo de la empresa para la cobertura de las contingencias comunes.

La cuantía concreta ha presentado dos períodos, referidos a la aplicación del salario mínimo interprofesional, aunque finalmente, en la práctica, no habrá dicha diferencia.

Antes de la regulación del salario mínimo interprofesional para 2022, publicado por Real Decreto 152/2022, de 22 de febrero, el importe ascendía a 26,57 euros, ya que dicha cuantía era el resultado de la operación de 37,53 euros, correspondiente a la base mínima diaria durante 2022) x 23,60 % (tipo de cotización en el Régimen General de la Seguridad Social desde el 1 de enero de 2022 por contingencias comunes) x 3.

Sin embargo, con la entrada en vigor del nuevo salario mínimo profesional, la base mínima diaria es de 38,89 euro, por lo que el importe actual asciende a 27,53 euros.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que como esta nueva regulación del salario mínimo interprofesional se aplica desde 1 de enero de 2022, por lo que hay recalcular las cotizaciones que por esta razón se hayan realizado.

⁴⁸ Se entiende que esta medida forma parte de esta voluntad de desincentivar la contratación temporal, CANO GALAN, Y.: *Reformas laborales y de Seguridad Social (RDL 32/2021, L 20/2021, L 21/2021 y L 22/2021)*, Claves prácticas, Francis Lefebvre, Madrid, 2022, p. 227.

Según la Seguridad Social, no se precisa la realización de ninguna actuación en el ámbito de afiliación para la aplicación de la cotización adicional en contratos de duración determinada, ya que se identificará con la peculiaridad/fracción de cuota 56003 «Cotización Adicional CT Temporales corta duración». El importe de esta cotización adicional se repercutirá en el actual concepto económico 531, que pasará a denominarse «Cotización adicional contratos temporales corta duración»⁴⁹.

Finalmente, hay que tener en cuenta que esta cotización adicional no se aplica a:

- En los contratos celebrados con trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios, en el Sistema Especial para Empleados de Hogar o en el Régimen Especial para la Minería del Carbón.
- En los contratos por sustitución.

K) **Infracciones y sanciones**

Se regulan como infracciones y sanciones en el orden de lo social, determinados comportamientos del empresario que afectan principalmente a la contratación temporal.

Más que cambios en la regulación existente, la gran novedad radica en la introducción de un sistema de cómputo de las infracciones, que ya estaba en otros supuestos, y que incorpora el número de trabajadores para cuantificar las conductas.

Así, entre las infracciones leves, se modifica la regulación existente para introducir la nueva terminología derivada de la derogación de los contratos de obra o servicio determinado y eventuales, de manera que se regula el no informar a los trabajadores con contratos de duración determinada o temporales sobre las vacantes existentes en la empresa.

En cuanto a las infracciones graves, se modifica la conducta infractora existente en la normativa anterior en el número 2 del artículo 7 LISOS y se introduce una nueva conducta.

La modificación se refiere, no al cambio de la conducta concreta que se mantiene literalmente, al incluir la transgresión de la normativa sobre modalidades contractuales, contratos de duración determinada y temporales, mediante su utilización en fraude de ley o respecto a personas, finalidades, supuestos

⁴⁹ Boletín de Noticias de la Seguridad Social número 1/2022, de 14 de enero.

y límites temporales distintos de los previstos legal, reglamentariamente, o mediante convenio colectivo cuando dichos extremos puedan ser determinados por la negociación colectiva, sino por la consideración de una infracción por cada uno de los trabajadores afectados.

En cuanto a la novedad, lo es en un doble sentido, ya que introduce una nueva regulación al establecer la formalización de nuevas contrataciones laborales incumpliendo la prohibición establecida en el artículo 47.7.d) del Estatuto de los Trabajadores y, además, también incluye la consideración de una infracción por cada trabajador contratado.

Además, en estas dos conductas infractoras, se incrementa la cuantía de la sanción a pagar por la empresa ya que se establece que se sancionarán con la multa siguiente: en su grado mínimo, de 1.000 a 2.000 euros; en su grado medio, de 2.001 a 5.000 euros y, en su grado máximo, de 5.001 a 10.000 euros.

Finalmente, se regula en la DT novena, en cuanto norma de derecho transitorio, un principio de la irretroactividad de la actividad sancionadora regulada en el artículo 9.3 CE, estableciendo la siguiente redacción:

«Las infracciones en el orden social cometidas con anterioridad a 31 de diciembre de 2021 se sancionarán conforme a las cuantías y se someterán al régimen de responsabilidades vigente con anterioridad a dicha fecha.»

La cuestión que plantea esta redacción es determinar cuándo se produce la conducta infractora porque el hecho de aplicar la anterior norma o la actual es muy relevante, especialmente por la introducción del mecanismo cuantificador de una infracción por cada trabajador contratado.

En este caso, y especialmente respecto a la transgresión de las reglas de la contratación temporal, exceptuando las cuestiones relativas a la concatenación de contratos temporales, ya que éstas tienen una regulación transitoria diferente, hay que tener en cuenta que se regulan por el nuevo sistema todas las infracciones cometidas a partir de 31 de diciembre de 2021, con independencia del tipo de contratos temporales.

Es evidente que, hasta 30 de marzo de 2022, las infracciones sólo podrán derivarse de un uso irregular de los contratos formativos y causales previos a la reforma y que a partir de esta fecha pueden llevarse a cabo tanto por estos motivos, en cuanto aún estén vigentes y por medio de las nuevas modalidades de contratación.

La cuestión más delicada puede surgir en supuestos de concatenación de contratos temporales, cuya situación irregular se perciba por la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social una vez entrada en vigor esta regla, pero el

origen de esta conducta esté en momentos anteriores, por ejemplo, cuando fue el primer contrato de la cadena el que se suscribió sin causa.

5. CONTRATO DE SUSTITUCIÓN DE TRABAJADOR

Este contrato, que se asimila bastante al anterior contrato de interinidad o sustitución, presenta un supuesto tradicional y dos novedades⁵⁰.

A) General

El contrato puede formalizarse para la sustitución de un trabajador con derecho a reserva de puesto de trabajo.

En el contrato de trabajo debe especificarse:

- El nombre del trabajador sustituido.
- La causa de la sustitución.

Hay que observar que no se exige expresamente que se especifique si el puesto de trabajo a desempeñar ha de ser el del trabajador sustituido o puede darse la circunstancia que sea diferente y que otro trabajador asuma el puesto de trabajo del trabajador con reserva de puesto de trabajo. En cambio, se puede entender que sí cabe esta posibilidad, no sólo porque la norma no lo limita, sino también porque el Tribunal Supremo expresamente ha determinado que no es contrario a la interinidad por vacante o por sustitución que no se ocupe el mismo puesto o las funciones que el sustituido⁵¹.

La reforma introduce una novedad ciertamente necesaria para la organización de las empresas cuando se dan supuestos en los que es necesaria la sustitución de un trabajo y existe la posibilidad de conocer con antelación dicha circunstancia.

Concretamente se regula que esta prestación de servicios puede iniciarse antes de que se produzca la ausencia del trabajador sustituido, coincidiendo en el desarrollo de las funciones el tiempo imprescindible para garantizar el desempeño adecuado del puesto y, como máximo, durante 15 días.

⁵⁰ Sobre este contrato véase KAHALE CARRILLO, D. T.: *Los nuevos contratos de trabajo y la nueva transformación del mercado de trabajo. Reforma laboral 2021. Aspectos laborales y de Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2022, p. 74.

⁵¹ STS 1 de diciembre de 2021 (rec. 122/2020).

Sin embargo, no se contempla, y en muchas ocasiones es igualmente necesaria esta coexistencia, a la finalización del período de sustitución, para poder traspasar todas las actividades realizadas por el trabajador que sustituyó (poner al día), especialmente cuando se dan supuestos de reserva de puesto de trabajo de larga duración.

B) complementar la jornada reducida

Este contrato se puede celebrar para completar la jornada reducida por otro trabajador, cuando dicha reducción se ampare en causas legalmente establecidas o reguladas en el convenio colectivo y se especifique en el contrato el nombre del trabajador sustituido y la causa de la sustitución.

C) Proceso de selección o promoción

Este contrato se puede celebrar para la cobertura temporal de un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva mediante contrato fijo, sin que su duración pueda ser superior a 3 meses, o el plazo inferior recogido en convenio colectivo, ni pueda celebrarse un nuevo contrato con el mismo objeto una vez superada dicha duración máxima⁵².

D) Contratos de sustitución en el sector público

Sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas para el sector público⁵³, el Real Decreto-ley 32/2021, de 30 de diciembre, regula que se podrán suscribir contratos de sustitución para cubrir temporalmente un puesto de trabajo hasta que finalice el proceso de selección para su cobertura definitiva, de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad

⁵² Según la STS 28 de junio de 2021 (rec. 3263/2019) procede su conversión en contrato por tiempo indefinido cuando el trabajador ocupa, mediante uno o varios contratos, el mismo puesto de modo ininterrumpido durante varios años, desempeñando las mismas funciones, por haber incumplido el empleador su obligación legal de organizar un proceso selectivo.

⁵³ Hay que recordar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha abordado en múltiples ocasiones el tema del abuso de derecho por medio de los contratos de interinidad en el sector público, entre otras, véase STJUE 3 de junio de 2021, STJUE 19 de junio de 2020 y STJUE 22 de enero de 2020.

y en los términos establecidos en la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público⁵⁴.

6. BIBLIOGRAFÍA

- AA. VV., *Reformas laborales y de Seguridad Social (RDL 32/2021, L 20/2021, L 21/2021 y L 22/2021)*, Claves prácticas, Francis Lefebvre, Madrid, 2022.
- AA. VV., *La reforma laboral de 2021. Un estudio del Real Decreto-ley 32/2021*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- BELTRÁN, I.: <https://ignasibeltran.com/la-contratacion-temporal-laboral/#321>.
- CALVO GALLEGO, F. J.: <https://grupo.us.es/iwpr/2022/02/09/el-contrato-o-contratos-por-circunstancias-de-la-produccion/>
- CONDE RUIZ, J. I. y LAHERA FORTEZA, J.: «Contra la dualidad laboral», *Fedea*, <https://documentos.fedea.net/pubs/fpp/2021/06/FPP2021-07.pdf>.
- COSTA REYES, A.: «La reforma de la contratación temporal y formativa. Comentario a los supuestos del artículo 15 y a las novedades del artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores tras el Real Decreto-ley 32/2021», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, Centro de Estudios Financieros*, Madrid, número 467, 2022.
- GALA DURAN, C.: <https://www.aedtss.com/los-contenidos-en-materia-de-seguridad-social-del-real-decreto-ley-32-2021/>.
- GARCÍA BLASCO, J.: <https://www.aedtss.com/reforma-laboral-infracciones-en-el-orden-social-y-reforzamiento-del-papel-de-la-inspeccion-de-trabajo/>.
- GARCÍA VIÑA, J.: *La nueva regulación laboral. Comentarios a la reforma laboral 2021 y 2022*, Atelier, Barcelona, 2022.
- GÓMEZ ABELLERÍA, F. J.: «Las causas de contratación temporal tras el Real Decreto-ley 32/2021», *Labos, Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, número 3, enero 2022.
- KAHALE CARRILLO, D. T.: *Los nuevos contratos de trabajo y la nueva transformación del mercado de trabajo. Reforma laboral 2021. Aspectos laborales y de Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2022.
- LLORENTE, P.: «Algunos apuntes a propósito del Real Decreto Ley 32/2021», *Diario La Ley*, <https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAmMTcwsTS7Wy1KLizPw8WyMDI0NDI2MDkEBmWqVLFnJIZUGqbVpiTnEqAFpfxwA1AAA-AWKE>.
- MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2021.

⁵⁴ SEMPÈRE NAVARRO, A. V.: *Reformas laborales y de Seguridad Social (RDL 32/2021, L 20/2021, L 21/2021 y L 22/2021)*, Claves prácticas, Francis Lefebvre, Madrid, 2022, pp. 65-70.

- NIETO ROJAS, P.: «La contratación temporal en el RD Ley 32/2021. Nuevas reglas en materia de encadenamiento, sanciones y presunciones», *Labos, Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, número 3, enero 2022.
- NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/aedtss-corto-reforma-contratos-temporales-fin-1.pdf>.
- ORTEGA FIGUEIRAL, E.: «Reforma laboral 2021. Resumen urgente de sus aspectos más relevantes», *Diario La Ley*, <https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAkMzc1NLU7Wy1KLizPw8WyMDI0NDIyNzkEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnEqABaAL-Hk1AAAAWKE>.
- PRECIADO DOMENECH, C. H.: *La reforma laboral de 2021. Comentarios de urgencia al Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre*, Bomarzo, Albacete, 2022.
- PUEBLA PINILLA, A. DE LA: <https://www.aedtss.com/rdl-32-2021-el-fin-de-los-contratos-temporales-que-conociamos-regimen-transitorio-hasta-su-definitiva-desaparicion/>

SÉPTIMA PARTE

EL TRABAJO Y LA VIDA

CAPÍTULO XXXV

LA REORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO DE LAS MUJERES *

ELISA SIERRA HERNAIZ

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Pública de Navarra

1. INTRODUCCIÓN

El actual contexto de relaciones laborales tiende hacia la reordenación del tiempo de trabajo, entre otros motivos con la finalidad de adaptar la jornada de trabajo, incluida la forma y lugar de prestación del mismo, para el ejercicio de derechos de conciliación y corresponsabilidad. Esta tendencia puede tener un especial impacto en el trabajo femenino si se convierte en un instrumento no solo para garantizar su permanencia en el mercado laboral sino también el disfrute en plenas condiciones de igualdad de los derechos socio-laborales al facilitar la compatibilidad entre el tiempo de trabajo y el tiempo de cuidado. Por ello es fundamental delimitar cuáles son los instrumentos y objetivos de la reordenación del tiempo de trabajo respecto del trabajo femenino.

* Este capítulo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación «Las nuevas dimensiones del tiempo de trabajo y el papel de la negociación colectiva» (PID2020-114556GB-I00), financiado por la Agencia Estatal de Investigación (Ministerio de Ciencia e Innovación).

Pues bien, hoy en día el derecho a la adaptación de la jornada laboral para la conciliación de la vida laboral y familiar regulada en el artículo 37.8 del Estatuto de los Trabajadores (ET) emerge como el principal instrumento de reordenación del tiempo de trabajo de las mujeres, configurándose como un derecho alternativo a las suspensiones y reducciones de jornada¹. Su objetivo no es otro que evitar que las trabajadoras se vean expulsadas, aunque sea de manera temporal (véase por ejemplo las excedencias), del mercado laboral para ejercer los derechos de conciliación, o que vean reducida su jornada laboral, tanto por el ejercicio de los derechos de guarda legal como por el recurso al contrato a tiempo parcial, por el impacto adverso que ambas situaciones tienen tanto en sus ingresos económicos como en sus carreras de cotización a la seguridad social.

A la hora de analizar este derecho de adaptación de la jornada es necesario realizar una serie de precisiones con carácter previo. En primer lugar, se trata de un instrumento de los derechos de conciliación en primer término y no tanto de los derechos de corresponsabilidad, que tendría un carácter secundario. En segundo lugar, la reordenación de la jornada de trabajo implica que no estamos ante un derecho de suspensión o reducción de la misma sino de una adaptación del tiempo de trabajo, que puede llegar a abarcar la prestación física del mismo –modalidad de teletrabajo– si es necesario para el ejercicio de dicho derecho. Y, en tercer lugar, el derecho de adaptación de la jornada del artículo 37.8 del ET tiene una dimensión constitucional, lo que implica que su ejercicio está protegido por el derecho a no ser discriminado.

Sin embargo, si realmente se pretende que esté derecho sea un instrumento de cambio real para acabar con la brecha de género en el mercado laboral y en la sociedad en general, además de garantizar la protección frente a conductas y actos discriminatorios, hay que dar un paso más e incorporar la perspectiva de género en la reordenación de la jornada de trabajo en general, perspectiva de género que aún no se contempla como tal en la actual regulación. Ello implicaría no solo la adaptación de su jornada de trabajo sino también la consideración del tiempo que se dedica a los cuidados. Por lo tanto, si esas tareas de cuidado que afectan al tiempo de trabajo de las mujeres no se tienen en consideración toda la reordenación del tiempo de trabajo puede terminar siendo un instrumento insuficiente para acabar con la brecha de género en el mercado laboral².

¹ LÓPEZ ÁLVAREZ, M. J.: *Jornada laboral. Control horario, desconexión, flexibilidad y conciliación*. Francis Lefebvre, Madrid, 2019, pp. 79 y ss.

² Véase al respecto CASAS BAAMONDE, M. E.: «La organización del tiempo de trabajo con perspectiva de género: la conciliación de la vida privada y la vida laboral» en *Documentación Laboral*, núm. 117, 2019, p. 5.

2. BREVE ANÁLISIS DE LA DISTRIBUCIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO DESDE LA PERSPECTIVA DEL TRABAJO FEMENINO

Cualquier medida de intervención respecto del trabajo de las mujeres debe de estar justificada para evitar impactos adversos o perpetuar estereotipos sociales. Es por ello que adquiere una gran relevancia el uso de datos estadísticos para sustentar la existencia de una discriminación social que origina la brecha de género en el mercado laboral y que justifica, entre otras, la necesidad de reordenar el tiempo de trabajo con perspectiva de género, más allá de las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar o de las medidas de flexibilidad horaria pensadas para atender las necesidades productivas del empresario³.

Pues bien, en este contexto cobra especial relevancia, por un lado, el análisis de los trabajos de cuidados –tareas altamente feminizadas– ya que son una de las causas de dicha discriminación social, con un fuerte impacto en la actividad laboral de las mujeres y, por otro, la gestión del tiempo de trabajo en sectores altamente feminizados que también son una muestra de la brecha de género, datos estadísticos que servirán de justificación para incorporar la perspectiva de género en la reordenación del tiempo de trabajo.

En este análisis, y como punto de partida, cabe señalar que la plena incorporación de la mujer al trabajo remunerado no ha tenido como contrapartida la del hombre al trabajo no remunerado, al cual solo se ha dedicado una parte de su tiempo, la del cuidado de los hijos. Ello supone que los hombres dedican más tiempo al trabajo remunerado y las mujeres al trabajo doméstico y al cuidado de los hijos. Esta diferencia se produce a lo largo de las etapas de la vida, con más o menos intensidad, incluso si las mujeres tienen un nivel de estudios e ingresos superiores a los varones. Esta situación implica, a su vez, que los hombres disfrutan de más tiempo de ocio y dedican menos tiempo a las tareas domésticas, siendo el factor distorsionante principal el nacimiento de los hijos e hijas, que acrecienta, a pesar de los cambios sociales que se están produciendo, la disminución de la actividad remunerada de las mujeres y un aumento de las tareas domésticas y de cuidado frente a la de los varones⁴.

³ MALDONADO MONTOYA, J. P.: «Ordenación del tiempo de trabajo» en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (Dir); HIERRO HIERRO, F. J.; KAHALE CARRILLO, D. T.: *Un decenio de jurisprudencia laboral sobre la Ley de Igualdad entre mujeres y hombres*. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2018, pp. 402 a 403.

⁴ AJENJO, M.; GARCÍA ROMÁN, J. «La persistente desigualdad de género en el uso del tiempo en España» en *Perspectives demográfiques*, núm. 014, 2019, pp. 1 a 4. Es de destacar datos como: «Si se considera el tiempo como un juego de sumas y restas y se define el tiempo de trabajo total como la suma de trabajo remunerado, doméstico y de cuidado a lo largo de la semana –incluyendo sábados y domingos–, concluimos que en las parejas que tienen hijos, las mujeres dedican a este trabajo 5,5 horas más que sus

El primer dato, y por lo que respecta a las tareas de cuidados, son cuatro los datos que se tienen que tener en consideración⁵. En primer lugar, y en cuanto a los usos de tiempo, está comprobado que el uso del tiempo que hacen hombres y mujeres sigue siendo desigual, debido fundamentalmente al actual y persistente desequilibrio entre las tareas domésticas y de cuidado –femeninas– y el trabajo remunerado y tiempo de ocio –masculinos–, siendo una de las principales causas de la brecha de género en el mercado de trabajo puesto que arrastra, a su vez, a que las mujeres presenten mayores tasas de inactividad laboral y un alto porcentaje de trabajo a tiempo parcial. Así, como principales características de este uso desigual del tiempo, pueden señalarse, en primer lugar, que las mujeres dedican más tiempo que los hombres al hogar y los cuidados, lo que repercute, entre otros aspectos, en el trabajo remunerado; en segundo lugar, las mujeres en edad actividad asumen más tareas de cuidados con independencia de cuál sea su posición laboral, siendo la brecha mayor entre personas inactivas, lo que supone que tengan menos tiempo para formarse o buscar un empleo en caso de inactividad o paro; en tercer lugar, las mujeres ocupadas a tiempo completo trabajan más que los hombres, fundamentalmente por el desigual reparto del trabajo no remunerado, en concreto, trabajan ocho horas más a la semana, incrementándose a catorce horas si el empleo es a tiempo parcial y, en cuarto lugar, no solo los cuidados a mayores y dependientes siguen recayendo más en las mujeres, siendo que muchas más mujeres se dedican intensamente a las tareas de cuidado. El segundo dato que hay que considerar es la inactividad laboral asociada al cuidado, lo que implica que haya menos mujeres en el mercado de trabajo en todos los grupos de edad y más mujeres inactivas, cerca de medio millón, que no buscan empleo debido a esas tareas de cuidado. De hecho, se constata que casi ochenta mil mujeres abandonaron el mercado laboral por esas causas. El tercer dato relevante es la conexión entre las tareas de cuidado y el trabajo a tiempo parcial, ya que las

prójimos –p. 2– (...). En concreto, entre las parejas mayoritarias, aquellas en que ambos se encuentran ocupados, la brecha de género en trabajo doméstico se puede cifrar en una hora y cuarenta y cinco minutos, y en unos cuarenta minutos en el caso del cuidado de menores, –p. 3– (...). Las mejoras en la igualación de los papeles de género en una sociedad que se pretende moderna, como la española, encuentra uno de sus límites en el micro-poder del hombre que proviene del resultado del empleo del tiempo invertido en tareas reproductivas. Incluso las parejas mejor situadas desde el punto de vista de su capital humano solo consiguen aproximarse a la igualdad externalizando el trabajo doméstico. Una solución que reduce, pero no elimina, las diferencias en el seno de la pareja, pero que, no lo olvidemos, conlleva perpetuar la feminización del trabajo doméstico –p. 4–».

⁵ Los datos aportados están extraídos y resumidos en su totalidad de MARTÍNEZ LÓPEZ, R.; ROLDÁN AYUSO, S.: «Estudio estadístico de los tiempos de vida: tiempos de actividad laboral y trabajo de cuidados» en MOLERO MARAÑÓN, M. L.: *Ser mujer en el mercado de trabajo: Dificultades, oportunidades y retos*. Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021, pp. 259 y ss.

mujeres son las que utilizan esta modalidad contractual por tener que cuidar, especialmente si son trabajadoras con hijos en edad escolar. Finalmente, las mujeres interrumpen mucho más su carrera laboral cuando tienen hijos al hacer uso de las excedencias y permisos parentales.

Y, en segundo lugar, respecto de la gestión flexible es especialmente relevante la feminización del trabajo a tiempo parcial, no siendo en la mayoría de los casos voluntario puesto que se utiliza como una forma de conciliar, con todo lo que supone para las carreras profesionales de las mujeres, perpetuando incluso los roles de género discriminatorios en el mercado laboral, en aspectos como la distribución irregular de la jornada, las horas extraordinarias o los descansos y las vacaciones⁶.

3. LAS MEDIDAS LEGALES PARA FAVORECER LA REORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO DE LAS MUJERES

A) Análisis de la normativa comunitaria y española

La aprobación de la Directiva 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, pretende ser el instrumento normativo comunitario de referencia para regular y armonizar los derechos de conciliación entre la vida laboral y familiar y de corresponsabilidad entre hombres y mujeres y lograr, de este modo, un reparto equitativo de las tareas de cuidado. En este sentido, la Directiva persigue un mayor equilibrio en los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar basado en un modelo consensuado entre las partes implicadas en la relación laboral que permita atender las obligaciones familiares de cuidado de las personas trabajadoras. A su vez, parte de la realidad social de que son las mujeres las que asumen la condición de cuidadoras informales frente a los varones en la familia, pretendiendo dar respuesta a estas situaciones⁷.

⁶ Los datos aportados están extraídos y resumidos en su totalidad de SERRANO GARCÍA, M. J.: «La gestión flexible del tiempo de trabajo en los sectores feminizados», en MOLERO MARAÑÓN, M. L.: *Ser mujer en el mercado de trabajo: Dificultades, oportunidades y retos*. Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021, pp. 213 y ss.

⁷ CABEZA PEREIRO, J.: «La Directiva de conciliación de la vida familiar y profesional», en *Revista de Derecho Social*, núm. 92, 2020, pp. 47 y ss., y, más recientemente del mismo autor, «La Directiva (UE) 2019/1158 y su trasposición al derecho interno», en RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E.; MARTÍNEZ YAÑÉZ, N.: *Conciliación y corresponsabilidad de las personas trabajadoras: presente y futuro*. Bosch, Barcelona, 2021, pp. 67 y ss.

A la hora de analizar el impacto de la Directiva 2019/1158 adquieren especial relevancia los objetivos que se señalan en su Exposición de motivos. La norma parte de que, a pesar de los avances, la conciliación de la vida familiar y la vida profesional sigue constituyendo un reto considerable para muchos progenitores y personas trabajadoras que tienen responsabilidades en el cuidado de familiares, en especial debido a la creciente prevalencia del horario laboral ampliado y de los cambios en los calendarios de trabajo, lo que repercute negativamente en el empleo femenino. De hecho, específicamente se resalta que uno de los factores importantes que contribuye a la infrarrepresentación de las mujeres en el mercado de trabajo es la dificultad para conciliar las obligaciones laborales y familiares. Otro dato relevante es que las mujeres, cuando tienen hijos, se ven obligadas a trabajar menos horas en empleos retribuidos y a pasar más tiempo ocupándose de responsabilidades en el cuidado de familiares por las que no reciben remuneración. Así, la Directiva señala que se ha demostrado que tener un familiar enfermo o dependiente también afecta de manera negativa al empleo femenino, con el resultado de que algunas mujeres abandonan por completo el mercado de trabajo, lo que contribuye aún más a su infrarrepresentación en el mercado laboral. Por ello, las políticas de conciliación de la vida familiar y la vida profesional deben contribuir a lograr la igualdad de género promoviendo la participación de las mujeres en el mercado laboral, el reparto igualitario de las responsabilidades en el cuidado de familiares entre hombres y mujeres y la eliminación de las desigualdades de género en materia de ingresos y salarios.

En cuanto a su contenido es de resaltar los siguiente preceptos. En primer lugar, la definición de fórmula de trabajo flexible del artículo 3.1.f) –«fórmulas de trabajo flexible»: la posibilidad de los trabajadores de adaptar sus modelos de trabajo acogiéndose a fórmulas de trabajo a distancia, calendarios laborales flexibles o reducción de las horas de trabajo»–. En segundo lugar, la regulación de las fórmulas de trabajo flexible del artículo 9 –«1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que los trabajadores con hijos de hasta una edad determinada, que será como mínimo de ocho años, y los cuidadores, tengan derecho a solicitar fórmulas de trabajo flexible para ocuparse de sus obligaciones de cuidado. La duración de estas fórmulas de trabajo flexible podrá estar supeditada a un límite razonable. 2. Los empleadores estudiarán y atenderán las solicitudes de acogerse a fórmulas de trabajo flexible a que hace referencia el apartado 1 en un plazo razonable de tiempo, teniendo en cuenta tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores. Los empleadores deberán justificar cualquier denegación de estas solicitudes, así como cualquier aplazamiento de dichas fórmulas. 3. Cuando la duración de

las fórmulas de trabajo flexible a que se hace referencia en el apartado 1 esté limitada, el trabajador tendrá derecho a volver a su modelo de trabajo original al término del período acordado. El trabajador también tendrá derecho a solicitar volver a su modelo de trabajo original antes de que finalice el período acordado siempre que lo justifique un cambio en las circunstancias. Los empleadores estudiarán y atenderán las solicitudes de volver anticipadamente al modelo de trabajo original teniendo en cuenta tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores. 4. Los Estados miembros podrán supeditar el derecho a solicitar fórmulas de trabajo flexible a períodos de trabajo anterior o a una antigüedad que no podrá ser superior a seis meses. Cuando existan sucesivos contratos de duración determinada a tenor de lo dispuesto en la Directiva 1999/70/CE con el mismo empleador, deberá tenerse en cuenta la suma de todos ellos para el cálculo de tales períodos»-. En tercer lugar, la calificación de discriminación de los tratos menos favorables por el ejercicio de este derecho –«Artículo 11. Discriminación. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para prohibir que los trabajadores reciban un trato menos favorable por haber solicitado o disfrutado uno de los permisos contemplados en los artículos 4, 5 y 6, o el tiempo de ausencia del trabajo previsto en el artículo 7, o por haber ejercido los derechos previstos en el artículo 9»- y finalmente, la protección contra el despido, así como la inversión de la carga de la prueba –«Artículo 12. Protección contra el despido y carga de la prueba. 1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para prohibir el despido y cualquier preparación para el despido de un trabajador por haber solicitado o disfrutado uno de los permisos contemplados en los artículos 4, 5 y 6, o el tiempo de ausencia del trabajo previsto en el artículo 9»-.

Por lo que se refiere a la normativa española, la norma de referencia es el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y ocupación, en cuya Exposición de Motivos también se recuerda que la consecución de la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres, la promoción de la conciliación de la vida personal y familiar y el principio de corresponsabilidad entre ambos progenitores son elementos esenciales para el cumplimiento del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en todos los ámbitos⁸. Como consecuencia de su aprobación se da una nueva redacción al artículo 37.8 del Estatuto de los Trabajadores –«Las personas trabajado-

⁸ Sobre la relevancia de esta norma véase FERNÁNDEZ PRATS, C.; GARCÍA TESTAL, E.; LÓPEZ BALAGUER, M.: *Los derechos de conciliación en la empresa: la corresponsabilidad como objetivo para la igualdad*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, en especial pp. 95 y ss.; BARRIOS BAUDOR, G. «La adaptación de la jornada de trabajo por motivos de conciliación de la vida familiar y laboral» en *Revista Aranzadi*

ras tienen derecho a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral. Dichas adaptaciones deberán ser razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa. En el caso de que tengan hijos o hijas, las personas trabajadoras tienen derecho a efectuar dicha solicitud hasta que los hijos o hijas cumplan doce años. En la negociación colectiva se pactarán los términos de su ejercicio, que se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre personas trabajadoras de uno y otro sexo. En su ausencia, la empresa, ante la solicitud de adaptación de jornada, abrirá un proceso de negociación con la persona trabajadora durante un periodo máximo de treinta días. Finalizado el mismo, la empresa, por escrito, comunicará la aceptación de la petición, planteará una propuesta que posibilite las necesidades de conciliación de la persona trabajadora o bien manifestará la negativa a su ejercicio. En este último caso, se indicarán las razones en las que se sustenta la decisión. La persona trabajadora tendrá derecho a solicitar el regreso a su jornada o modalidad contractual anterior una vez concluido el periodo acordado o cuando el cambio de las circunstancias así lo justifique, aun cuando no hubiese transcurrido el periodo previsto. Lo dispuesto en los párrafos anteriores se entiende, en todo caso, sin perjuicio de los permisos a los que tenga derecho la persona trabajadora de acuerdo con lo establecido en el artículo 37. Las discrepancias surgidas entre la dirección de la empresa y la persona trabajadora serán resueltas por la jurisdicción social a través del procedimiento establecido en el artículo 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social»-. Pues bien, respecto de esta nueva redacción es de destacar los siguientes aspectos.

En primer lugar, la actual redacción legal supone una continuidad del proceso de flexibilización de la jornada de trabajo como tal, pero, y a diferencia de otras regulaciones legales como pueda ser el artículo 41 del ET, reconoce un derecho de adaptación a favor de la persona trabajadora para reforzar y favorecer los derechos de conciliación, cuya regulación condiciona la forma de su ejercicio, pero no su contenido.

En segundo lugar, se introducen importantes cambios y mejoras, tanto en las formas como en el fondo de este precepto, dando una gran relevancia a los acuerdos individuales, destacándose «la supresión de toda referencia a la con-

Doctrinal, núm. 9, 2019, pp. 1 y ss., y LÓPEZ ÁLVAREZ, M. J.: *Jornada laboral. Control horario, desconexión, flexibilidad y conciliación*, op. cit., pp. 85 y ss.

ciliación de la vida personal»; la ampliación del objeto del derecho de adaptación en su dimensión constitucional hasta abarcar toda la «ordenación del tiempo de trabajo» y su «forma de prestación», incluyendo además el «trabajo a distancia» y, en términos de responsabilidad familiar por hijos o hijas, acota la posibilidad de solicitar la adaptación hasta que sus hijos o hijas cumplan los doce años. En conclusión, «el artículo 38.4 del ET otorga un derecho de adaptación de la vida familiar con el trabajo, y por ello, el derecho de las personas trabajadoras a adaptar su jornada a sus necesidades y preferencias personales. Como además no es absoluto, deberá ser siempre conjugado con los intereses de la empresa»⁹.

En tercer lugar, la diferencia entre los derechos de reducción de jornada y la solicitud de adaptación de la jornada de trabajo, ya que no se trata de un derecho automático como aquéllos, sino que habrá de ser consensuado y negociado, bien en la negociación colectiva bien directamente con la empresa, debiendo esgrimirse las razones de nivel organizativo y productivo que motiven la negativa de la empresa, aunque es posible que puedan concurrir otras causas, incluso de índole no estrictamente empresarial, como necesidades familiares de la propia empleadora si es persona física o que lo solicitado perjudique de manera directa a otros trabajadores. En estos supuestos, la persona trabajadora podrá recurrir dicha negativa conforme a lo establecido en el artículo 139 de la LJS, lo que permitirá a los Tribunales «entrar a valorar los intereses en juego (la “razonabilidad” de lo solicitado por un lado y la proporcionalidad entre las necesidades de la persona trabajadora, por un lado, con las necesidades organizativas o productivas de la empresa, por otro), y reconocer lo que se solicite por la persona trabajadora, en caso de concluirse que la petición es razonable, por ser una medida de adaptación idónea, según las circunstancias, para atender a la conciliación familiar, y no resultar objetivamente inasumible para la empresa, sin que se pueda desestimar la solicitud meramente argumentando que el derecho solicitado no está expresamente reconocido legal o convencionalmente»¹⁰.

Y, en cuarto lugar, hay que tener en consideración que el derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo el derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral del artículo 34.8 del ET

⁹ STSJ de Cataluña, 19 de febrero 2021 (rec. 4607/2020). En su argumentación, el Tribunal tiene en consideración la sentencia del Tribunal Supremo de 24 julio 2017 (rec. 245/2016) que parte del carácter consensuado del artículo 37.8 y de las diferencias entre el derecho de concreción horaria vinculado al derecho a reducción de jornada y este derecho, puesto que, a diferencia del primero que es un derecho exclusivo de la persona trabajadora, el derecho de adaptación no lo es.

¹⁰ STSJ de Islas Canarias (Tenerife), 12 de noviembre de 2020 (rec. 449/2020).

deben ser interpretados atendiendo a su dimensión constitucional de los artículos 14 y 39 de la Constitución Española¹¹.

B) Medidas para la reordenación del tiempo de trabajo de las mujeres

En primer término, las medidas para la reordenación del tiempo de trabajo de las mujeres pasan por un modelo de trabajo flexible lo que va a permitir reducir la carga del trabajo familiar no remunerado, que recae mayoritariamente sobre las mujeres, ampliando, a su vez, el tiempo para el trabajo remunerado. Por ello, es fundamental que la negociación colectiva determine el concepto de trabajo flexible y las medidas que hay que adoptar en la práctica para garantizar un correcto desarrollo del artículo 37.8 del ET¹².

Además de las medidas señaladas en la Directiva, como es el trabajo a distancia; los calendarios laborales o la reducción del horario de trabajo, incluidas las formas flexibles de disfrute de los permisos de atención y cuidados de los hijos¹³, cabe delimitar varios tipos de medidas según su contenido, que no siempre tienen que estar relacionadas con la ordenación del tiempo de trabajo de manera directa, pero pueden tener un impacto indirecto positivo en esta materia¹⁴.

Así, en primer lugar, entre las medidas de organización del tiempo de trabajo que permiten distribuir las horas de trabajo para compaginar la vida laboral y familiar cabe citar, entre otras, el horario flexible de entrada o salida, las jornadas comprimidas, las jornadas intensivas, las bolsas de horas, la distribución personalizada de la jornada, la elección o cambio de turnos y de vacaciones y disponer de días libres para momentos concretos. En segundo lugar, existen medidas de flexibilidad espacial que permite la prestación del trabajo en un lugar distinto del puesto físico en la empresa, como es el teletrabajo; la movilidad geográfica, videoconferencias o la formación no presencial. En tercer lugar, medidas relativas a mejoras y servicios sociales, como tickets de

¹¹ STSJ de Cataluña, 19 de febrero 2021 (rec. 4607/2020).

¹² Sobre la importancia de la ordenación flexible del tiempo de trabajo como instrumento de los derechos de conciliación véase IGUARTUA MIRÓ, M. T.: *Ordenación flexible del tiempo de trabajo: jornada y horario*. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 251 y ss., y «La flexibilización del tiempo de trabajo» en *Trabajo y Derecho*, núm. 13, 2021, pp. 1 y ss.

¹³ Véase la Exposición de motivos de la Directiva 2019/1158 relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores.

¹⁴ Véase al respecto PEDROSA ALQUEZAR, S. I.: «Las medidas de corresponsabilidad en la empresa», en SIERRA HERNAIZ, E.; VALLEJO DACOSTA, R. (directoras): *Diseño e implementación de planes de igualdad en las empresas*. Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2020, pp. 469 a 471, así como la bibliografía citada por la autora.

restaurante, ayudas al transporte o seguros médicos o de vida. Y, en cuarto lugar, medidas relacionadas con los permisos retribuidos y no retribuidos que faciliten la ordenación del tiempo de trabajo ¹⁵.

Y, en segundo término, para garantizar la eficacia de estas medidas, es necesario emprender actuaciones públicas a nivel normativo complementarias de las medidas convencionales, que abarquen aspectos tan diversos como, por ejemplo, servicios de guarderías; elaboración de estadísticas específicas con perspectiva de género que midan los efectos de la discriminación social en la jornada de las mujeres y sirvan, también, para acabar con los estereotipos que se traducen en profesiones masculinizadas y feminizadas; medidas adecuadas para garantizar en condiciones de igualdad la reintegración en el mercado laboral después de los permisos de conciliación y corresponsabilidad; permisos para cuidadoras con su correspondiente prestación económica; incentivos para que los hombres participen en las tareas de cuidado o medidas económicas que favorezcan y faciliten la adaptación de la jornada de trabajo ¹⁶.

4. EL PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y DE LOS PLANES DE IGUALDAD EN LA REORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO DE LAS MUJERES

A) La regulación convencional y de los planes de igualdad

Tal y como ya ha sido señalado, la negociación colectiva está llamada a desempeñar un papel fundamental en la adaptación de la jornada de trabajo como forma de reordenación del trabajo femenino. Es por ello esencial que los convenios colectivos no solo regulen esta cuestión para evitar que este derecho

¹⁵ Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades.: *Buenas prácticas de conciliación y corresponsabilidad en las empresas de la Red con distintivo «Igualdad en la Empresa»*, disponible en www.igualdadenaempresa.es, pp. 10 y ss. Los datos más relevantes de este estudio sobre qué medidas de flexibilidad son más comunes son: «Predominio de medidas de flexibilidad en la organización del tiempo de trabajo: horario flexible de entrada y salida (71,6%), jornada intensiva en los meses de verano (52,6%) y los viernes o determinadas fechas (43,1%). En orden de importancia, le siguen las medidas de flexibilidad espacial, con el trabajo a distancia como segunda medida más implementada (62,9%). Importancia de las medidas relativas a beneficios sociales y ayudas extrasalariales como las ayudas económicas por nacimiento de hijos/as y escolaridad (55,2%) y los descuentos en compras y servicios (44,8%). Las medidas que implican mejoras a la legislación vigente en materia de conciliación son las menos implementadas, destaca la ampliación del permiso de paternidad (32,8%)». Igualmente en *Medidas jurídicas para favorecer la conciliación de la vida laboral y personal, ejemplos de buenas prácticas y áreas de mejora*, disponible en www.igualdadenaempresa.es, pp. 11 y ss., también se indican las medidas de flexibilidad más eficaces a nivel de empresa.

¹⁶ *Ibidem*.

haya de ser negociado directamente entre la persona trabajadora y la empresa, sino que también se haga con perspectiva de género¹⁷.

De análisis convencional merece la pena destacar los siguientes contenidos. En primer lugar, muchos convenios delimitan la adaptación flexible de la jornada como un derecho de conciliación en general. A modo de ejemplo: «El trabajador/a 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 (artículo 34.8 TRLET). 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 personal, familiar y laboral de los trabajadores/as y la mejora de la productividad en las empresas»¹⁸ o «En cumplimiento de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que eleva a la categoría de derechos los diferentes instrumentos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y trabajadoras para fomentar la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares y evitar toda discriminación laboral por su ejercicio, las Empresas, para su organización, tendrán en cuenta estas circunstancias. Asimismo, para hacer efectivo este derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral, las personas trabajadoras tienen derecho a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de su jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, en los términos establecidos en el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores. Dichas adaptaciones deberán ser razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa»¹⁹.

En segundo lugar, y respecto de las medidas de organización del tiempo de trabajo, se realiza una apuesta clara por el teletrabajo como modalidad idónea para promover la conciliación de la vida laboral y familiar²⁰. En cuanto a la modalidad de trabajo flexible como instrumento de flexibilidad y adaptación a las necesidades de las personas trabajadoras se regula la posibilidad de elección de los días, la franja de horario de trabajo o bolsas de día de teletrabajo

¹⁷ Se trata de evitar en todo caso regulaciones idénticas al Estatuto de los Trabajadores. Véase el artículo 34. V del Convenio colectivo estatal del sector de radiodifusión comercial sonora, BOE de 28 de enero de 2022.

¹⁸ Artículo 31 del Convenio colectivo laboral de ámbito estatal para el sector de agencias de viajes, para el período 2019-2022, BOE de 14 de enero de 2022.

¹⁹ Artículo 46 del XXII Convenio colectivo para las sociedades cooperativas de crédito, BOE de 12 de enero de 2022.

²⁰ Artículo 23 del Convenio colectivo de Heineken España, SA, BOE de 2 de diciembre de 2021.

ocasional, permitiendo pasar de un modelo a otro, dentro de una cierta estabilidad, dependiendo de las necesidades del trabajador o trabajadora, estableciéndose una regulación específica para la reducción de jornada por guarda legal, tanto en la jornada como en el horario, o permisos por enfermedad grave de un familiar²¹. A su vez, también se regula para determinadas áreas de la empresa²². «I. El personal de oficina tendrá flexibilidad en el horario de entrada y salida conforme a lo que se fije en el calendario laboral de cada zona. II. En el área de oficinas de aquellos centros de trabajo en los que exista jornada intensiva de verano, los trabajadores con hijos en edad escolar podrán realizar jornada intensiva de 15 de junio a 15 de septiembre, con el ajuste de días de exceso de jornada que pueda corresponder. III. Los trabajadores del área de oficinas, como medida de flexibilidad, podrán realizar hasta un máximo de 15 días de prestación de servicios seguidos desde su domicilio en un período de referencia trimestral. Se permitirá el fraccionamiento de los señalados 15 días por semanas completas».

Un buen ejemplo de trabajo flexible se encuentra en el Artículo 31. Principios generales en materia de conciliación laboral y familiar del II Convenio colectivo de Vestas Eólica²³. «Con objeto de facilitar y mejorar la conciliación de la vida personal y profesional, así como de reducir en la medida de lo posible los desplazamientos y viajes de trabajo se potenciarán las actuaciones encaminadas a alcanzar entre otros los siguientes objetivos: – Reducción, en la medida de lo posible, de la realización de horas extraordinarias por empleado/a. – Utilización de los sistemas de comunicación y reunión por videoconferencia. – Planificación, siempre que sea posible, de las actividades formativas dentro del horario normal de trabajo. – Dimensionamiento adecuado de los recursos humanos disponibles en cada área, departamento, centro de trabajo o empresa del Grupo en función de las necesidades organizativas, con objeto de realizar una gestión dinámica de la plantilla que garantice cargas de trabajo equilibradas en función del tiempo de trabajo disponible. – Utilización, cuando el tipo de trabajo a realizar y la tecnología disponible lo permitan, de nuevas formas de organización y ejecución del trabajo».

A su vez, también, se excluyen o limitan de las potestades de flexibilidad horaria reconocida al empresario a estas personas trabajadoras, excluyéndolas

²¹ Artículo 40 del Convenio colectivo de Orange España Comunicaciones Fijas, BOE de 15 de enero de 2022. En parecido sentido, el artículo 18 de Convenio colectivo laboral de ámbito estatal para el sector de agencias de viajes, para el período 2019-2022.

²² Artículo 23. Flexibilidad área de oficinas. II Convenio colectivo de Vestas Eólica, BOE de 20 de noviembre de 2021.

²³ *Ibídem*.

como regla general de las medidas de flexibilidad horaria²⁴; reconociéndoles el derecho a no realizar horas complementarias²⁵ o a trabajar en jornada continua²⁶, aunque ese mismo Convenio da gran libertad a la empresa a la hora de organizar el horario²⁷. Por ello es tan importante tratar estos temas de manera homogénea, con perspectiva de género, definiendo qué es jornada ordinaria para el ejercicio de los derechos de conciliación y el sistema de prevalencia en el caso de que varias personas trabajadoras soliciten derechos de adaptación²⁸.

Más allá del desarrollo del artículo 37.8 algunos convenios regulan permisos de conciliación, que podría calificarse como un híbrido entre la suspensión y la adaptación, ya que durante su disfrute se suspende la obligación de retribuir pero no de cotizar a la seguridad social, teniendo que ser objeto de acuerdo entre las partes²⁹.

²⁴ Artículo 51 del Convenio colectivo del grupo de marroquinería, cueros repujados y similares de Madrid, Castilla-La Mancha, La Rioja, Cantabria, Burgos, Soria, Segovia, Ávila, Valladolid y Palencia, BOE de 25 de noviembre de 2021, «Quedan excluidas de la flexibilidad horaria de la jornada todas las personas que tuviesen reducción de jornada por cuidado de hijos, lactancia, cuidado de familiares, víctimas de violencia de género y personas con discapacidades».

²⁵ Artículo 12 del V Convenio colectivo del Grupo Vips, BOE de 8 de marzo de 2022. «Las personas trabajadoras que tengan una situación reconocida por la Empresa en materia de reducción de jornada y concreción horaria por guarda legal no realizarán horas complementarias obligatorias. La misma situación tendrán aquellas personas trabajadoras que se encuentren acogidas a una adaptación de jornada de las reguladas en el artículo 34.8 del ET».

²⁶ Artículo 28.7 del Convenio colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección, BOE de 16 de diciembre de 2021.

²⁷ *Ibidem*. Artículo 34. Horario. «Es facultad privativa de las empresas establecer el horario de su personal, coordinándolo en los distintos servicios para el más eficaz rendimiento, pudiendo organizar los turnos y relevos y cambiar aquellos cuando lo estime necesario o conveniente, sin más limitaciones que las fijadas por la ley».

²⁸ Artículo 40 del VII Convenio colectivo sectorial estatal de cadenas de tiendas de conveniencia, BOE de 25 de febrero de 2022. «En desarrollo de lo establecido en el artículo 37.6 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y en la Ley 39/99 de conciliación de la vida laboral y familiar, se entiende por jornada ordinaria de cada persona trabajadora aquellos días de la semana y, dentro de ellos, los momentos del día, horarios o turnos rotativos en los que la persona trabajadora tiene planificada la obligación de trabajar, salvo pacto en contrario entre empresa y persona trabajadora. En los supuestos en que varias personas trabajadoras de un mismo centro de trabajo se acogieran a esta u otras medidas similares, se procederá a ajustar de común acuerdo entre persona trabajadora y empresa el horario de trabajo efectivo de modo que no queden sin atender las necesidades productivas del centro de trabajo en el que presten sus servicios. En el supuesto de imposibilidad de compatibilizar los horarios entre diferentes personas trabajadoras tendrá preferencia para la elección aquel que primero solicite la reducción por estas causas. Cuando se deniegue el momento elegido por esta última causa deberá ponerse en conocimiento del solicitante el nombre o nombres de las personas trabajadoras afectadas».

²⁹ Artículo 79 del Convenio colectivo de Hermandad Farmacéutica del Mediterráneo, SCL, para los centros de trabajo de Alicante, Almería, Barcelona, Madrid, Málaga, Murcia y Valencia, BOE de 14 de octubre de 2021. Permisos de conciliación. «El trabajador, previo aviso y justificación, podrá disfrutar de un mes natural de permiso sin sueldo y con carácter anual, por alguno de los motivos siguientes: 1. Tener a su cargo hijos menores de ocho años, o ascendientes que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no puedan valerse por sí mismo, y no desempeñen actividad retribuida. 2. Para la realización de los trámites de adopción internacional. 3. Fallecimiento de cónyuge. 4. Fallecimiento de hijo. Dicho permiso no suspenderá la cotización a la Seguridad Social a cargo de la Empresa y computará a efectos de

En tercer lugar, se garantiza que las personas trabajadoras que ejerzan el derecho a la adaptación de la jornada tengan los mismos derechos que las personas trabajadoras presenciales³⁰.

Finalmente, en algunos convenios colectivos se prevé la creación de comisiones ad hoc o bien integradas en la comisión paritaria del convenio colectivo para atender las demandas de trabajadores para, entre otros motivos, realizar la adaptación de jornada por motivos familiares³¹.

Por lo que se refiere a los planes de igualdad, forma parte de su contenido la regulación de medidas sobre la ordenación del tiempo de trabajo para facilitar y favorecer la conciliación de la vida laboral y familiar. En algunos Planes la referencia a estos temas es demasiado genérica³² y en otros es inexistente. En otros casos, dentro de las medidas de conciliación no se hace mención a la adaptación como instrumento de los derechos de conciliación³³.

antigüedad. En todo caso, para su concesión se deberá llegar a un acuerdo con la Dirección de la Empresa, quedando supeditado a las necesidades del servicio. En el seno de la Comisión de Igualdad se debatirán los requisitos procedimentales necesarios para el disfrute del mencionado permiso».

³⁰ Artículo 9 del Convenio colectivo general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, BOE de 27 de diciembre de 2021. «Conciliación de la vida laboral y familiar. Las personas que realizan trabajo a distancia tienen los mismos derechos que las personas trabajadoras presenciales en materia de conciliación y corresponsabilidad, incluyendo el derecho de adaptación a la jornada establecido en el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores».

³¹ Artículo 45 del Convenio Colectivo sectorial estatal de servicios externos auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios, BOE de 9 de marzo de 2022. «Se creará una comisión mixta conformada por la Representación de la Empresa y la Representación Legal de los Trabajadores que se reunirá al menos dos veces al año cuya función será la de analizar de forma objetiva la posibilidad y viabilidad de atender las peticiones de aquellos trabajadores y trabajadoras que por circunstancias, personales, familiares, académicas o médicas debidamente acreditadas pudieran necesitar de forma temporal, traslados o modificaciones de la jornada o el régimen de turnos.»

³² Artículo 59 del IV Convenio colectivo estatal de la industria, las nuevas tecnologías y los servicios del sector del metal, BOE de 12 de enero de 2022. «k) Fomentar la corresponsabilidad para conseguir una mayor y mejor conciliación de la vida personal, familiar y laboral de hombres y mujeres mediante campañas de sensibilización, difusión de permisos, excedencias legales existentes, y medidas de flexibilidad y adaptación de jornadas, incluido el teletrabajo, así como o medidas de acción positiva dirigidas a los hombres para fomentar la implicación en las responsabilidades familiares.»

³³ Artículo 17 del Convenio colectivo estatal de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares 2021-2022, BOE de 9 de diciembre de 2021. «Los objetivos del Plan de igualdad podrán ser, entre otros: – Alcanzar la igualdad de sexo mediante la promoción, el fortalecimiento y el desarrollo de la plena igualdad de trato y oportunidades de mujeres y hombres en el ámbito de la empresa. – Promover una cultura organizacional sensible al género que difunda los valores de igualdad que la entidad aplica en sus principios. – Promover procesos de selección y promoción en igualdad que eviten la segregación vertical y horizontal y la utilización del lenguaje sexista. – Revisar la incidencia de las formas de contratación atípicas en el colectivo de personas trabajadoras infrarrepresentadas y adoptar medidas correctoras en caso de mayor incidencia sobre estas de tales formas de contratación. – Garantizar el acceso en igualdad de hombres y mujeres a la formación de empresa, tanto interna como externa. – Información específica al género subrepresentado de los cursos de formación para puestos que tradicionalmente hayan estado ocupados por el otro género. – Promover y difundir una imagen

B) **Recapitulación**

A modo de recapitulación dos serían las cuestiones más relevantes. Por un lado, el derecho de adaptación de la jornada no puede ser un derecho de segundo nivel en la negociación colectiva frente a los derechos de suspensión por conciliación de la vida laboral y familiar o reducción de la jornada por guarda legal como instrumento de la reordenación del trabajo femenino. Por ello, sería oportuno integrar la adaptación de jornada por motivos de conciliación en la regulación convencional de la jornada y en la organización del trabajo, no en los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar, lo que facilitaría la adaptación por ejemplo en los supuestos que fuese necesario implantar o modificar el sistema de organización del trabajo y la jornada laboral por necesidades empresariales.

Una muestra de ello se halla en el convenio colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección³⁴, que regula el cambio de turno para supuestos de absentismo laboral y que permite a la empresa llevarlo a cabo cuando lo necesite, por el tiempo que dure dicha situación y avisando con ocho horas de antelación³⁵. Pues bien, es en situaciones como la descrita en las que se hace necesario integrar el derecho de adaptación de la jornada ya que es un contexto que puede presentar especiales dificultades para las personas trabajadoras que decidan ejercerlo.

A su vez, sería oportuno que el derecho de adaptación de la jornada quedase integrado dentro de los principios y políticas de igualdad entre hombres y mujeres en la empresa, junto con el resto de derechos, dándoles una visibilidad e identidad propia, ya que es muy común que no se cite como tal³⁶.

interna y externa de la entidad comprometida con la igualdad de oportunidades. – Garantizar igualdad retributiva para trabajos de igual valor y la igualdad retributiva en áreas concretas donde se han detectado desigualdades por cuestiones de género. – Establecer medidas para detectar y corregir posibles riesgos para la salud de las trabajadoras, en especial de las mujeres embarazadas. – Facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas que integran la plantilla de la empresa y Difundir los derechos y garantías para las mujeres víctimas de violencia de género.»

³⁴ Artículos 11 y 12 del Convenio colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección.

³⁵ Artículo 18 del Convenio colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección. «Cambios de turno. En el caso de que las ausencias al trabajo alcancen el 7 por 100 de la plantilla de personal directo de producción del centro de trabajo, la empresa podrá decidir con criterios objetivos y aplicando las fórmulas de rotación de cada empresa, el cambio de turno cuando lo necesite, por el tiempo que subsista tal índice de ausencias, previa comunicación al interesado y a la RLPT, con una antelación de ocho horas, respetando el descanso mínimo legal entre jornada y jornada, y sin que ello suponga disminución de la retribución. A efectos de determinación del índice de ausencia al trabajo, no se computará el crédito de horas de la RLPT. Mensualmente se facilitará a la RLPT información sobre la evolución del absentismo. Dichos cambios de turno no tendrán la consideración legal de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo».

³⁶ Artículo 45 del Convenio Colectivo sectorial estatal de servicios externos auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios. «Anular cualquier cláusula o norma interna que implique discriminación directa o indirecta de las personas trabajadoras en los procesos de selección de personal,

Y, por otro lado, la regulación del derecho de adaptación de la jornada se tiene que hacer con perspectiva de género, ya que es un instrumento para evitar la expulsión de la mujer del mercado laboral por tareas de cuidado y no solo como un derecho de conciliación de la vida laboral y familiar.

Así, si se regula en el convenio colectivo una jornada flexible como instrumento de un cambio cultural, limitarlo a los trabajadores a tiempo completo puede penalizar a los trabajadores a tiempo parcial, que son mayoritariamente mujeres por lo que regulaciones como éstas puede terminar teniendo un impacto adverso en el trabajo femenino³⁷ o regular la distribución irregular de la jornada de trabajo, excluyendo de la misma solo a las personas trabajadoras que se encuentren en situación de guarda legal sin mencionar los derechos de adaptación³⁸. Otro ejemplo pasarían por elaborar un calendario laboral con perspectiva de género para, por ejemplo, las vacaciones³⁹. Para lograr este objetivo –la inclusión de la perspectiva de género en la jornada de trabajo– es fundamental que dentro de las comisiones específicas del convenio colectivo incorporen la adaptación de la jornada entre sus funciones y vigilen su correcta aplicación, al igual que hacen con otros derechos de conciliación⁴⁰.

en la promoción, la formación, la conciliación de la vida personal, laboral y familiar, los beneficios sociales, el salario, la protección de la salud, etc».

³⁷ Artículo 80. Jornada flexible del Convenio colectivo de Hermandad Farmacéutica del Mediterráneo, SCL, para los centros de trabajo de Alicante, Almería, Barcelona, Madrid, Málaga, Murcia y Valencia. «Con el objetivo de contribuir al cambio cultural hacia la modernidad y potenciar la responsabilidad y el compromiso de las personas, Hefame implanta para aquellos Departamentos adscritos a los servicios centrales y cuya naturaleza y actividad lo permita, un sistema de jornada flexible. La aplicación de la jornada flexible en cada departamento estará vinculada a los siguientes tres requisitos: Que se trate de un trabajador a tiempo completo. Que la naturaleza de la actividad y las necesidades del servicio lo permitan. Y la conformidad de su responsable. La jornada flexible consistirá en que los trabajadores podrán flexibilizar la hora de entrada al trabajo (de 7:00 a 9:00 h) y de salida (de 15:00 a 17:00 h), de manera que todos los trabajadores deberán cumplir una jornada diaria continuada de 8 horas y con las 40 horas semanales de lunes a viernes, con los descansos legales. En cualquier caso, dicho horario siempre estará consensuado con el responsable del área, en ese intervalo».

³⁸ Artículo 11. Distribución irregular de la jornada del Convenio colectivo de Family Cash, SL, BOE de 16 de noviembre de 2021. En ese mismo convenio, en el artículo 41. Medidas de igualdad, teletrabajo, desconexión digital y registro de jornada, se regulan una serie de derechos sin incluirse también el derecho de adaptación de la jornada.

³⁹ II Convenio colectivo de Vestas Eólica. «Artículo 22. Calendario de trabajo y cuadrantes. Personal con gestión flexible del calendario y disponibilidad: El personal con gestión flexible del calendario laboral recibirán un cuadrante anual que se entregara a cada empleado con gestión flexible y a la RLT. La Dirección informará de la modificación de los cuadrantes así entregados».

⁴⁰ Artículo 86 del Convenio colectivo del grupo de marroquinería, cueros repujados y similares de Madrid, Castilla-La Mancha, La Rioja, Cantabria, Burgos, Soria, Segovia, Ávila, Valladolid y Palencia. «Comisión de interpretación y vigilancia. Dentro de la comisión paritaria del convenio se constituirá una Comisión para la igualdad cuyas atribuciones y competencias serán: a) Las de velar por la interpretación del convenio en materia de igualdad y no discriminación. b) Las de emitir informe previo a la resolución de conflictos sobre los artículos de este capítulo. c) Conocimiento y seguimiento de los planes de igualdad en las empresas» o la Comisión paritaria sectorial de igualdad del artículo 11 del Convenio colectivo para los establecimientos financieros de crédito, BOE de 15 de octubre de 2021. «El objetivo de esta Comisión

5. ANÁLISIS DE LA RECIENTE JURISPRUDENCIA SOBRE LA ADAPTACIÓN DE LA JORNADA DEL ARTÍCULO 37.8 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

En este apartado se analizan las sentencias más recientes y relevantes sobre la interpretación y aplicación del artículo 34.8 del ET⁴¹, siendo de destacar que todos los fallos son respecto de falta de acuerdo o reconocimiento de solicitudes individuales de adaptación de la jornada al no existir regulación convencional⁴².

Así, y en cuanto a los requisitos generales para la aplicación del artículo 34.8 del ET, existe, en primer lugar, y a falta de regulación convencional, una obligación de negociar entre la persona trabajadora y la parte empresarial con la finalidad de lograr un acuerdo que concrete el ejercicio del derecho a la adaptación de la jornada de trabajo, negociación que habrá de regirse por los parámetros de la buena fe. Se trata, pues, de satisfacer, en la medida de lo posible, los intereses de ambas partes según las circunstancias de cada caso concreto, lo que obliga a realizar propuestas y contrapropuestas durante el desarrollo de la negociación de cara a la consecución del mismo. Ello implica, en segundo lugar, que la persona trabajadora habrá de motivar adecuadamente la solicitud, aportando si lo estima necesario o se le solicita las oportunas justificaciones. A su vez, y, en tercer lugar, la empresa tiene que considerar dicha solicitud, justificando *–no necesariamente probando, aunque la buena fe puede exigir una mínima justificación atendiendo a las circunstancias particulares del supuesto concreto–* las razones que le llevan a denegar el ejercicio de este derecho.

Así, en el caso concreto examinado, el Tribunal entendió que la demandante sí que aportó datos que sustentaban que la negativa de la empresa a ampliar la totalidad de la jornada a la modalidad del teletrabajo dificultaba su derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar, teniendo en cuenta los siguientes datos: que ya la prestaba el teletrabajo a tiempo parcial sin existir

será realizar un seguimiento del cumplimiento y desarrollo de las medidas legales y las previstas en el presente Convenio para promover el principio de igualdad y no discriminación, así como conocer de las denuncias que puedan producirse por incumplimientos de las mismas».

⁴¹ Respecto del análisis de las sentencias de los juzgados de lo social véase TORRENTE GARI, S.: «El trabajo a distancia como medida de flexibilidad y conciliación», en GARCÍA BLASCO, J.; DE VAL TENA, A. (Dir). *Crisis económica y empleo: la experiencia judicial aplicativa de las últimas reformas laborales*. Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021, pp. 258 y ss.

⁴² Para un estudio general de todas las cuestiones relacionadas con la interpretación del artículo 37.8 del ET véase JURADO SEGOVIA, A.: «La adaptación de condiciones de trabajo por razones de conciliación de la vida familiar y laboral (art. 34.8 ET): puntos críticos a la luz de los pronunciamientos judiciales recientes» en *Trabajo y Derecho*, núm. 75, 2021, pp. 5 y ss.

disminución de su rendimiento; la existencia de hijas menores necesitadas de una adecuada atención y la ausencia de su marido por estar destinado en una población distinta y alejada del hogar familiar, datos que de por sí justifican la inversión de la carga de la prueba. Frente a los argumentos de la trabajadora, la empresa fundamentó su decisión en una serie de afirmaciones genéricas, carentes de cualquier objetividad y justificación, al no concretar el perjuicio que pudiera ocasionarse si se accedía a la pretensión de la trabajadora; no permitiendo que pudiera ser sustituida por otro compañero ni tampoco justificando que la trabajadora fuese la única en la empresa en su categoría, ya que, cuando fue necesario, las tareas presenciales fueron cubiertas por otros compañeros. Es por ello que el Tribunal considera que la trabajadora tiene derecho a la adaptación de la jornada ya que, en caso contrario, podría incurrirse en una discriminación por circunstancias familiares⁴³.

En esta misma línea interpretativa, se reconoce de nuevo a otra trabajadora el derecho a la adaptación de la jornada para ejercer los derechos de conciliación teniendo en consideración las circunstancias concurrentes, como las jornadas y horarios de su marido, la jornada escolar y los horarios de las actividades extraescolares de sus hijos, sus funciones y los medios técnicos existentes. En el caso concreto, la trabajadora ya había solicitado el traslado a una residencia más próxima a su domicilio, solicitud que le fue denegada alegando que no existían vacantes. A su vez, las funciones de la demandante no exigían una presencia permanente en el centro de trabajo por lo que era posible la modalidad presencial y telemática de manera parcial, teniendo además a su cargo a un equipo técnico y no a un equipo base o de atención primaria, ni tampoco durante períodos previos de baja de la trabajadora se contrató a persona sustituta alguna. Igualmente, la distancia entre la residencia familiar y el centro de trabajo impedían realizar parte la jornada diaria presencialmente y parte de ella telemáticamente. Finalmente, su marido también trabaja a una distancia considerable, con jornadas de hasta 14 horas, en régimen de trabajo a turnos, lo que no facilita la adopción de medidas que posibiliten la asistencia diaria de la trabajadora a su centro de trabajo presencialmente.

Por todo ello, el Tribunal considera que la solicitud de la trabajadora, a salvo que la concreción de los días presenciales debe ser negociada y pactada por las partes, no ocasiona a la empresa graves perjuicios o menoscabos tangibles de carácter organizativo o de producción⁴⁴. En este sentido, se recuer-

⁴³ STSJ de Galicia, 3 febrero 2022 (rec. 5108/2021).

⁴⁴ STSJ de Galicia, 25 de marzo 2021 (rec. 3687/2020).

da la doctrina del Tribunal Supremo interpretando que la antigua redacción del 37.5 del Estatuto de los Trabajadores desarrolla el artículo 39 de la Constitución Española que establece la protección a la familia y la infancia, finalidad que ha de ser prevalente en cualquier conflicto interpretativo⁴⁵. Pues bien, respecto de la concreción horaria dicho precepto no especifica si debe prevalecer los intereses de la persona trabajadora o las necesidades organizativas de la empresa, laguna posiblemente dejada a propósito para facilitar la conciliación de intereses caso por caso según la interpretación del Tribunal. A su vez, se incorpora la prohibición de discriminación indirecta por razón de sexo, sobre con base en los principios constitucionales de protección a la familia y a los hijos.

Igualmente, en otro fallo judicial se reconoce el derecho de la trabajadora a conciliar su vida familiar y laboral, mediante la adaptación de la jornada de trabajo con la realizando un 60% de la misma en modalidad de trabajo a distancia y el 40% restante acudiendo en su horario habitual al centro de trabajo dos días a la semana durante 8 horas, hasta que el hijo menor tenga 12 años. Para ello, el Tribunal tiene en consideración, en primer lugar, que el trabajo puede prestarse en parte en la modalidad no presencial dadas las funciones que desempeña la trabajadora fijadas en convenio colectivo, en concreto las tareas como directora del centro que realiza en el despacho. Es por ello que esta modalidad no ocasiona graves perjuicios o menoscabos tangibles a la empresa; en segundo lugar, que se trata de una familia monoparental, lo que dificulta que la trabajadora pueda atender no solo el horario escolar de su hijo sino también las actividades extraescolares y, en tercer lugar, la trabajadora solicitó varias veces el traslado a centros de trabajo más cercanos a su residencia, lo que hubiera facilitado la conciliación, solicitudes que no obtuvieron respuesta por parte de la empresa, al igual que la solicitud de teletrabajar.

Para el Tribunal, la dimensión constitucional del derecho a conciliar la vida laboral y familiar obliga a la empleadora a demostrar de forma clara e indubitada la causa para denegar la solicitud de flexibilización y de concreción horaria de la trabajadora, puesto que, a la hora de llevar a cabo la ponderación de derechos, debe recordarse que no es el trabajador

⁴⁵ STS, de 20 julio 2000 (rec. 3799/1999). De nuevo, siguiendo la doctrina de la STC 3/2007, de 15 de enero. «La dimensión constitucional de la medida contemplada en los apartados 5 y 6 del artículo 37 LET y, en general, la de todas aquellas medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) de las mujeres trabajadoras como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa».

el que debe probar su necesidad doméstica, ni su ausencia de otros resortes para atender la conciliación familiar, ni la disponibilidad de la empresa para acceder a su petición, sino que le corresponde a la empresa probar las dificultades organizativas, lo que no sucedió en el supuesto analizado⁴⁶.

En este contexto, es especialmente clarificadora la sentencia del TSJ de Cataluña, 19 de febrero 2021 (rec. 4607/2020) a la hora de determinar las consecuencias que tiene para la empresa el incumplimiento de sus obligaciones legales. Así, y, en caso de ausencia de regulación convencional ya que sí existe habrá de esta a lo establecido en ella, la negociación habrá de regirse por el principio de buena fe. Para ello, la persona trabajadora deberá motivar su solicitud, aportando las justificaciones que considere oportunas si la empresa se las reclama. En el caso de que no se alcance un acuerdo, la falta de motivación o la negativa a justificar las causas sobre las que se asienta la adaptación, deberá ser ponderada judicialmente en contra de la persona solicitante⁴⁷. A su vez, la empresa siempre está obligada a motivar y justificar las razones determinantes de la negativa a adaptar la jornada total y si es de forma parcial, a ofrecer por escrito a la persona trabajadora solicitante una propuesta alternativa. Y, finalmente, el incumplimiento del deber de negociar, en cuanto afecta al derecho del trabajador a conciliar la vida familiar con la laboral, por parte del empleador es una clara vulneración del derecho de adaptación y distribución de la jornada por lo que la única respuesta judicial posible será restaurar ese derecho de dimensión constitucional, declarando vulnerado el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sus circunstancias personales o familiares –artículo 14 CE–, derecho que hay que ponerlo en conexión con el artículo 39, apartados 1.º y 3.º, CE, que reconoce el derecho a la protección social, económica y jurídica de la familia y la atención a los hijos.

⁴⁶ STSJ de Galicia, 5 febrero 2021 (rec. 3191/2020).

⁴⁷ En relación con esta cuestión, el Tribunal recuerda, siguiendo la doctrina del TC, que la falta de acuerdo no es un motivo que justifique la pérdida del derecho del trabajador/a en tanto que entiende que dicha conducta es contraria al derecho constitucional que tiene todo trabajador/a de conciliar su vida personal o familiar, y en consecuencia, corresponderá a los órganos judiciales ponderar las circunstancias concurrentes atendiendo al caso concreto en aras de conjugar los derechos constitucionales de los trabajadores con el interés empresarial. Así: «La falta de acuerdo, en cualquiera de sus modalidades (negativa, acuerdo parcial, o no respuesta empresarial o del trabajador a la petición de adaptación o a la propuesta empresarial), debe ser resuelta judicialmente y los tribunales ponderando el ejercicio del derecho de conciliación atendiendo a su dimensión constitucional con los intereses del empleador constitucionalmente también protegidos».

6. CONCLUSIONES

La reordenación del tiempo de trabajo del trabajo femenino requiere una serie de actuaciones conjuntas por parte del legislador y de los agentes sociales, dado el papel relevante del convenio colectivo en la ordenación del tiempo de trabajo en general y de los incentivos públicos para realizar los cambios necesarios que garanticen que la jornada de trabajo no sea un obstáculo en las carreras profesionales de las mujeres.

Para ello es fundamental tener en cuenta, en primer lugar, dos datos que van a repercutir en el derecho de adaptación de la jornada. Por un lado, el tamaño de las empresas ya que las medidas de adaptación deberán de ser diferentes, dependiendo de si es una empresa grande, mediana o pequeña y de lo que se puede hacer y lo que no. Por otro lado, el sector de actividad. En este aspecto es fundamental contar con datos estadísticos actualizados de la eficacia de las medidas implementadas hasta el momento y que tengan en consideración si se trata de sectores feminizados o masculinizados, así como las tareas que desarrollan dentro de las empresas y sectores mujeres y hombres (por ejemplo, si son individuales o grupales) o cómo se realiza el cómputo del trabajo⁴⁸. A partir de dichos datos, habrá que determinar cuáles son las medidas más adecuadas para garantizar una reordenación del tiempo de trabajo con perspectiva de género.

En segundo lugar, es necesario que la negociación colectiva, y también los planes de igualdad, regule el derecho de adaptación de la jornada del artículo 38.7 del ET, evitando referencias genéricas⁴⁹ o regulaciones obsoletas⁵⁰. Ello es fundamental para evitar que, ante la falta de previsiones convencionales, la persona trabajadora tenga que negociar con el empresario y evitar que,

⁴⁸ BOLETÍN IGUALDAD EN LA EMPRESA. *Distribución flexible del tiempo de trabajo: horarios y turnos*. Disponible en www.igualdadenaempresa.es, pp. 3 y ss.

⁴⁹ Véase el Convenio colectivo nacional de la industria de fabricación de alimentos compuestos para animales, BOE de 23 de noviembre de 2021; el Convenio colectivo de Atlas, SA, Combustibles y Lubrificantes, BOE de 16 de noviembre de 2021, o el IX Convenio colectivo de enseñanza y formación no reglada, BOE de 28 de octubre de 2021.

⁵⁰ XIII Convenio colectivo de Aceites del Sur-Coosur, SA, BOE de 23 de noviembre de 2021. «Artículo 35. Conciliación de la vida familiar y laboral. Se tendrá derecho a los beneficios recogidos en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. En cuanto a la solicitud de turno y reducción de jornada, se estará a lo que en cada momento establezca la ley. Artículo 36. B. La empresa atenderá por igual a hombres y mujeres en las políticas de adaptación de las condiciones de trabajo a las de responsabilidad de la empresa en la Conciliación Familiar de trabajadores y trabajadoras, siendo especialmente sensibles a las derivadas de maternidad y a las de atención y cuidado de hijos/as, en la que favorecerá en la medida de lo posible las necesidades de las trabajadoras más allá de lo meramente legal». Idéntica regulación se contempla en los artículos 35 y 36 del II Convenio colectivo de Enersur Siglo 21, BOE de 15 de noviembre de 2021.

en el caso de desacuerdos, el ejercicio de este derecho quede pendiente de la resolución judicial, lo que afecta directamente a las personas que van a recibir los cuidados en el ejercicio de los derechos de conciliación.

Por ello, sería oportuno que, de igual manera que hace con los derechos de formación en general, en cuestiones como la adecuación del turno de trabajo o la adaptación de la jornada ordinaria para la asistencia a cursos de formación reglada o las políticas de empleo, se estableciesen medidas específicas para el ejercicio de este derecho⁵¹ o se incluyese dentro de los principios generales⁵².

En tercer lugar, hay que reordenar la jornada de trabajo con perspectiva de género dado el impacto que ello tendría en el trabajo femenino, evitando que las mujeres tengan que interrumpir sus carreras profesionales cuando se tengan que dedicar a las tareas de cuidado, partiendo del análisis estadístico de sectores y tareas feminizados o masculinizados, en cuestiones tan variadas como, y a modo de ejemplos, los derechos de desconexión digital; medidas de flexibilidad del tiempo de trabajo, como es la regulación del tiempo parcial o la distribución irregular de la jornada⁵³ o evitando que el criterio de antigüedad sea el único a la hora de elegir vacantes en turnos no rotatorios⁵⁴.

En cuarto lugar, hay que plantearse si el trabajo a tiempo parcial es una medida eficaz, que no eficiente, para la reordenación del tiempo de trabajo de las mujeres desde la perspectiva de género. Es cierto que permite compatibili-

⁵¹ Artículo 30.5 del Convenio colectivo estatal para las industrias de elaboración del arroz, BOE de 15 de enero de 2022. En parecido sentido, el artículo 10 del Convenio colectivo nacional de comercio minorista de droguerías y perfumerías, BOE de 12 de enero de 2022 y el artículo 47 del Convenio colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección o el artículo 18 del II Convenio colectivo de Vestas Eólica. Derechos y deberes de la Empresa y los trabajadores en materia de formación. «Por tal motivo y en orden a conseguir una formación integral de calidad que permita alcanzar los fines propuestos, la asistencia a los cursos de formación, se realizará preferentemente dentro del horario de trabajo».

⁵² Artículo 90 del Convenio colectivo general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas colaboradoras con la Seguridad Social «Principios Generales. Se consideran principios en torno a los cuales deben girar las políticas de empleo activas, sanas, estables, crecientes y competitivas, los siguientes: – Prioridad en la estabilidad y garantía en el empleo. – Respeto de los principios reguladores y de causalidad de la contratación temporal. – Principio de no discriminación por razón de la naturaleza del contrato. – Potenciación de la contratación en el Grupo IV como vía de acceso a la carrera profesional en el Sector. – Racionalidad en la distribución del tiempo de trabajo para el desarrollo del empleo. – Adecuación de las horas extraordinarias para la consideración de su sustitución por empleo estable».

⁵³ SERRANO GARCÍA, M. J.: «La gestión flexible del tiempo de trabajo en los sectores feminizados», *op. cit.*, pp. 235 a 236 y 254.

⁵⁴ Artículo 45 del Convenio Colectivo sectorial estatal de servicios externos auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios. «En aquellos centros de trabajo en los que existan tareas sujetas a turnos no rotativos, cuando se produzcan vacantes en los mismos se ofertarán previa a cualquier contratación las vacantes entre las personas que presten servicio en dicho centro, otorgándose según criterios de antigüedad en la empresa.»

zar la doble jornada de trabajo pero, al mismo tiempo, genera desigualdades en las condiciones laborales y carreras de cotización de las mujeres para el acceso a las prestaciones de seguridad social, sobre todo aquellas de carreras de cotización largas⁵⁵.

En quinto lugar, y a nivel de regulación legal, las principales medidas legislativas adoptadas hasta el momento se han centrado en garantizar los derechos de ausencia para conciliar la vida laboral y familiar. No obstante, se están abriendo paso las medidas para garantizar la permanencia de las trabajadoras con tareas de cuidados, aunque su regulación, como el artículo 37.8 del ET, no deja de plantear dudas si se analiza desde la perspectiva de género. En concreto, y a falta de regulación convencional, supuesto que es mucho más común de lo que fuese deseado, no se puede dejar que el ejercicio de dicho derecho quede a expensas del acuerdo entre las partes dada su dimensión constitucional. Por ello, el legislador se tiene que replantear la actual regulación legal para garantizar su efectividad real en la práctica, al igual que hace con los derechos de formación, dotándoles incluso de algún contenido material. En este sentido cabe recordar que el artículo 23.1.b del ET reconoce de manera automática el derecho del trabajador a la adaptación de la jornada ordinaria de trabajo para la asistencia a cursos de formación profesional.

Y, en sexto lugar, el derecho de adaptación de la jornada de trabajo, como instrumento de reordenación del trabajo femenino, tiene que venir acompañado por medidas de intervención pública que garanticen, entre otras, la corresponsabilidad en el ejercicio del derecho de adaptación para evitar que se perpetúen roles sociales discriminatorios; servicios adecuados para que las tareas de cuidado no expulsen a las mujeres del mercado laboral; políticas para redistribuir de forma igualitaria los trabajos de cuidados en el hogar, así como garantizar que las mujeres retornen al mercado laboral tras ausencias por su dedicación a las tareas de cuidados⁵⁶.

7. BIBLIOGRAFÍA

- AJENJO, MARC; GARCÍA ROMÁN, J.: «La persistente desigualdad de género en el uso del tiempo en España», en *Perspectives demogràfiques*, núm. 14, 2019, pp. 1-4.
- BARRIOS BAUDOR, G.: «La adaptación de la jornada de trabajo por motivos de conciliación de la vida familiar y laboral», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2019, pp. 1-31.

⁵⁵ Considerando 35 de la Directiva.

⁵⁶ MARTÍNEZ LÓPEZ, R.; ROLDÁN AYUSO, S.: «Estudio estadístico de los tiempos de vida: tiempos de actividad laboral y trabajo de cuidados», *op. cit.*, p. 274, así como pp. 292 a 293.

- Boletín Igualdad en la Empresa.: *Distribución flexible del tiempo de trabajo: horarios y turnos*. Disponible en <https://www.igualdadenaempresa.es>
- *Medidas jurídicas para favorecer la conciliación de la vida laboral y personal, ejemplos de buenas prácticas y áreas de mejora*, núm. XLIII, Disponible en <https://www.igualdadenaempresa.es>
- CABEZA PEREIRO, J.: «La Directiva de conciliación de la vida familiar y profesional», en *Revista de Derecho Social*, núm. 92, 2020, pp. 41-80.
- La Directiva (UE) 2019/1158 y su trasposición al derecho interno» en RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E.; MARTÍNEZ YAÑÉZ, N.: *Conciliación y corresponsabilidad de las personas trabajadoras: presente y futuro*. Bosch, Barcelona, 2021, pp. 67-92.
- CASAS BAAMONDE, M. E.: «La organización del tiempo de trabajo con perspectiva de género: la conciliación de la vida privada y la vida laboral» en *Documentación Laboral*, núm. 117, 2019, pp. 17-21.
- FERNÁNDEZ PRATS, C.; GARCÍA TESTAL, E.; LÓPEZ BALAGUER, M.: *Los derechos de conciliación en la empresa: la corresponsabilidad como objetivo para la igualdad*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- IGUARTUA MIRÓ, M. T.: *Ordenación flexible del tiempo de trabajo: jornada y horario*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- «La flexibilización del tiempo de trabajo», en *Trabajo y Derecho*, núm. 13, 2021, pp. 1-30.
- INSTITUTO DE LA MUJER Y PARA LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES: *Buenas prácticas de conciliación y corresponsabilidad en las empresas de la Red con distintivo «Igualdad en la Empresa»*. Disponible en <https://www.igualdadenaempresa.es>
- JURADO SEGOVIA, A.: «La adaptación de condiciones de trabajo por razones de conciliación de la vida familiar y laboral (art. 34.8 ET): puntos críticos a la luz de los pronunciamientos judiciales recientes» en *Trabajo y Derecho*, núm. 75, 2021, pp. 1-25.
- LÓPEZ ÁLVAREZ, M. J.: *Jornada laboral. Control horario, desconexión, flexibilidad y conciliación*. Francis Lefebvre, Madrid, 2019.
- MALDONADO MONTOYA, J. P.: «Ordenación del tiempo de trabajo» en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (DIR); HIERRO HIERRO, F. J.; KAHALE CARRILLO, D. T. *Un decenio de jurisprudencia laboral sobre la Ley de Igualdad entre mujeres y hombres*. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2018, pp. 401-422.
- MARTÍNEZ LÓPEZ, R.; ROLDÁN AYUSO, S.: «Estudio estadístico de los tiempos de vida: tiempos de actividad laboral y trabajo de cuidados» en MOLERO MARAÑÓN, M. L.: *Ser mujer en el mercado de trabajo: Dificultades, oportunidades y retos*. Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021, pp. 259-295.
- PEDROSA ALQUEZAR, S. I.: «Las medidas de corresponsabilidad en la empresa», en SIERRA HERNAIZ, E.; VALLEJO DACOSTA, R.: (directoras). *Diseño e implementación de planes de igualdad en las empresas*. Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2020, pp. 459-481.

■ LA REORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO

- SERRANO GARCÍA, M. J.: «La gestión flexible del tiempo de trabajo en los sectores feminizados», en MOLERO MARAÑÓN, M. L.: *Ser mujer en el mercado de trabajo: Dificultades, oportunidades y retos*. Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021, pp. 213-258.
- TORRENTE GARI, S.: «El trabajo a distancia como medida de flexibilidad y conciliación», en GARCÍA BLASCO, J.; DE VAL TENA, A. (Dir). *Crisis económica y empleo: la experiencia judicial aplicativa de las últimas reformas laborales*. Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021, pp. 223-271.

CAPÍTULO XXXVI

TIEMPO DE TRABAJO Y USO DEL TIEMPO DE NIÑOS Y JÓVENES *

MANUELA ABELEIRA COLAO
Profesora Colaborador Doctor
Universidad CEU San Pablo

1. EL TIEMPO DE LOS NIÑOS

A) La evolución en los usos del tiempo de los niños

Los modos de utilización del tiempo de los niños han sufrido una gran variación las últimas décadas. «Esto tiene causa en las transformaciones sufridas en el modelo de producción como la incorporación de la mujer al mundo asalariado o los cambios tecnológicos»¹. Uno de los rasgos que mejor identi-

* Este trabajo forma parte de las acciones del proyecto de investigación LABORDIG (PID2020-112731RB-I00). Ministerio de Ciencia e Innovación de España (MICINN).

¹ MALDONADO MONTOYA, J. P.: «Morfología de la relación laboral a la luz de la equidad entre sexos», en AAVV.: *Mind the gap: para un sistema productivo de equidad entre mujeres y hombres*, Laborum, Murcia, 2015, pp. 123 y 128. Al respecto, Vid. GRADAÏLLE PERNAS, R., CABALLO VILLAR, M. B., LORENZO CASTIÑEIRAS, J. J.: «La conciliación en los tiempos cotidianos de la infancia en Galicia: problemáticas específicas y alternativas pedagógico-sociales y de ocio en las escuelas, familias y comunidades» en VILLASEÑOR PALMA, K. M. (Coord.); PINTO ARAÚJO L.; FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, M. y GUZMÁN ZÁRATE, C.: *Pedagogía social: acción social y desarrollo*, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México, 2015, pp. 603-611.

fican el uso del tiempo de los niños es la reducción paulatina de su tiempo libre. Por tiempo libre se entiende como «El tiempo [...] destinado al descanso, a la diversión y al desarrollo de la personalidad y la sociabilidad»² por lo que resulta fundamental para los niños.

Debido a la reducción de este tiempo libre, la vida de los niños ya no distingue entre tiempo escolar y ocio ya que sometemos a nuestros menores a un cronometrado conjunto de actividades determinado por los adultos que no respeta sus ritmos vitales³. Esto provoca que en los últimos años se haya producido un aumento muy elevado del tiempo que los menores pasan en la escuela y que cada vez se comience a acudir a edades más tempranas⁴.

Un factor muy importante de esta pérdida de tiempo libre se debe a la metamorfosis de los tiempos en los hogares puesto que, con la cultura de presencialidad que existe en nuestro país quien más pierde es la familia. «El estilo de vida de los mayores hace que no se tomen en consideración los tiempos, las necesidades y el ritmo propio de los niños»⁵.

De este modo la atención a la familia se ha visto plenamente mermada por la falta de tiempo de los adultos⁶. Por lo tanto, «los desajustes entre los horarios de trabajo de los padres y el de los colegios provoca que se tenga que desarrollar una prestación de servicios de cuidado de los niños que cubra tanto las horas antes y después de la escuela como las largas horas durante las vacaciones escolares»⁷. En ocasiones quienes han asumido las laborales de cuidado han sido los abuelos⁸.

El problema se intensifica cuando los niños crecen ya que como los tiempos de trabajo no cambian, pero los menores son más independientes, esto tiene como

² ARROBA M. L. y MANZARBEITIA P.: «El tiempo libre de los niños», *Anales de Pediatría*, Vol. 7, núm. 6 (noviembre - diciembre), 2009, p. 374.

³ ABELLEIRA BARDANCA, A.: «Menos velocidad y más tiempo. Desaceleración de la infancia», *Infancia: educar de 0 a 6 años*, núm. 145, 2014, p. 30. Los estudios demuestran que los menores cuyos padres tienen una formación universitaria son aquellos que más actividades extraescolares realizan. HERMOSO VEGA, Y. M. y PÉREZ DE LAS VACAS APARICIO, C.: «Estudio de la ocupación del tiempo libre de los escolares extremeños», *INFAD Revista de Psicología*, núm. 1, 2011, p. 344.

⁴ ROSALES LÓPEZ, C.: «Tiempo escolar, tiempo de vida», *Revista Educación y Futuro Digital*, núm. 1, 2011, p. 47.

⁵ ABELLEIRA BARDANCA, A.: «Menos velocidad y más tiempo Desaceleración de la infancia», *Infancia: educar de 0 a 6 años*, núm. 145, 2014, p. 27.

⁶ MALDONADO MONTOYA, J. P.: «Morfología de la relación laboral a la luz de la equidad entre sexos», *cit.* p. 143.

⁷ OIT: «Estudio General relativo a los instrumentos sobre el tiempo de trabajo», Ginebra, 2018, p. 4, (LC.107/III/B)

⁸ RODRÍGUEZ SILVA, C., DÍAZ RODRÍGUEZ, G. M.; MARTÍN MARTÍN, R. y PÉREZ ROMERO, M. A.: «Abuelos cuidadores: consecuencias del cuidado», en GÁZQUEZ LINARES, J. J. (Coord.): *Cuidados, aspectos psicológicos y actividad física en relación con la salud del mayor*, Asociación Universitaria de Educación y Psicología (ASUNIVPEP) 2015, p. 33.

consecuencia que haya muchos adolescentes que pasan las tardes enteras solos sin ninguna supervisión acerca de a qué dedicar su tiempo⁹. Desde los poderes públicos la principal responsabilidad pasa por concienciar a los padres, ambos progenitores, sobre la corresponsabilidad de las obligaciones familiares¹⁰.

También en la actualidad el tiempo libre de los menores y adolescentes se está viendo invadido por las nuevas tecnologías que sustituyen en muchas ocasiones casi de manera completa a los juegos tradicionales, a la actividad física, a las charlas familiares o a las actividades culturales y que además dificulta la conciliación del sueño¹¹. Se ha detectado en muchos casos un consumo exacerbado de los dispositivos electrónicos dando lugar a nuevas adicciones entre los más jóvenes¹².

Deberíamos poner el foco de atención en educar a los niños para que realicen actividades culturales, de ocio, que interaccionen con otros niños y jóvenes, en definitiva, a disfrutar de un tiempo libre de calidad. A su vez dotarles de una conciencia sobre la importancia de organizar y distribuir su tiempo de estudio y de este modo desarrollar todas las facetas de su personalidad¹³.

B) El trabajo infantil: estado de la cuestión

La limitación del tiempo de trabajo resulta fundamental para proteger los ritmos biológicos del hombre y la dedicación a otros aspectos de su vida como las exigencias sociales y culturales¹⁴.

Para poder entender la relevancia que juega el tiempo en el trabajo de los niños es necesario que nos detengamos en las normas tanto a nivel internacional como a nivel nacional sobre el trabajo infantil. De hecho, las primeras normas reguladoras del derecho del trabajo fueron creadas para limitar la jornada de trabajo

⁹ ARROBA MARÍA L. y MANZARBEITIA, P.: «El tiempo libre de los niños», *cit.*, p. 375.

¹⁰ MALDONADO MONTOYA, J. P.: «Morfología de la relación laboral a la luz de la equidad entre sexos», *cit.*, p. 130.

¹¹ ARROBA M. L. y MANZARBEITIA, P.: «El tiempo libre de los niños», *cit.*, p. 375.

¹² Hace ya más de 10 años se alertaba sobre este tipo de adicción que no tenía una definición cerrada y que ha ido evolucionando y haciendo frente a nuevos escenarios. *Vid.* TORRES BARZABAL, L. y HERMOSILLA RODRÍGUEZ, J. M.: «El papel de la Educación en el tratamiento de la adicción a la tecnología», *Revista Educativa Hekademos*, núm. 12, 2012, pp. 73 a 82, o ECHEBURÚA ODRIOZOLA, E., LABRADOR, F. J. y BECOÑA IGLESIAS, E. (coord.): *Adicción a las nuevas tecnologías en adolescentes y jóvenes*, Pirámide, Madrid, 2009.

¹³ MALDONADO MONTOYA, J. P.: «Morfología de la relación laboral a la luz de la equidad entre sexos», *cit.*, p. 145. En el mismo sentido señala SALINAS: «Debemos educar para un uso constructivo del tiempo de ocio y al mismo tiempo la educación debe ir convirtiéndose en una actividad placentera. Los estudiantes van hacia una explosión de información donde ellos mismos deben buscar aquello que consideran interesante y divertido», SALINAS, J.: «Nuevos ambientes de aprendizaje para una sociedad de la información». *Revista Pensamiento Educativo*, PUC Chile, núm. 20, 1.997, p. 88.

¹⁴ FITA ORTEGA, F.: *Límites legales a la jornada de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 15.

de los niños¹⁵. Estos últimos, además del trabajo que realizaban fuera de casa, debían de atender a las exigencias de educación y de cultura¹⁶. Y sobre todo resultaban mano de obra mucho más barata que los trabajadores adultos¹⁷. Llama la atención que esta doble premisa aún se mantenga en el caso de los menores de edad que prestan servicios retribuido.

En la actualidad hablar de tiempo de trabajo infantil en algunos países del mundo parece una menudencia. Sin embargo, no debemos olvidar que los menores siguen siendo protagonistas en ciertas relaciones laborales, a veces mucho más de lo que desearíamos. Como bien señala Anker «En los albores del nuevo milenio, el trabajo que realizan los niños [...] es un rasgo inaceptable de la vida de muchísimos países». Sin embargo, continua el autor «es un hecho que muchos niños trabajan por voluntad propia y con la aprobación de sus padres»¹⁸. Y esto ocurre tanto en los países en desarrollo como en los países de renta alta.

Por ello, la OIT y UNICEF ya alertaron el año pasado de que el número de niños en situación de trabajo infantil había aumentado en 8,4 millones en los últimos cuatro años alcanzando un total de 160 millones de niños trabajando en todo el mundo. Además, varios millones de niños más se encuentran en situación de riesgo debido a los efectos de la COVID-19¹⁹. Otros datos relevantes que muestra el informe es que la mayoría de los niños trabaja con su familia y el sector que mayor número de niños ocupa es el campo²⁰.

¹⁵ Por ejemplo, en EEUU fue la *Fair Labor Standards Act* en 1938 la encargada de regular por primera vez cuestiones tan importantes como el trabajo de menores de edad. Esta norma permitía a los menores a partir de los 16 años realizar cualquier trabajo no peligroso y los menores de 14 o 15 años podían trabajar fuera del horario escolar con un límite de no más de 3 horas diarias y no más de 18 horas semanales. En periodo no lectivo podían trabajar 8 horas diarias y con un horario de 7 de la mañana a 7 de la tarde que solo podía ampliarse más en verano. Lo que llama la atención de esta norma es que se permite a cualquier menor de 14 años realizar ciertos trabajos siempre que no sean peligrosos como repartir periódicos, participar en televisión cine o teatro o realizar trabajos familiares. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Secretaría General Técnica: «EEUU Resumen de la normativa sobre salarios, jornada laboral y trabajo de menores», *Boletín de información sociolaboral*, núm. 34, p. 91.

¹⁶ El trabajo de los menores ya fue objeto de regulación por el Derecho en el Ordenamiento de las Cortes de Toro en 1369, bajo el reinado de Enrique II. SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: *Menores y mujeres ante el contrato de trabajo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967, pp. 20 y 32. De manera más reciente se dedica al estudio de este tema MIRANDA BOTO, J. M.: «Los trabajos prohibidos a menores en los orígenes del Derecho del Trabajo: una aproximación histórico-política», en CABEZA PEREIRO, J. (DIR.), BALLESTER PASTOR M. A. (DIR.); FERNÁNDEZ PRIETO M. (DIR.): *La relevancia de la edad en la relación laboral y de Seguridad Social*, Aranzadi Thomson Reuters, 2009, España, pp. 409 a 418.

¹⁷ FITA ORTEGA, F.: *Límites legales a la jornada de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 15.

¹⁸ ANKER, R.: «La economía del trabajo infantil. Criterios para su medición», *Revista internacional del trabajo*, Vol. 119, núm. 3, 2000, pp. 283.

¹⁹ Resumen ejecutivo del Informe de la OIT y UNICEF: «Trabajo infantil: Estimaciones mundiales 2020, tendencias y el camino a seguir», pp. 2 y 3, (wcms_800301.pdf).

²⁰ *Ibidem*. Según UNICEF «para finales de 2022 nueve millones de niños más corren el riesgo de verse abocados a la realización de trabajo infantil como consecuencia de la pandemia. Esa cifra podría aumentar a 46 millones si no se adoptan medidas de protección social».

Entre los Objetivos para el Desarrollo 2030 el número 8 emplaza a los países a «asegurar la prohibición y eliminación de las peores formas de trabajo infantil, incluidos el reclutamiento y la utilización de niños soldados, y, de aquí a 2025, poner fin al trabajo infantil en todas sus formas». Pero dada la elevación de las cifras sobre trabajo infantil parece que no estamos cerca de lograrlo.

Por último, debemos recordar que los menores son más vulnerables frente a la producción de accidentes de trabajo que los mayores entre otros motivos derivados del «cansancio, somnolencia, desnutrición, falta de atención, falta de conocimiento sobre el proceso laboral, o la dificultad en la utilización de herramientas diseñadas para adultos»²¹.

C) El concepto «menor de edad» y su influencia en las normas sobre el trabajo infantil

A continuación, vamos a profundizar en las normas sobre el tiempo de trabajo de los menores de edad y su ordenación en las normas internacionales, europeas y españolas. Por ello, nos parece relevante conocer qué se considera menor de edad a la luz de las normas²².

La Convención sobre Derechos del Niño considera como niño a «todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad»²³. Sin embargo, el legislador internacional, parece olvidarse de esa definición cuando se trata de regular su trabajo.

A nivel internacional el instrumento normativo más importante en relación con el tiempo de trabajo de los menores de edad es el Convenio número 138 de la OIT sobre la edad mínima que no define qué se considera niño a la luz de su normativa²⁴. La única referencia similar la encontramos en el

²¹ ARIAS ROBLES, M.: «Adultos a la fuerza. La explotación laboral de la infancia», Octaedro, Madrid, 1998, p. 50.

²² Sobre esta cuestión *Vid.* RUANO ALBERTOS, S.: «El trabajo de los menores de edad a la luz de la legislación internacional y comunitaria: (grado de adaptación de la normativa española)», *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, núm. 127, 2001, pp. 34 a 44.

²³ La Declaración de Derechos del Niño fue aprobada el 20 de noviembre de 1959 por la Organización de Naciones Unidas.

²⁴ Este Convenio «es un pilar de la acción de la OIT para fomentar una política y una legislación nacionales mejoradas y para establecer una cooperación técnica destinada a luchar contra el trabajo infantil OIT: «El porqué de un nuevo Convenio de la OIT sobre el trabajo infantil», en OIT: «*Lo intolerable en el punto de mira: un nuevo convenio internacional para eliminar las peores formas de trabajo infantil*», Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1999, p. 2.

artículo 2 del Convenio OIT número 138, que hace coincidir la edad mínima de acceso al trabajo con la edad de finalización de la escolaridad obligatoria y en todo caso, con los quince años; Si bien es cierto, que el artículo 3 eleva dicha edad a los dieciocho años para determinados trabajos. Por lo tanto, parece que para el Derecho Internacional del Trabajo el niño sería todo sujeto menor de quince años, con excepciones. Sin embargo, en aras a que el Convenio obtuviera el mayor número de ratificaciones posible, y siendo conscientes de que la realidad de los menores de edad no es igual en todo el mundo, el artículo 2.4 permite que si la economía y medios de educación no están suficientemente desarrollados se podrá reducir la edad mínima a catorce años.

Se abre un debate muy importante sobre qué se puede considerar menor de edad en relación con el trabajo y la edad límite para su ejecución. La Doctrina también se encuentra dividida en este punto pues una parte considera que bajo determinadas condiciones los niños podrían trabajar siendo dicha actividad algo favorable para su desarrollo²⁵. Y otra parte de la Doctrina entiende que debería erradicarse cualquier tipo de trabajo infantil ya que consideran que la permisibilidad contenida en algunas normas parece lanzar un mensaje a favor de la realización de cierto tipo de trabajo infantil²⁶. En este sentido se posiciona Arias Domínguez que afirma «no hay, por tanto, trabajo digno efectuado por menores²⁷».

Así, «en muchas regiones y culturas, también se considera que las habilidades y conocimientos se pueden adquirir [...] por la experiencia en el trabajo y en la vida (responsabilidad, disciplina, entre otras)²⁸. De ahí la justificación para que el legislador internacional, en un intento por adaptarse a las diversas realidades que debe disciplinar, no proscriba toda clase de trabajo infantil.

Por su parte la OIT cuando se refiere al trabajo infantil, sólo considera como tal «aquel que por su naturaleza o intensidad es perjudicial para la esco-

²⁵ VERHELLEN, E.: *La Convención sobre los Derechos del Niño: trasfondo, motivos, estrategias, temas principales*, Garant, Amberes, 2002, p. 138.

²⁶ BONET PÉREZ, J.: «Explotación Laboral infantil», en AAVV. GONZÁLEZ BOU, E. (Coord), GONZÁLEZ VIADA, N.; ALDECOA LUZÁRRAGA, F. (DIR.) FORNER I DELAYGUA, J. J. (DIR.): *La protección de los niños en el derecho internacional y en las relaciones internacionales*, Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño, Marcial Pons, 2010, p. 216.

²⁷ ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: «Trabajo decente y trabajo de los menores (II)», en MONEREO PÉREZ, J. L., GORELLI HERNÁNDEZ, J.; DE VAL TENA, Á. L. (Dir.), LÓPEZ INSUA, B. del M. (Coord.): *El Trabajo Decente*, Comares, Granada, 2018, p. 333.

²⁸ CALDERÓN CUEVAS, E.: «Trabajo Infantil, Justicia distributiva y economía del Bienestar», *Revista Internacional de Sociología*, núm. 36, 2003, p. 36.

larización de los niños o perjudica su salud y desarrollo»²⁹. En este mismo sentido la OIT dispone que:

«No todos los tipos de trabajo son perjudiciales para los niños. Desde la más tierna infancia, muchos niños colaboran en las tareas domésticas, hacen recados o ayudan a sus padres en el campo o el negocio familiar. A medida que crecen, realizan trabajos ligeros o aprenden oficios tradicionales importantes. De ese modo, adquieren habilidades y actitudes que necesitarán más adelante como trabajadores y miembros útiles de la comunidad. Bajo una estricta supervisión, los trabajos ligeros pueden ser una parte esencial del proceso de socialización y desarrollo de los niños, ya que les permiten aprender a asumir responsabilidades y enorgullecerse de sus propios logros. Aunque estos trabajos pueden entrañar riesgos, no son lo que suele entenderse por trabajo infantil»³⁰. Por ejemplo, la OIT no considera el trabajo doméstico como trabajo infantil³¹.

Si tenemos en cuenta la noción de trabajo infantil otorgada por la OIT parece que el concepto «trabajo infantil» y «explotación infantil» identificarían una misma realidad: el trabajo que resulta perjudicial para el menor.

Y la siguiente reflexión es ¿para qué menores? ¿qué edad de referencia utilizamos a la hora de permitir o no determinados tipos de trabajo? Según lo dispuesto en la Declaración de Derechos del niño deberían de ser los 18 años, pero según la regulación de la OIT el límite «casi» infranqueable parecen ser los quince años, en cualquier caso.

Se puede comprobar de este modo que existe un vacío legal reseñable sobre el concepto de persona trabajadora menor de edad en el ámbito normativo laboral internacional. Esta falta de sistematicidad incide directamente en las normas sobre el tiempo de trabajo. Debería imponerse a nivel universal una definición única sobre qué es trabajo infantil, qué es explotación infantil, así como un listado de actividades o trabajos que puedan realizar los niños y las edades pertinentes para ello.

Es cierto que esta incertidumbre terminológica desaparece si descendemos a un plano jurídico inferior. El legislador europeo a través de la Directiva 94/33/CE del Consejo, de 22 de junio de 1994, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo sí da un concepto claro de lo que es un niño (vía artículo 3) y diferencia de manera más fundada y efectiva las normas de trabajo que van destinadas a los niños, menores de 15 años sujetos a escolaridad obligatoria, a los cuales les prohíbe trabajar salvo algunas excepciones que analizaremos con posterioridad³².

²⁹ Oficina Internacional del Trabajo (IPEC): *Manual para Inspectores: Combatiendo las peores formas de trabajo infantil*, Oficina Internacional del Trabajo, San José, 2003, p. 12.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ CALDERÓN CUEVAS, E.: «Trabajo Infantil, Justicia distributiva y economía del Bienestar», *cit.*, p. 35.

³² Remarca Arias Domínguez: La utilidad que resulta de estas definiciones. ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: «Trabajo decente y trabajo de los menores (II)», *cit.*, p. 331.

Es importante comprobar cómo para el legislador comunitario lo importante no es sólo el alcance de una determinada edad, que también, sino el hecho de que ese niño haya terminado ya su formación o no³³. De hecho, considera a los adolescentes, a quienes permite realizar un mayor número de trabajos, como aquellos que ya no están sujetos a escolaridad obligatoria.

En el limbo jurídico quedarían, sin embargo, aquellos menores de entre 15 y 18 años que aún no sometidos a escolaridad obligatoria, aún siguen recibiendo educación reglada, ¿Qué tipo de protección en relación con el tiempo de trabajo se les debe proveer en estos casos? ¿Cómo niños o como adolescentes? Ni las normas europeas que regulan el tiempo de trabajo ni el TJUE se ha hecho eco de la situación de esos menores a los que entendemos que se les aplican normas sobre el tiempo de trabajo de adolescentes por la edad que tienen, independientemente de que sigan estudiando o no.

Sólo por aclarar quienes podrían ser sujetos de un contrato de trabajo a la luz de la normativa europea señalamos:

1. Los menores de 15 años a 18 años (adolescentes) no sujetos a escolaridad obligatoria podrán trabajar siempre que ello no suponga un peligro a su desarrollo psicofísico (art. 1)
2. Los menores a partir de 14 años que realicen prácticas en empresas o estén sometidos a un régimen de formación en alternancia [art. 4.2.b)].
3. Los menores a partir de 14 años en trabajos ligeros [art. 4.2.c)].
4. Los menores a partir de 13 años en trabajos ligeros sólo determinadas horas autorizadas [art. 4.2.c)].
5. Cualquier menor de 15 años en actividades culturales, artísticas, deportivas o publicitarias siempre que obtengan un permiso de la autoridad laboral (art. 5).
6. Los menores a partir de 13 años en actividades culturales, artísticas, deportivas o publicitaria si los Estados Miembros lo autorizan vía legislativa o reglamentaria.
7. Cualquier menor puede realizar con carácter ocasional o en trabajos de corta duración prestaciones de trabajo doméstico o en la empresa familiar (art. 2).

Es cierto que el tenor de la Directiva sugiere esta posibilidad a los Estados Miembros que así lo podrán prever por vía legislativa o reglamentaria. Por lo tanto, no se impone que así sea.

En el caso de España la regulación es mucho más garantista que la europea o la internacional. La mayoría de edad coincide con los 18 años, aunque se permite trabajar a menores de entre 16 y 18 años. Podrán hacerlo los que estén

³³ FITA ORTEGA, F.: *Límites legales a la jornada de trabajo*, cit., p. 113.

emancipados y los que no lo están sin ningún requisito más que la autorización paterna. Pero debemos tener presente que a efectos de la legislación no son todavía mayores de edad por lo que la tutela de éstos debe mantenerse durante toda la vida de la relación laboral. Ocurre de este modo, que algunas de las normas que regulan la ordenación del tiempo de los menores entre 16 y 18 años en muchas ocasiones escapan de las prohibiciones relativas al trabajo infantil.

En el ámbito laboral todos los trabajadores por debajo de los 18 años cuentan con unas normas de protección en relación con la ordenación del tiempo de trabajo sin diferenciar si el menor ha cumplido o no 16 años (momento en el que se acaba la escolaridad obligatoria). Es más, se prohíbe que los menores de dieciséis años puedan trabajar (artículo 6.1 ET).

Por lo tanto, de la normativa española algún autor ha afirmado con contundencia que «el trabajo infantil está totalmente abolido»³⁴. Sin embargo, debemos detenernos en algunas cuestiones que siguen llamando nuestra atención.

2. EL TIEMPO DE TRABAJO INFANTIL

La regulación del tiempo de trabajo de los niños es sin duda, junto con las normas de prevención de riesgos laborales, la herramienta precisa y adecuada para evitar que aquellos menores de edad que por diversas circunstancias tienen que trabajar, lo hagan de manera que se garantice su desarrollo físico y psíquico. El objetivo de las disposiciones sobre tiempo de trabajo infantil deben ser la reducción y abolición de las jornadas de trabajo, especialmente en menores por debajo de los doce años, y su limitación y control férreo en el caso de que el trabajo sea desempeñado por niños de entre 13 y 16 años.

A) **La prestación de trabajo de menores de edad: trabajos permitidos**

Como hemos comprobado, a pesar de la estricta regulación existente sobre el trabajo infantil, sí se permiten ciertas actividades retribuidas a los menores de dieciséis años. En este sentido, tanto la OIT como la normativa europea reconocen ciertas excepciones a la prohibición de trabajo infantil. Veremos que esta flexibilidad no alcanza plenamente a nuestra norma interna³⁵.

³⁴ ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: «Trabajo decente y trabajo de los menores (II)», *cit.*, p. 320.

³⁵ Aunque no ocurre así en el ámbito de la regulación de los menores de edad, lo cierto es que se ha producido un incremento importante de la flexibilidad del tiempo de trabajo. MICHON, F.: «El tiempo de

De este modo, el artículo 4 del Convenio 138 de la OIT permite que la Autoridad laboral excluya de la aplicación del Convenio la realización de determinados tipos de trabajo. También permite, vía artículo 7, a los Estados Miembros establecer excepciones para que las personas trabajadoras entre los trece a quince años de edad puedan realizar trabajos ligeros siempre que éstos no afecten a su salud o desarrollo ni a su asistencia a la escuela. En determinados países se permite que esta edad se rebaje de 13 a 12 años. Remite a «la autoridad competente» para decidir el número de horas. El artículo 8 también permite que los menores de 15 puedan realizar ciertos trabajos como participar en representaciones artísticas sin que exista un límite de edad.

Por su parte, como ya hemos mencionado anteriormente, la Directiva 94/33/CE sobre el trabajo de jóvenes permite que los Estados Miembros puedan consentir la realización de determinados trabajos como: trabajos domésticos o familiares ocasionales o de corta duración, trabajos ligeros, trabajos en actividades culturales publicitarias artísticas o deportivas y trabajos en régimen de formación o prácticas de empresa³⁶.

Se entiende que en ambos casos (en la normativa internacional y en la europea) su realización no podrá implicar riesgos para la salud psicofísica de los menores o a su desarrollo formativo³⁷.

El objeto del trabajo doméstico son³⁸ «los servicios o actividades prestados para el hogar familiar, pudiendo revestir cualquiera de las modalidades de las tareas domésticas, así como la dirección o cuidado del hogar en su conjunto o de algunas de sus partes, el cuidado o atención de los miembros de la familia o de las personas que forman parte del ámbito doméstico o familiar, y otros trabajos que se desarrollen formando parte del conjunto de tareas domésticas, tales como los de guardería, jardinería, conducción de vehículos y otros análogos». Por su parte la OIT considera trabajo doméstico como «el trabajo realizado en un hogar u hogares o para los mismos»³⁹.

trabajo en los países industrializados. *Convergencias y Divergencias*, *Revista de Economía y Sociología del trabajo*, núms. 15-16, 1992, p. 105.

³⁶ Los artículos 2, 4 y 5 de la meritada Directiva concretamente.

³⁷ El artículo 2 de la Directiva dispone que «1. La presente Directiva se aplicará a toda persona menor de 18 años que tenga una relación o un contrato de trabajo definido en la legislación vigente en un Estado miembro o regulado por la legislación vigente en un Estado miembro. 2. Los Estados miembros podrán excluir del ámbito de aplicación de la presente Directiva, por vía legislativa o reglamentaria y en los límites y condiciones que estipulen, los trabajos ocasionales o de corta duración relativos a) al servicio doméstico ejercido en hogares familiares, o b) al trabajo que no se considere nocivo, ni perjudicial, ni peligroso para los jóvenes en la empresa familiar».

³⁸ Según el RD Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar.

³⁹ Artículo 2 del Convenio 189 sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2011;

En nuestra legislación interna no encontramos ninguna definición de qué se entiende por trabajo ligero ya que no se permite. Según la Directiva 94/33/CE trabajo ligero son «todos los trabajos que, en razón de la propia naturaleza de las tareas que implican y las condiciones particulares en las que deban realizarse: i) no puedan perjudicar la seguridad, la salud o el desarrollo de los niños, ii) ni puedan afectar su asiduidad escolar, su participación en programas de orientación o de formación profesional aprobados por la autoridad competente o sus aptitudes para que aprovechen de la enseñanza que reciben»;

Por último, la identificación de qué puede considerarse trabajo en actividades culturales artísticas, deportivas o culturales es un poco más compleja y además no está bien incorporada a la legislación española⁴⁰

Por su parte el legislador español en el artículo 6.4 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante «ET») la única actividad que permite realizar a los menores de 16 años y además de forma excepcional es su participación en espectáculos públicos. Para ello, los menores deberán solicitar por medio de sus progenitores una autorización a la Autoridad Laboral competente que será la encargada de determinar las condiciones en las que se llevará a cabo la prestación.

En principio, el Estatuto de los Trabajadores en España no permitiría ningún otro trabajo de menores fuera de este sector productivo⁴¹. Como señala Martínez Yañez «el legislador interno opta por blindar la regulación legal del tiempo de trabajo de los menores de edad, mediante unos preceptos que no contemplan excepciones y que además no son disponibles para la autonomía colectiva ni para la individual»⁴².

Sin embargo, en la práctica, se puede observar la existencia de otro tipo de actividades realizadas por los menores de edad que, aunque jurídicamente nuestra legislación interna lo prohíba o no se considere trabajo sí que pueden afectar el derecho al descanso de los menores de edad, como puede ser la práctica de actividad deportiva de alto rendimiento o la realización de tareas domésticas en el domicilio⁴³.

⁴⁰ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: «La normativa comunitaria sobre trabajos prohibidos a menores», *Relaciones Laborales*, núm. 2, 1999, p. 749.

⁴¹ Otro problema grave aquí sería delimitar el ámbito de aplicación de la norma al referirse de manera general y sin ninguna concreción el término «espectáculo público».

⁴² MARTÍNEZ YAÑEZ, N. M.: «Disponibilidad horaria y trabajadores menores de edad», en CABEZA PEREIRO, J. (dir.), BALLESTER PASTOR, M. A. (dir.); FERNÁNDEZ PRIETO, M. (dir.): *La relevancia de la edad en la relación laboral y de Seguridad Social*, Aranzadi Thomson Reuters, 2009, España, p. 435.

⁴³ Estas podrían considerarse como ya ha prescrito algún autor como relaciones productivas de los menores, pero no laborales.

Advierte en este sentido Maldonado Montoya la dificultad que en muchas ocasiones existe para probar la dependencia laboral. Es por ello, continúa, que resulta necesario «mantener la presunción de laboralidad, al menos mientras que la subordinación sea requisito de laboralidad»⁴⁴.

También se hacía eco de esta situación la Comisión Europea que señalaba en relación con el cumplimiento de la transposición de la Directiva 94/33/CEE por parte de España que «La transposición de la Directiva no ha tenido repercusiones de importancia en el Derecho español, y no se ha hecho uso de la posibilidad, recogida en el artículo 2, de excluir ciertos trabajos de su ámbito de aplicación»⁴⁵.

Lo que cabe preguntarse es si a la luz de la flexibilidad ofrecida por las normas europeas e internacionales debe plantearse una modificación estatutaria que permitiera, aunque fuera también de manera excepcional, la participación de menores de edad, principalmente adolescentes, en determinadas actividades productivas como trabajos ligeros o familiares siempre que éstos no supusieran una afeción a su desarrollo físico y educativo.

Nos parece relevante de cara a analizar las normas sobre tiempo de trabajo de los menores incluir también la regulación específica existente sobre horarios de menores de edad a los que les está permitido trabajar como los artistas en espectáculos públicos. Haremos una alusión somera a los tiempos de trabajo de aquellos menores entre 16 y 18 años que realizan prestaciones laborales, puesto que esta materia también será objeto de análisis en otro capítulo.

B) El tiempo de trabajo de menores de edad en las normas

En relación con las normas que limitan el tiempo de trabajo infantil nunca podrá considerarse que sean discriminatorias puesto que su prohibición busca la tutela psico-física del menor, de otro, la protección de su formación moral y cultural⁴⁶.

Cuando se estudia el tiempo de trabajo infantil, una de las primeras cuestiones sobre las que merece la pena reflexionar (como ya ha hecho la Doctrina en más de una ocasión) es si hay un número conveniente de horas de trabajo cuya realización por parte de los menores de dieciséis años no obstaculiza su

⁴⁴ MALDONADO MONTOYA, J. P.: *El contrato de trabajo: nuevos retos, viejas dificultades*, Aranzadi, Madrid, 2020, p. 98.

⁴⁵ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la aplicación de la Directiva 94/33/CE relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo [COM (2004) 105 final de 16.2.2004].

⁴⁶ MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del trabajo*, Tecnos, Madrid, 2012, p. 565.

formación⁴⁷. En la actualidad, no existe una respuesta clara a este problema que se verá afectado por muchas variantes tales como la propia edad del niño, el tipo de trabajo que desempeñe, el entorno en el que viva y especialmente si su trabajo es pilar fundamental para el mantenimiento de su familia o no. Desde nuestro punto de vista los límites al tiempo de trabajo de los menores de dieciséis años deben venir marcados por los derechos de los que son titulares los menores de edad tales como la educación, el libre desarrollo de su personalidad y su derecho al ocio y al juego, es decir a tiempos de descanso.

a) JORNADA DIARIA O SEMANAL DE TRABAJO

El Convenio 138 es el instrumento fundamental para conocer todas las medidas generales más importantes relativas al trabajo infantil en cualquier sector económico⁴⁸. Pero llama la atención que un Convenio sobre la edad mínima no incluya normas específicas relativas al tiempo de trabajo de los menores de edad al menos en aquellos casos en los que se permita, aunque sea excepcionalmente, su participación.

De entre las pocas referencias que realiza el Convenio de la OIT a la jornada, nos encontramos con el artículo 7.2 que simplemente recuerda (para el caso de que al menor se le haya autorizado a realizar determinados trabajos), que la autoridad competente «prescribirá el número de horas y las condiciones en que podrá llevarse a cabo dicho empleo o trabajo»⁴⁹.

Para completar el contenido del Convenio número 138 de la OIT, el mismo año 1973 se aprueba la Recomendación número 146 sobre la edad mínima de admisión al empleo que explicita una serie de medidas que deberán llevar a cabo los Estados miembros, aunque tampoco este texto internacional resulta muy prolijo en preceptos sobre la distribución del tiempo de trabajo infantil.

⁴⁷ RANJAN, R. y LANCASTER, G.: «Efectos del trabajo infantil en la escolaridad. Estudio plurinacional», *Revista internacional del Trabajo*, núm. 124, p. 209.

⁴⁸ Sobre este convenio destacan entre otras publicaciones OIT, «Nuevo Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil», *Trabajo*, núm. 30 (monográfico), 1999 o TAPIOLA, K.: «Reexamen de la cuestión del trabajo infantil a la luz del establecimiento de normas de la OIT», *Educación Obrera*, núm. 108, 1997. La doctrina ya ha señalado en varias ocasiones la dificultad que supuso la creación y firma del Convenio OIT 138. No sólo, por la complejidad que implica acordar una edad mínima de acceso al trabajo universal sino también por el desafío que entraña adoptar unos límites universales para que cualquier niño del mundo, cualquiera que sea el trabajo o circunstancia que le rodea pueda realizar una actividad retribuida. *Vid.* BONET I PÉREZ, J.: «Explotación Laboral infantil», *cit.*, p. 138.

⁴⁹ Es necesario exponer que el artículo 7 del Convenio de la OIT permite a los Estados Firmantes que los menores de edad de entre 13 y 15 años puedan realizar trabajos ligeros, u otros trabajos a partir de los 15 siempre y cuando la realización de estos no afecte a su salud ni a su formación.

Sí señala el punto 4 de la Recomendación que las políticas nacionales «debería imponer y hacer cumplir la obligación de asistir a la escuela con horario completo o de participar en programas aprobados de orientación o formación profesional, por lo menos hasta la misma edad fijada para la admisión al empleo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2 del Convenio sobre la edad mínima, 1973». La Recomendación también recoge en el punto 13 las condiciones de trabajo en las que debe prestarse el trabajo de menores. Exige a los firmantes que se limite el tiempo de trabajo y que éste se pueda compatibilizar con el tiempo dedicado a su formación educativa, pero sin establecer ninguna norma específica al respecto.

En el plano comunitario, la directiva 94/33/CE es la norma sobre trabajo infantil que regula de manera más flexible el tiempo de trabajo de los menores de edad y deja entrever cierta relajación en la ordenación del tiempo de trabajo infantil⁵⁰. Es notable a estos efectos la definición que da el artículo 3.e) de la Directiva sobre qué entiende por tiempo de trabajo, «todo período durante el cual el joven permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales»; así como f) «período de descanso»: todo período que no sea tiempo de trabajo».

Llama la atención que excluya de la definición del tiempo del trabajo los periodos de formación o escolaridad que pueda realizar el menor y que por ejemplo en la legislación española se tienen en cuenta a la hora de computar las jornadas de los niños. Sin embargo, este período sí es tenido en cuenta en el artículo 8.3 a efectos del cómputo de la jornada de trabajo⁵¹.

El artículo 8 de la Directiva dispone que los niños que estén en contratos de formación o de prácticas no podrán trabajar más de 8 horas diarias y 40 semanales⁵². Es decir, se les permite trabajar prácticamente en el mismo régimen horario que a los mayores de edad. Recordemos que el artículo 4.2 de la Directiva permite a los niños mayores de 14 años trabajar «en el marco de un régimen de formación en alternancia o de prácticas en empresas, siempre que dicho trabajo sea realizado conforme a las condiciones prescritas por la autoridad competente».

⁵⁰ MARTÍNEZ YAÑEZ, N. M.: «Disponibilidad horaria y trabajadores menores de edad», *cit.*, pp. 433 a 447.

⁵¹ Artículos 8.3 «El tiempo dedicado a su formación por el joven que trabaje en el marco de un régimen de formación teórica y/o práctica en alternancia o de prácticas en empresa quedará incluido en el tiempo de trabajo».

⁵² Como ya hemos señalado se refiere la norma a aquellos menores a partir de 14 que realicen un trabajo autorizado en régimen de formación o en prácticas de Empresa. Entendemos que puede tratarse de menores que a su vez estén combinando ese empleo práctico con la formación teórica equivalente.

La legislación comunitaria muy acertadamente al regular la ordenación del tiempo de trabajo de los menores de edad distingue entre periodos de asistencia al colegio o periodos de formación general y aquellos periodos donde los niños están de vacaciones adaptando las exigencias temporales de la prestación a cada una de estas realidades:

– De esta forma, los menores de quince años que según la legislación nacional realicen un trabajo en periodo escolar tendrán unas jornadas laborales de dos horas diarias y 12 semanales durante el período escolar.

– La norma contempla para el periodo de vacaciones (de al menos una semana de duración) unas jornadas de trabajo máximo de 7 horas diarias y 35 horas semanales que podrán ampliarse a 8 horas semanales y 40 horas diarias en el caso de los menores que alcancen los 15 años.

Si se trata de menores que no están sujetos a escolaridad obligatoria (en virtud de la norma de cada país) y llevan a cabo trabajos ligeros su jornada comprenderá 7 horas diarias y 35 horas semanales. En el caso de que trabaje para dos o más empresarios se tendrán en cuenta todas las horas y días de trabajo realizados conjuntamente. La dificultad estriba en hacer cumplir estas obligaciones a las diversas empresas que, por otro lado, no tienen por qué conocer el pluriempleo del menor⁵³.

El legislador nacional por su parte no permite, como ya hemos reiterado, el trabajo de menores de edad, salvo la excepción mencionada en el artículo 6.4 ET. Es por ello que, en nuestro país, la edad del trabajador modula las disposiciones estatutarias que regulan el tiempo de trabajo. Podemos afirmar que las normas reguladoras del trabajo infantil son claras y concluyentes en relación con el tiempo de trabajo de los menores de edad (aunque existe peculiaridades para determinados trabajos).

Así el artículo 34 que regula la jornada de trabajo no contiene consideraciones a este respecto sobre los niños. Tampoco parece que el legislador impida una distribución irregular de la jornada para los trabajadores menores de edad, aunque como bien se ha señalado, parece difícil que en la práctica esta distribución irregular se produzca debido a los férreos límites legales que regulan el tiempo de trabajo de los menores de edad⁵⁴. Por lo tanto, el artículo 34 ET únicamente

⁵³ FITA ORTEGA, F.: *Límites legales a la jornada de trabajo*, cit., p. 114.

⁵⁴ MARTÍNEZ YAÑEZ, N. M.: «Disponibilidad horaria y trabajadores menores de edad», cit., p. 439. Sin embargo, hay otra parte de la Doctrina que entiende que está prohibido que la jornada del menor pueda alargarse mediante distribuciones irregulares de la jornada. Plantea Palomino Saurina, si debido a una causa de fuerza mayor un menor de edad podría ampliar su jornada. PALOMINO SAURINA, P.: «Estudio comparativo del trabajo infantil en España y Portugal», *Aranzadi Social*, Vol. 5, 2007, p. 1632

contiene algunas limitaciones concretas destinadas a los tiempos de descanso de los trabajadores menores de 18 años que analizaremos a continuación.

Es cierto que ni la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, que traspuso la directiva 94/33/CEE, ni el propio Estatuto de los Trabajadores dedican un precepto relativo a la duración de los contratos de trabajo realizados por menores de dieciséis años pues en principio no pueden trabajar. Tan sólo encontramos limitadas referencias a la ordenación de trabajo de menores de 18 años que tienen como objetivo proteger la salud y formación del colectivo⁵⁵. Pero la verdad es que estas normas están orientadas a aquellos menores de entre 16 y 18 años que trabajan sin tener en cuentas otras situaciones particulares.

a') *Jornadas de trabajo infantil permitidas*

A pesar de la estricta limitación existente en nuestro país sobre el tiempo de trabajo infantil no queremos dejar pasar la oportunidad de analizar algunas cuestiones relativas a la jornada de trabajo de aquellos menores a los que sí les está permitido trabajar.

En el caso de los menores que participen en espectáculos públicos debemos acudir a la norma reguladora de esta relación laboral especial para saber qué régimen de jornada deberán de cumplir los menores que participan en espectáculos públicos. Se trata del RD 1435/1985 de 1 de agosto por el que se regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos⁵⁶. De Nieves expone que la ordenación del tiempo de trabajo en las relaciones laborales especiales como las de los artistas o los deportistas se caracteriza por su dispersión normativa y por su amplia flexibilidad lo que dificulta en la práctica su aplicación⁵⁷.

⁵⁵ CARRIL VÁZQUEZ, J. M.: «El papel atribuido a la edad en la legislación laboral y de seguridad social española», en CABEZA PEREIRO, J., BALLESTER PASTOR, M.^a A. y FERNÁNDEZ PRIETO, M. (Dirs.): *La relevancia de la edad en la relación laboral y de seguridad social*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 366.

⁵⁶ Este Real Decreto ha sido modificado recientemente por el Real Decreto-Ley 5/2022 de 22 de marzo por el que se adapta el régimen de la relación laboral de carácter especial de las personas dedicadas a actividades artísticas, así como las actividades técnicas y auxiliares necesarias para su desarrollo, y se mejoran las condiciones laborales del sector. Si bien es cierto que la nueva normativa no altera especialmente la normativa referida al sujeto menor de edad de la relación laboral especial sí ha supuesto una ampliación de las representaciones artísticas que quedan bajo el paraguas de protección de la norma y que en virtud del artículo 2 del Estatuto también podrán realizar los menores de edad.

⁵⁷ DE NIEVES NIETO, N.: *El tiempo de trabajo en las relaciones laborales especiales*, Thomson Reuters, Civitas, Madrid, 2010, p. 90, y GÓMEZ MUÑOZ, J. M.: *Las jornadas especiales de trabajo*, Aranzadi, Elcano, 1999, p. 280.

En el caso de las jornadas de artistas menores de edad también hay que tener en cuenta la existencia de una «composición plural de la prestación» ya que aúna funciones y ensayos⁵⁸. Por lo tanto, habrá que tener en cuenta esta circunstancia a la hora de disciplinar el tiempo de trabajo de los niños⁵⁹.

El artículo 8 del RD 1435/1985 ordena la jornada del artista en espectáculo público que se aplicará a los menores de edad a los que se autorice a realizar estas actividades, pero remite su regulación a la negociación colectiva. Por lo tanto, no encuentra justificado nuestro legislador introducir normas concretas sobre el tiempo de trabajo de menores a pesar de que se les permita realizarlo. Siendo el tiempo de trabajo un aspecto fundamental de la relación laboral general, pero especialmente en el caso de los trabajadores menores de edad, no comprendemos este abandono.

El único límite que advierte el Real Decreto es que nunca podrá sobrepasar la jornada de trabajo el máximo legal establecido en el ET⁶⁰. El problema es que la aplicación subsidiaria del Estatuto de los Trabajadores, como ya hemos apuntado, tampoco resuelve el asunto puesto que no contiene regulación sobre duración máxima de la jornada de trabajadores menores de edad más allá de la duración máxima de 8 horas ya referenciada⁶¹. Este límite en ocasiones no casa muy bien con la especialidad de la relación laboral a la que se aplica.

Para computar la duración máxima de la jornada regulada en el artículo 8.2 del RD 1435/1985 habrá que estar a lo dispuesto en los contratos individuales o convenios colectivos. En el caso de los menores de edad debemos contemplar la autorización de la Autoridad Laboral donde debieran constar normas concretas sobre la ejecución de la prestación de trabajo del niño y sus límites⁶². Entonces ¿a qué normas puede acudir la Autoridad laboral para fijar esta duración? Se echa en falta que tanto el Real Decreto 1435/1985 como los principales conve-

⁵⁸ Vid. DOLZ LAGO, M. J.: «La relación laboral de carácter especial de los artistas de espectáculos públicos», *Revista de Derecho Privado*, febrero, 1983, Madrid, p. 147.

⁵⁹ Advierten Benítez y Ettlín que dentro del propio tiempo de trabajo dedicado a esta actividad deberemos tener en cuenta audiciones, presentaciones, ensayos, o actividades de promoción. BENÍTEZ, E. y ETTLÍN, E.: «Los menores como trabajadores en el mundo del arte y del espectáculo», *Derecho Laboral*, núm. 210, 2003, p. 253.

⁶⁰ El artículo 12 del Real Decreto 1435/1985 dispone que la supletoriedad del ET sólo actúa en el caso «de que la legislación laboral común sea compatible con la naturaleza jurídica especial de las mismas».

⁶¹ El artículo 34.3 ET establece que los menores de dieciocho años nunca pueden trabajar más de ocho horas diarias.

⁶² El artículo 2 del Real Decreto 1435/1985 dejaba en manos de la Autoridad laboral la fijación de las condiciones de trabajo, por lo que se deduce que el menor artista y el empresario deben trasladar al contrato las exigencias que establezca la Autoridad laboral en relación a la duración de la jornada de trabajo del menor de dieciséis años.

nios colectivos del sector se actualicen y entren a ordenar el tiempo de trabajo de los menores de edad que intervienen en espectáculos públicos⁶³.

La Comunidad de Madrid, por ejemplo, dispone que se denegarán todas aquellas autorizaciones que incluyan «Jornadas superiores a 8 horas de trabajo efectivo. Se debe garantizar un descanso mínimo de 30 minutos diarios. Se debe procurar que la intervención no coincida con el horario escolar del menor». En Cataluña, por su parte, para que los menores puedan ser autorizados a trabajar tienen que cumplir con unas limitaciones de horarios en función de la edad⁶⁴ y en Canarias solicitan además un informe favorable del tutor del centro donde el menor se encuentre escolarizado del no perjuicio de su rendimiento escolar⁶⁵.

Un aspecto muy importante en relación con los menores de edad que se dedican a los espectáculos públicos es la combinación entre la realización del trabajo y su asistencia a la escuela. Esto se hace especialmente difícil en espectáculos que se ejecutan de manera itinerante o donde se deben realizar desplazamientos y giras⁶⁶. En estas situaciones controlar el tiempo de trabajo de los menores de edad por parte de la Autoridad Laboral es aún más complicado. Un ejemplo de buenas prácticas en este sentido serían en este caso las ayudas públicas destinadas a pagar las clases a aquellos menores que realizan espectáculos públicos en estas circunstancias⁶⁷.

La regulación europea sí contiene como hemos visto una normativa más específica en relación al tiempo de trabajo de los menores de edad, pero, sin embargo, cuando en el artículo 5 regula la realización de actividades artísticas, publicitarias o de modelaje vuelve a remitir a las autorizaciones especiales para definir las condiciones de la ordenación del tiempo de trabajo de la prestación. En este caso, y ante el vacío legal existente Apilluelo Martín entiende

⁶³ Es tremendamente complicado encontrar algún convenio colectivo que recoja normas específicas sobre la jornada de menores de edad en el ámbito del espectáculo. En la mayoría de los casos se refieren a la Autoridad Laboral como organismo encargado de disciplinar y hacer cumplir las normas sobre tiempo de trabajo de los menores de edad.

⁶⁴ Se exigen para poder conseguir esta autorización cumplir con las siguientes restricciones en materia de horarios: «Limitaciones horarias por tramo de edad: Hasta 6 semanas: No se puede autorizar (descanso obligatorio de la madre), Hasta 6 meses: 20 minutos máximo en un periodo de 2 horas, De 6 meses a 2 años: 2 horas máximo en un periodo de 4 horas, De 3 a 6 años: 4 horas máximo en un periodo de 6 horas, De 7 a 12 años: 5 horas máximo en un periodo de 7 horas, de 13 a 16 años: 6 horas máximo en un periodo de 8 horas». Sería tan sencillo como adaptar estas exigencias o unas similares a la regulación convencional.

⁶⁵ <https://sede.gobiernodecanarias.org/sede/tramites/1016#>.

⁶⁶ GÓMEZ MUÑOZ, J. M.: *Las jornadas especiales de trabajo*, cit., pp. 281, 282 y 294.

⁶⁷ Resolución de 23 de julio de 2019, de la Secretaría de Estado de Educación y Formación Profesional, por la que se convocan subvenciones a empresas circenses para la atención educativa a la población itinerante en edad de escolarización obligatoria para el curso escolar 2019-2020. En la misma, se recoge un listado de empresas del circo donde hay menores de edad, que probablemente participen del espectáculo y a los que hay que dotar de una educación adecuada.

que lo que debe aplicar en estos casos es la regulación general contenida en el artículo 8 de la Directiva 94/33/CE⁶⁸.

Desde nuestro punto de vista la Directiva está regulando en ese artículo el tiempo de trabajo de los adolescentes, mayores de 13,14 o 15 años a los que les está permitido trabajar, pero no está pensado para el caso de los menores de edad que realizan actividades culturales, artísticas, deportivas o publicitarias. Es cierto que puede utilizarse como norma de referencia, aunque tampoco resuelve la complicada casuística de los niños que con asiduidad realizan espectáculos públicos. Entre otros ejemplos, porque la norma limita a dos horas diarias el trabajo de los menores durante los periodos escolares y fuera de las horas lectivas. Un niño que vaya a un rodaje o que participe en una función es raro que sólo deba cumplir con dos horas de trabajo.

b') *Jornadas de trabajo infantiles encubiertas*

Pensamos que la rigidez con la que el legislador en España ha regulado el trabajo infantil y con ello la ordenación del tiempo de trabajo, lejos de servir como medida disuasoria para la eliminación del mismo, ha provocado el efecto contrario, es decir, una desprotección del colectivo. Y ello porque existen en la práctica menores de edad, es cierto que muchos de ellos casi adolescentes ya, que están inmersos en el desempeño de actividades que les exigen una dedicación temporal similar a la que tendrían si desempeñaran una actividad remunerada, pero que quedan excluidos del marco jurídico de protección de las normas laborales en tanto que la prestación que realizan no es reconocida como tal.

No estamos refiriendo, por ejemplo, a los menores que tocan instrumentos, que se dedican a la práctica deportiva «amateur» o a aquellos que se han convertido en protagonistas en las redes sociales. También encontramos, no con poca frecuencia, a menores atendiendo negocios familiares ya sea en el campo o en pequeños negocios, así como menores de edad realizando trabajos domésticos⁶⁹. Pensemos, por ejemplo, en aquellos menores que realizan actividades como cuidar niños, repartir periódicos, la participación en programas o *reality show*, la actividad deportiva, especialmente la alta competición, los torneos de videojuegos online o la aparición como protagonistas de canales en plataformas de internet o en Redes Sociales.

⁶⁸ APILLUELO MARTIN, M.: *La relación de trabajo del menor de edad*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1999, p. 314.

⁶⁹ Las noticias de prensa alertando sobre la existencia de trabajo infantil oculto acompañan las cifras publicadas por la Organización internacional del Trabajo.

En algunas ocasiones estas actividades se regularizan a través de precontratos de trabajo, aunque la Doctrina ya ha alertado en numerosas ocasiones de los peligros que ello entrañaría y la Jurisprudencia los ha declarado nulos⁷⁰. Como bien identifica Sempere Navarro se trata del supuesto en el que «una entidad (deportiva o de otra índole) detecta la existencia de un menor (a veces de sólo 9 o 10 años) con aparentes dotes para convertirse más adelante en destacado (y cotizado) profesional. Los padres (o tutores) del menor aceptan que se integre en un programa específico de preparación específica (fútbol, música, informática, etc.), combinado con los estudios obligatorios, todo financiado por la entidad; a veces alguno de los progenitores recibe empleo, vivienda o ventajas de otro tipo [...]». El autor se pregunta en este caso si el precontrato podría servir para regularizar estos casos⁷¹.

Desde nuestro punto de vista el verdadero problema está en que muchas de estas prácticas en nuestra sociedad se llevan a cabo a través de otros mecanismos (fichas federativas, becas de formación, acuerdos con plataformas digitales o simplemente mera connivencia o mandato entre padres e hijos) que encubren verdaderas jornadas asimiladas a las de trabajo pero sin control alguno en cuanto a su duración y por supuesto, sin recibir remuneración por ello⁷².

Las meritadas «aficiones» suelen ocupar mucho tiempo de ocio de los niños que las practican y en muchas ocasiones estos hobbies llegan incluso a poder acaparar el tiempo que el menor debe estar en la escuela. Muchas de estas tareas podrían ciertamente, considerarse como trabajos ligeros a la luz de lo regulado en la Directiva europea e internacional y, por ende, podrían ser realizados por menores de edad sin que su realización tuviera que perjudicarles necesariamente. Sin embargo, como decimos, en nuestro país no está contemplado⁷³.

⁷⁰ FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J. M.: «Precontratos de deportistas menores de edad», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2013 (BIB 2013\554). La sentencia referencia en este caso es la Sentencia de la sala 1.ª del Tribunal Supremo, de 5 de febrero de 2013.

⁷¹ SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Precontratos de trabajo infantiles (y millonarios)», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 744, (BIB 2007/3028).

⁷² Resulta muy interesante en este contexto el análisis realizado por Baviera Puij sobre el trabajo de las *au pair*, puesto que en algunos países podría llevarse a cabo por menores de 16 años si la legislación interna del país lo permite. BAVIERA PUIG, I.: «La experiencia “au pair”: entre el intercambio cultural y el trabajo doméstico encubierto», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 216, 2019, (BIB 2019\1434).

⁷³ Hay otros países de la Unión Europea como, por ejemplo, Dinamarca que en su Informe a la Comisión a los cinco años de la publicación de la Directiva informaban que «hasta un 71 % de los jóvenes de entre 13 y 17 años realiza trabajos ligeros en su tiempo de ocio». Esto en nuestro país no se permite. *Vid.* Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la aplicación de la Directiva 94/33/CE relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo (COM/2004/0105 final).

En realidad, en muchos casos sí encubren un trabajo infantil por lo que, si se realiza, a pesar de las prohibiciones existentes, debería estar controlado. Especialmente en lo referido a las jornadas de trabajo, puesto que como hemos visto, es la ordenación del tiempo de trabajo uno de los factores que más inciden en el desarrollo psico-físico de los niños y que puede causarles unos mayores perjuicios para su salud y su educación. Bastaría con que se aplicaran las disposiciones sobre tiempo de trabajo recogidas en la Directiva para asegurar una protección adecuada a estos menores.

En el caso de los menores en espectáculos públicos se ha producido un gran avance con la publicación del Real Decreto-ley 5/2022 de 22 de marzo ya que amplía el ámbito de aplicación del Real Decreto 1435/1985 de 1 de agosto que regulaba la relación laboral de los artistas en espectáculos públicos. Esta nueva norma incluye como sujetos de dicha relación laboral a aquellos creadores que «realizan su trabajo en el entorno web y las nuevas fórmulas de difusión»⁷⁴. De esta manera, se arroja un poco de lucidez y quizá un nuevo ámbito de protección para aquellos menores que realizan su actividad productiva en canales online o en Redes Sociales y que hasta ahora, con la interpretación estricta de espectáculo público contenida en el Real Decreto, quedaban indefensos.

b) DESCANSO INTRA Y ENTRE JORNADAS

La Recomendación número 146 sobre la edad mínima de admisión al empleo de la OIT también recoge en el punto 13 la obligatoriedad de un descanso entre jornadas de, como mínimo, doce horas consecutivas y el disfrute de un periodo de vacaciones de al menos cuatro semanas.

Por su parte la normativa europea y la española coinciden a la hora de regular el descanso entre jornadas de los menores de edad. Ambas disciplinan una pausa obligatoria de media hora para los trabajadores menores de dieciocho años cuando su jornada se extienda más de cuatro horas y media de trabajo. La única diferencia que añade la Directiva es que los treinta minutos de descanso «a ser posible» deben ser «consecutivos», pero no lo impone como condición obligatoria. Ninguna de las normas diferencia entre menores de 16 años o menores de 18 años por lo que entendemos que se aplica al trabajo de cualquier menor de edad.

⁷⁴ Disposiciones generales *apartado b)* del Real Decreto-ley 5/2022 de 22 de marzo por el que se adapta el régimen de la relación laboral de carácter especial de las personas dedicadas a actividades artísticas, así como las actividades técnicas y auxiliares necesarias para su desarrollo, y se mejoran las condiciones laborales del sector.

Sin embargo, sí debemos destacar que la Directiva contiene una regulación diversa a la española en el caso de los descansos entre jornadas. El legislador patrio regula un descanso de doce horas para cualquier trabajador sin tener en cuenta la edad (art. 34.3 ET). Por su parte la Directiva 94/33/CE incluye un descanso entre jornadas de catorce horas sólo para los niños de al menos catorce años que realizan trabajos ligeros y a los que están en régimen de formación o prácticas (art. 10). Por último, los adolescentes (mayores de 15 años) en cualquier caso deben disfrutar de periodos de descanso obligatorio entre jornadas de doce horas consecutivas por cada período de veinticuatro. Por lo tanto, coincide con el regulado por la norma estatutaria nacional.

Lo que sí permite la Directiva es que para los menores de 15 años que ya no estén sujetos a escolaridad obligatoria el descanso entre jornada pueda ajustarse en sectores como la navegación o pesca, fuerzas armadas o policía, hospitales o establecimientos similares, agricultura, turismo u hostelería, restaurantes y cafeterías.

Sin embargo, se olvida de regular descanso entre jornadas para aquellos niños contratados para actividades artísticas, deportivas, culturales o publicitarias o de agencias de modelos siendo éstos quizá los que más necesiten el descanso pues pueden trabajar con una edad inferior a los adolescentes. De nuevo se deja en manos de los autorizantes la regulación de estas cuestiones.

c) DESCANSO SEMANAL

El Convenio 138 de la OIT y su recomendación de desarrollo apenas hacen referencia alguna al descanso semanal. Simplemente menciona la necesidad de que se respeten los días habituales de descanso semanal⁷⁵.

La directiva 94/33/ CEE regula periodos de descanso de un mínimo de 2 días de descanso, a ser posible consecutivos, por cada periodo de 7 días de trabajo. Si se trata de menores a partir de 15 años no sujetos a escolaridad obligatoria se puede reducir a un día y medio. Uno de los días de descanso que recoge es el domingo, aunque los Estados Miembros pueden cambiarlo⁷⁶. Cuando el artículo 10.2 de la Directiva regula el régimen de descanso de los niños, sólo hace referencia al supuesto de los niños que ejecutan trabajos ligeros o están en

⁷⁵ En este sentido el Convenio sobre el descanso semanal (comercio y oficinas), 1957 (núm. 106) dispone que los trabajadores que hayan trabajado durante siete días tendrán un derecho al descanso de al menos 24 horas, tiempo este insuficiente cuando quien trabaja es un menor de edad.

⁷⁶ IGARTUA MIRÓ, M. T. y MARÍN ALONSO, I.: «Prohibición de trabajo infantil y protección del trabajo de los jóvenes en la Constitución Europea», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 57, 2005, p. 540.

régimen de formación (sujetos al artículo 4.2 *b*) y *c*)) y también se refiere a los adolescentes.

La legislación interna en este caso es más rigurosa pues regula en el artículo 37 del ET un descanso semanal de al menos dos días consecutivos para cualquier trabajador menor de dieciocho años. Por lo tanto, la regulación del descanso contenida en este artículo no admite modificaciones, se debe aplicar el descanso todas las semanas y durante dos días ininterrumpidos ⁷⁷.

En el caso especial de menores que desempeñan prestaciones permitidas en nuestro país, es decir, los menores que participan en espectáculos públicos tampoco se contienen disposiciones *ad hoc* sobre sus tiempos de descanso, a pesar de tratarse de una cuestión fundamental dadas las particularidades de las representaciones artísticas ya que muchas tienen lugar durante los días de descanso «regulares» del resto de los trabajadores. Parece, por tanto, que el ámbito de los espectáculos públicos escaparía del ámbito de aplicación sobre las normas estatutarias de descanso semanal ⁷⁸.

La única ordenación recogida en el Real Decreto 1435/1985 es de carácter general y para cualquier trabajador incluido en el ámbito de aplicación de la norma. A saber, el descanso no puede coincidir con el día que se realiza la prestación ante el público. Si el descanso no puede ser ininterrumpido, se podrá fraccionar respetando, en todo caso, un descanso mínimo ininterrumpido de veinticuatro horas. Lo que se permite es que por pacto individual o colectivo el disfrute del descanso semanal se acumule por períodos de hasta cuatro semanas. Pero estas excepciones entendemos que nunca podrán ser aplicadas a los menores de edad pues atentarían contra la salud del menor. Reiteramos de nuevo la inexistencia de preceptos aplicables a este supuesto en la Directiva 94/33/CE ya que no tiene en consideración al ordenar el tiempo de trabajo de los jóvenes a los menores que desempeñan actividades culturales, deportivas, publicitarias artísticas o de modelaje ya que sólo se refiere a los adolescentes.

El problema es que en el caso de los menores de dieciséis años que participan o intervienen en espectáculos públicos, el tiempo de trabajo suele ejecutarse los fines de semana que es el periodo de descanso semanal escolar. Si durante el fin de semana está trabajando, ¿cuándo descansa? La Administración laboral de nuevo será la encargada de ordenar cada uno de esos periodos.

⁷⁷ MONTROYA MELGAR, A.; GALIANA MORENO, J. M.; SEMPERE NAVARRO, A. V; RÍOS SALMERÓN; B.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Aranzadi, Madrid, 2005, p. 57.

⁷⁸ BAYON CHACÓN, G. y PÉREZ BOTIJA, E.: *Manual de Derecho del Trabajo (Volumen II)*, Marcial Pons, 10.ª ed., Madrid, 1977, p. 455.

d) DESCANSO ANUAL

Uno de los aspectos fundamentales en la vida de un trabajador, especialmente si éste es un menor de edad es el disfrute de las vacaciones. Se trata de un derecho irrenunciable y que tiene como objetivo principal proteger la salud del trabajador otorgándole anualmente un periodo largo de descanso. Así, «la sustitución del negocio por el ocio prolongado durante un periodo de cierta duración tiene efectos psíquicos hoy reconocidos como saludables»⁷⁹. Mucho más necesarios en el caso de tratarse de trabajadores menores de edad⁸⁰.

Las normas internacionales sobre las vacaciones de los menores de edad se encuentran reguladas de nuevo en el punto 13 de la Recomendación 146 de la OIT donde se exige a los firmantes que el disfrute de un periodo de vacaciones conste de al menos, cuatro semanas. Otra Recomendación relevante en materia de descanso anual es la Recomendación sobre las vacaciones pagadas, 1954 (núm. 98) en cuyo párrafo 10 añade que los jóvenes trabajadores menores de 18 años deberían disfrutar de un período de vacaciones anuales pagadas de mayor duración que el mínimo previsto en el párrafo 4 (que regula unas vacaciones anuales obligatorias de por lo menos dos semanas)⁸¹.

Por su parte, la Directiva europea 94/33/CEE sobre el trabajo de los jóvenes ya comprobamos que permitía que los menores realizaran jornadas de 7 y 8 horas cuando se encontraban en periodos no lectivos, que en el caso de los menores de edad coincide con los periodos de vacaciones escolares. Además, en su artículo 11 regula el descanso anual de aquellos menores a los que se les permite trabajar⁸². Llama la atención que la norma no haga referencia a unos días concretos de vacaciones anuales, sino que simplemente recoja la obligatoriedad de que exista «un período libre de todo trabajo en las vacaciones es-

⁷⁹ ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.^a E.: *Derecho del trabajo*, Aranzadi, 24.^a edición, Madrid, 2006, p. 346.

⁸⁰ Exponen en su estudio Raúl Fraguela Vale, Juan José Lorenzo Castiñeiras, Tania Merelas Iglesias, Lara Varela Garrote que «La duración de las vacaciones escolares es percibida como suficiente por los progenitores, independientemente de sus niveles de conciliación. También muestran un alto grado de satisfacción con el horario escolar y consideran que los períodos vacacionales están bien distribuidos, estando ambas variables positivamente correlacionadas con la conciliación». Vid. FRAGUELA VALE, R.; LORENZO CASTIÑEIRAS, J. J.; MERELAS IGLESIAS, T.; VARELA GARROTE, L.: «Tiempos escolares y conciliación: análisis de familias con hijos en Educación Secundaria Obligatoria (12-16 años)», *Revista de investigación educativa*, Vol. 31, núm. 2, 2013, pp. 430 a 446.

⁸¹ OIT: «Garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro», Conferencia Internacional del Trabajo, 107. A, Reunión, 2018, p. 125, (ILC.107/III/B). En el meritado estudio se recoge por ejemplo que la legislación de Suiza establece que los empleados menores de 20 años tienen derecho a cinco semanas de vacaciones al año y a partir de los 20 años, a cuatro semanas de vacaciones anuales.

⁸² De nuevo se refiere a la excepción contenida en el apartado 4.2, letras b y c, es decir los menores de edad que realizan trabajos ligeros o que están en régimen de formación o prácticas.

colares de los niños sujetos a la escolaridad obligatoria a tiempo completo», sin definir nada más⁸³.

En este sentido Ruano Albertos entiende que para los niños artistas la norma de referencia que debe aplicar la Autoridad Laboral es la Directiva europea sobre la ordenación del tiempo de los niños. Sin embargo, la regulación de las vacaciones incluida en la Directiva 94/33/CE se refiere concretamente al supuesto especial del artículo 4.2 letras b) y c) (niños menores de quince años que realizan trabajos ligeros o que están en régimen de formación o prácticas) y no a la excepción del artículo 5 (niños menores de quince años que pueden ser contratados para actuar en actividades artísticas, deportivas, culturales y publicitarias). Por ello, como ya hemos reiterado en el caso de la duración de la jornada de trabajo no estamos seguros de que la Directiva 94/33/CE pueda aplicarse a estos casos porque no se refiere al supuesto de menores que intervienen en espectáculo público.

No resulta más prolija en este aspecto la legislación nacional puesto que el Estatuto de los Trabajadores en su artículo 38 no recoge ninguna disposición adicional a las vacaciones de los trabajadores menores de edad⁸⁴. El artículo reconoce un descanso anual de 30 días naturales para todos los trabajadores. La norma no resuelve los problemas que pueden derivarse del solapamiento entre las vacaciones laborales y las escolares como es el caso de los menores que intervienen o participan en espectáculos públicos. Ni tampoco qué ocurre con el derecho al descanso del niño que trabaja durante sus vacaciones de verano ¿descansa lo suficiente?

Por último, en el caso del disfrute de las vacaciones de trabajadores menores de edad también es relevante que el menor conozca su derecho a la retribución de las mismas en el caso de que éstas no hubieran podido disfrutarse efectivamente por haber finalizado la relación laboral⁸⁵.

⁸³ RUANO ALBERTOS, S.: «Determinados aspectos de la Directiva 94/33/CE del Consejo, de 22 junio 1994, sobre la protección de los jóvenes en el trabajo: la ordenación del tiempo de trabajo. Su reflejo en nuestra normativa», *Aranzadi social*, núm. 5, 2001, p. 1310.

⁸⁴ El derecho a unas vacaciones remuneradas aparece recogido en el ET como consecuencia del mandato constitucional recogido en el artículo 40.2 CE con la finalidad de que el trabajador pueda disponer de un tiempo de descanso y libertad para desarrollar su personalidad del modo que estime más conveniente. *Vid.* RAMOS QUINTANA, M. I.: «Los descansos laborales», en AA. VV. (APARICIO TOVAR, J. y LÓPEZ GANDÍA, J. (Coord.): *Tiempo de trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2007, p. 131.

⁸⁵ Recordemos en este sentido las sentencias del TJUE donde se reconoce el derecho a la retribución de las vacaciones no disfrutadas aunque el trabajador no las hubiera solicitado una vez finalizada la relación laboral (TJUE 6 noviembre 2018 (TJCE 2018, 252) S. W. K. y Land Berlín) como en el caso de fallecimiento del trabajador donde serían sus causahabientes los beneficiarios de esas cantidades (TJUE 6 noviembre 2018 (TJCE 2018, 246) , Stand Wuppertal y M. E. B. y TWI Technische Wartung und Instandsetzung V. W. eK y M. B). *Vid.* FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, Ó.: «Fuentes de derecho del trabajo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 219, 2019, pp. 19 a 42.

La cuadratura del círculo en estos casos vendrá provocada por el vacío legal en el que también incurre el artículo 9.3 del RD 1435/1985 que regula el período de vacaciones que disfrutarán los artistas en espectáculos públicos. Según reza el precepto «los artistas en espectáculos públicos tendrán derecho a unas vacaciones anuales retribuidas, cuya duración mínima será de treinta días naturales».

Lo importante en estos casos será que los niños puedan disfrutar del descanso suficiente para afrontar el curso escolar venidero pero que a su vez puedan cumplir con las exigencias de la prestación laboral que se han comprometido a desempeñar. Si no se pudiera garantizar un descanso adecuado a estos menores de edad, la Autoridad Laboral no les debería permitir realizar espectáculos públicos en periodo estival puesto que encontraríamos en estos supuestos, menores de edad que no han descansado durante el período convenido y que no podrán disfrutarlo.

e) HORAS EXTRAORDINARIAS

Las normas internacionales del trabajo y el legislador nacional prohíben que los menores de 18 años realicen horas extraordinarias⁸⁶. Por su parte, la Directiva 94/33/CEE lo único que recoge sobre las horas extraordinarias es en su Considerando inicial donde dispone que hay que limitar el tiempo de trabajo de los menores de edad y que no deben usarse horas extraordinarias. Sin embargo, en la parte dispositiva no recoge la prohibición de realizar horas extraordinarias⁸⁷. Algún autor sin embargo ha entendido que un trabajador menor de edad podría realizar horas extraordinaria si se tratara de «casos extremos y si absolutamente necesario»⁸⁸. En sentido contrario Arias Domínguez entiende que «la prohibición de realizar horas extraordinarias abarca tanto las estructurales, como las destinadas a prevenir o reparar siniestros». Y ello porque se trata de una norma de derecho necesario⁸⁹.

Lo que silencia la legislación es la posibilidad de que los menores de edad puedan realizar horas complementarias para prolongar la jornada. Martínez Yañez entiende que los menores de edad sí podrán realizar horas comple-

⁸⁶ El punto 13 de la Recomendación 146 de la OIT y el artículo 6.3 ET prohíben realizar horas extraordinarias a los menores de dieciocho años.

⁸⁷ RUANO ALBERTOS, S.: «Determinados aspectos de la Directiva 94/33/CE del Consejo, de 22 junio 1994, sobre la protección de los jóvenes en el trabajo: la ordenación del tiempo de trabajo. Su reflejo en nuestra normativa», *cit.*, p. 1309.

⁸⁸ ALFONSO MELLADO, C. L.: «Las horas extraordinarias» en APARICIO TOVAR, J., y LÓPEZ GANDÍA, J. (Coord.): *Tiempo de trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2007, p. 76.

⁸⁹ ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: «Trabajo decente y trabajo de los menores (II)», *cit.*, p. 323.

mentarias si no sobrepasan el límite máximo exigido de horas diarias⁹⁰. Aunque es cierto que la legislación no impide la realización de esas horas por parte de los trabajadores menores de edad, no tendría sentido que las horas complementarias pudieran permitirse.

En el caso de los menores en espectáculos públicos el RD 1435/1985 tampoco contiene unas normas sobre la prohibición de las horas extraordinarias. Por lo tanto, y dada la supletoriedad del ET (art. 12 RD 1435/1985), la prohibición de realizar horas extraordinaria (art. 6.3 ET) alcanza también a los menores de edad que participen en espectáculos públicos.

En relación con las horas extraordinarias realizadas por los menores de edad lo relevante es recordar que con independencia de las sanciones que se le pueden imponer a la empresa por su incumplimiento, ésta debe de remunerarlas (las horas extras) a pesar de su prohibición una vez ejecutadas⁹¹.

La realidad es que las limitaciones del tiempo de trabajo de los menores de edad buscan como objetivo principal la protección de la salud de estos trabajadores por lo que pensamos que éstas también deberían prohibirse.

f) TRABAJO NOCTURNO

La mayor onerosidad que implica el trabajo nocturno justifica que el legislador haya limitado su ejecución para los trabajadores menores de edad. El Convenio 79 de la OIT sobre trabajo nocturno de menores (trabajos no industriales) prohíbe su realización para cualquier niño por debajo de los 14 años entre las 8 de la tarde y las 8 de la mañana. También la norma comunitaria sobre trabajo de los jóvenes regula esta circunstancia, aunque de manera más laxa que la OIT. Es cierto que el precepto comunitario que regula al trabajo nocturno tiene como destinatarios a los adolescentes (mayores de 15 años). De este modo el artículo 9.1.b) de la Directiva 94/33/CE, dispone que los Estados Miembros deben tomar medidas «para prohibir el trabajo de los adolescentes entre las diez de la noche y las seis de la mañana o entre las once de la noche y las siete de la mañana».

El ET por su parte dispone que un trabajador realiza trabajo nocturno cuando al menos tres horas o más de su jornada diaria o un tercio de su jornada anual de trabajo se realizan en horario nocturno. El desempeño de prestación

⁹⁰ MARTÍNEZ YAÑEZ, N. M.: «Disponibilidad horaria y trabajadores menores de edad», *cit.*, p. 442.

⁹¹ SEMPERE NAVARRO, A. V.: «El marco jurídico de las "horas extras"», *Aranzadi Social*, núm. 17, 2001 (BIB 2001\1597).

en horario nocturno está prohibida para los menores de edad puesto que supondría un grave riesgo principalmente para la integridad física de los niños⁹².

Sin embargo, hay ciertos trabajos cuya realización por lo menores podría tener que desempeñarse en horario nocturno por necesidades de la prestación, ello ocurre con los menores que participan en espectáculos públicos⁹³. De este modo, colisionan el contenido de los artículos 6.2 y 6.4 del Estatuto de los Trabajadores⁹⁴. La legislación internacional y comunitaria sí atienden a esta realidad, aunque su redacción resulta realmente confusa por lo que se hace difícil su aplicación en la práctica laboral.

La Recomendación 146 de la OIT regula en su artículo 5 el contenido de los permisos para que los menores de catorce años puedan trabajar en espectáculos públicos en horario nocturno⁹⁵. El permiso no debía concederse para más de tres noches a la semana y el trabajo no podía extenderse más allá de las diez de la noche «o si lo hacía, concederse un descanso de dieciséis horas consecutivas. La Directiva europea 94/33/CE en su artículo 9.2 a) permite excepciones a la prohibición del trabajo nocturno de adolescentes, excepción esta que reitera en el párrafo final del mismo artículo⁹⁶. Esta excepción sí va dirigida a un conjunto de actividades entre las que se incluyen las actividades de carácter cultural, artístico, deportivo o publicitario, por lo que se deduce que el legislador entiende que se puede realizar excepciones en este ámbito⁹⁷.

A pesar de estas excepciones parece que la única posibilidad que existiría en España para que un menor de edad trabajara en espectáculos públicos en horario nocturno, sería su habilitación a través de la autorización otorgada por la Autoridad Laboral.

⁹² STSJ Aragón (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), sentencia de 22 diciembre 1994 (RJCA 1994\621) donde el Tribunal recuerda que «la protección de los menores se refleja en el ordenamiento laboral, entre otras manifestaciones, en la prohibición de encomendarles trabajos nocturnos». Especial atención presta a este asunto LOPEZ CUMBRE, L.: «El trabajo prohibido», en DE LA VILLA GIL, L. E. (Coord.): *El Trabajo*, Ceura. Madrid, 2011, pp. 431 a 464.

⁹³ Ello a pesar de que el artículo 57 Reglamento 2816/1982, sobre espectáculos públicos, que impide la participación de menores de dieciocho años en este período de tiempo

⁹⁴ ALZAGA RUIZ, I.: «Artículo 6. Trabajo de los menores», en AA. VV. (CRUZ VILLALÓN, J., GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I., GOERLICH PESET, J. M. y MERCADER UGUINA, J. R. (Dirs.): *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Lex Nova, 2.ª ed., Valladolid, 2012, p. 78.

⁹⁵ Los permisos estaban destinado a aquellos menores que pertenecieran a centros de formación artística, por lo que se presumen que dedican gran parte de su tiempo a esa actividad.

⁹⁶ Los Estados Miembros puedan autorizar, por vía legislativa o reglamentaria, el trabajo de adolescentes durante el período de prohibición de trabajo nocturno a que se refiere el artículo 9.1.b) es decir, durante el período de prohibición de trabajo nocturno (entre las diez de la noche y las seis de la mañana o entre las once de la noche y las siete de la mañana).

⁹⁷ PALOMINO SAURINA, P.: «Estudio comparativo del trabajo infantil en España y Portugal», *cit.*, p. 1636.

Después de estudiar el régimen jurídico del tiempo de trabajo de los menores de edad parece que tanto el legislador nacional como el europeo no han culminado con éxito la labor normativa en este ámbito. Es cierto que no hay mayor protección que la prohibición o reducción del trabajo infantil pero no lo es menos la existencia de determinadas actividades productivas que son desempeñadas por niños o adolescentes, aunque no sea de manera habitual. Por ello, dejar que sean las diversas Autoridades Laborales de las Comunidades Autónomas las que asuman una tarea regulatoria de este calado nos parece como poco un acto de cierta imprudencia y cuyas repercusiones pueden impactar de manera muy negativa en los menores de edad que presten servicios retribuidos de algún tipo.

3. TIEMPO PARA LA FORMACIÓN

Cuando hablamos de formación de los trabajadores podemos hacerlo desde diversas perspectivas. La formación puede ser entendida como aquella necesidad de instruir de manera continuada a los trabajadores para que puedan adaptarse a los nuevos modelos de trabajo que a su vez les permitan dilatar de manera más exitosa sus carreras profesionales⁹⁸. Esto resulta fundamental ante las elevaciones de la edad de jubilación que se proponen para hacer frente al problema de envejecimiento que sufre la población española y europea⁹⁹. El tiempo de trabajo en los contratos de formación también resulta conectado con las normas de ordenación del tiempo de trabajo a las que nos hemos referido con anterioridad. Sin embargo, por tratarse de una materia específica de otro capítulo de esta obra no vamos a hacer alusión a los mismos en este apartado¹⁰⁰.

Lo que interesa al objeto de este estudio, tratándose este capítulo sobre el tiempo de trabajo infantil, es poner el foco de atención en la forma-

⁹⁸ SELMA PENALVA, A.: «El cada vez más amplio papel que las ETT desempeñan en la formación profesional de los trabajadores más jóvenes», *Revista de Información Laboral*, núm. 3, 2015 (BIB 2015\1025).

⁹⁹ Al respecto *Vid.* VAQUERO GARCÍA, A.: «La inversión en educación y formación como respuesta a la discriminación laboral por razón de la edad», en CABEZA PEREIRO, J. (DIR.), BALLESTER PASTOR M. A. (DIR.); FERNÁNDEZ PRIETO, M. (DIR.): *La relevancia de la edad en la relación laboral y de Seguridad Social*, Aranzadi Thomson Reuters, 2009, España, pp. 109-118.

¹⁰⁰ Rodríguez Romero aborda una interesante reflexión acerca de los contratos formativos tras la reforma estatutaria realizada por el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre donde señala entre otras cuestiones la reducción de la duración de tiempo de los contratos formativos y la importancia que para la autora tiene el hecho de que los contratos formativos puedan realizarse a tiempo parcial. RODRÍGUEZ ROMERO, R.: «Los contratos formativos a la luz del RDL 32/2021: un necesario cambio de modelo con resultados aún inciertos», Briefs de Reforma Laboral, AEDTSS, 2022. <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/rosa-rodriguez.pdf>.

ción entendida como aquella actividad realizada por el menor, ya sea dentro del ámbito educativo como fuera del mismo, que permite al niño obtener las competencias adecuadas para el acceso al mundo laboral ¹⁰¹.

A) El tiempo dedicado a la educación

«¿Qué es la educación? Procurar y provocar de tal modo el desenvolvimiento de las facultades que integran al hombre, que éste pueda vivir como tales personas. [...]» ¹⁰². La educación también aparece como una de las vías más importantes que existen para erradicar el trabajo infantil ¹⁰³. Se debe intentar que todos los menores de quince años estén escolarizados y que los Estados derriben las barreras, especialmente económicas, que impidan a los niños disfrutar de su derecho a la educación ¹⁰⁴.

No debemos olvidar que los hogares, aunque cada vez más las escuelas deben ser los lugares donde los menores de edad formen una conciencia crítica y adquiera unos valores que les permitan organizar su futura vida laboral ¹⁰⁵.

Uno de los problemas más relevantes en relación con la educación escolar obligatoria es que la organización escolar se ha visto tremendamente influenciada por la organización del trabajo y de las cadenas de montaje. De este modo, en los colegios el tiempo y el espacio se utilizan como herramientas de formación «de individuos productivos y disciplinados para una sociedad pro-

¹⁰¹ De este modo evitaremos que en el futuro puedan convertirse en lo que el Profesor Hierro ha denominado como «las personas olvidadas». HIERRO HIERRO, F. J.: «Protección social de contenidos vulnerables», en AAVV: *Digitalización, recuperación y reformas laborales* (XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social), Ministerio de Trabajo, 2022, p. 164.

¹⁰² BUYLLA Y G. ALEGRE, A.: «El contrato de trabajo», Conferencias (Curso 1909), Asociación Internacional para la protección de los Trabajadores, Sección española, núm. 12, 1909, p. 9.

¹⁰³ «El trabajo infantil a menudo se asocia con el abandono escolar de los niños. Un alto porcentaje de niños muy pequeños en situación de trabajo infantil son excluidos de la escuela a pesar de pertenecer al grupo de edad de enseñanza obligatoria. Más de tres cuartas partes de los niños de 5 a 11 años y más de un tercio de los niños de 12 a 14 años en situación de trabajo infantil no están escolarizados. Esto limita seriamente sus perspectivas de trabajo decente en la juventud y la edad adulta, así como su potencial para la vida en general. Muchos más niños en situación de trabajo infantil luchan por conciliar las exigencias académicas y el trabajo infantil, lo que compromete su educación y su derecho al ocio». OIT y UNICEF: «Trabajo infantil: Estimaciones mundiales 2020, tendencias y el camino a seguir», Resumen Ejecutivo, Ginebra, 2022, p. 7 (wcms_800301.pdf).

¹⁰⁴ QUINTANILLA NAVARRO, R. Y.: «Trabajo decente y trabajo de los menores (I)» en MONEREO PÉREZ, J. L.; GORELLI HERNÁNDEZ, J.; DE VAL TENA, Á. L. (Dir.), LÓPEZ INSUA, B. DEL M. (Coord.): *El Trabajo Decente*, Comares, Granada, 2018, p. 317.

¹⁰⁵ MALDONADO MONTOYA, J. P.: «Morfología de la relación laboral a la luz de la equidad entre sexos», *cit.*, p. 143.

ductiva y disciplinada», modelo éste que choca plenamente «con el modelo de sociedad del presente y el futuro cercano»¹⁰⁶.

Este modelo se completaba con la realización de deberes por parte de los niños provocando que los alumnos sufrieran unas jornadas de trabajo similares a las de los adultos¹⁰⁷. Esto ha desembocado en las críticas de muchas familias que se quejan por el elevado número de tareas que sus hijos debían realizar fuera del aula¹⁰⁸.

La configuración actual de los horarios de los colegios adolece de deficiencias varias entre las que se encuentran por ejemplo el exceso de horas lectivas y la pérdida de atención en los alumnos de Secundaria lo que provoca que, al desajustarse de los ritmos circadianos, los menores estén más cansados y coman muy tarde. Todo ello afecta negativamente al aprendizaje¹⁰⁹. Por lo que se refiere a los alumnos de primaria las amplias pausas en las horas del medio día resultan excesivas pues retrasan el inicio de las actividades de la tarde¹¹⁰.

Ciertamente, esta necesidad de permanencia en el centro obedece a las demandas de los progenitores que no pueden salir antes del trabajo para recogerlos. Un reciente estudio demuestra como un factor a tener en cuenta en relación con el horario escolar es la diferencia existente en nuestro país entre la hora oficial y la hora solar por la incidencia que puede tener este desajuste en el descanso de los menores¹¹¹.

Por lo tanto, nos encontramos con escuelas muy institucionalizadas pero que se veían incapaces de formar a los niños para afrontar en el futuro todas las

¹⁰⁶ ALEMANY MIRALPEIX, C.: «El espacio y el tiempo en la escuela», *Infancia: educar de 0 a 6 años*, núm. 153, 2015, p. 29. Insiste la autora en que la imposición del dominio del tiempo objetivo, cronológico y el espacio convencional de la clase, responden al modelo productivo al que iban encaminados los futuros trabajadores de cadenas de producción (p. 30).

¹⁰⁷ ROSALES LOPEZ, C.: «Tiempo escolar, tiempo de vida», *cit.*, p. 47.

¹⁰⁸ FIGUEROA IÑIGUEZ, M. J. y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, D.: «Los deberes escolares: incidencia en la vida de la comunidad escolar», *Revista Padres y Maestros*, núm. 358, 2014, pp. 44 a 48. Un reciente estudio sobre la relación sobre la implicación de la familia en la realización de los deberes en el que se demostraba que «Coincidiendo en que a mayor nivel de implicación parental (de ambas formas) mayor implicación motivacional y cognitiva de los alumnos». *Vid.* NÚÑEZ, J.; CARLOS PASCUAL, S.; SUÁREZ, N. y ROSARIO, P.: «Implicación familiar percibida e implicación de los niños en las tareas escolares al final de la Educación Primaria: un análisis de conglomerados», *Revista de Psicología y Educación*, 2021, 16(1), pp. 88 a 103.

¹⁰⁹ Fundación Bofill: «Propuesta de horarios escolares en clave de educación a tiempo completo», 2019, pp. 1 a 72, p. 5. De hecho, la jornada continua de mañana en la ESO provoca que muchos institutos cierren por las tardes lo cual afecta a un gran número de adolescentes sin ningún acompañamiento familiar y que además no participan de la oferta de actividades por las tardes debido a la falta de recursos.

¹¹⁰ *Ibíd.*

¹¹¹ GABALDÓN ESTEBAN, D.: «A deshora en la escuela», *Revista de Sociología de la Educación (RASE)*, núm. 3, 2021, p. 262.

oportunidades y desafíos globales¹¹². Para paliar esta realidad desde ya hace unos años se busca un cambio.

B) Su preparación para nuevos modos y tiempo de trabajo

a) NUEVOS MODELOS EDUCATIVOS

El desarrollo de los modelos educativos ha sido paralelo al de los desarrollos tecnológicos. Esto ha provocado que dichas tecnologías incidan directamente en los métodos de enseñanza donde aparecen nuevas modalidades y entornos educativos que a su vez generan los nuevos escenarios del aprendizaje¹¹³.

«Describir escenarios de aprendizaje propiciados por las TIC nos ayudará en el diseño y creación de ambientes de aprendizaje adecuados a las nuevas coordenadas espaciotemporales, a los nuevos objetivos educativos, etc., [...] Y estos nuevos escenarios pueden referirse, tanto al impacto que la introducción de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC) tiene en la enseñanza convencional, como a la configuración de nuevos escenarios para el aprendizaje»¹¹⁴.

Todo ello se desarrollará en lo que los especialistas han denominado «escuelas inteligentes»¹¹⁵. Las Escuelas Inteligentes son flexibles como lo es el mundo en el que vivimos, está flexibilidad incide directamente en la creación de su currículo, en su organización, en la distribución sobre sus tiempos y espacios y en su comunidad educativa¹¹⁶. Para poder implementar estos nuevos escenarios de aprendizaje van a ser fundamentales dos factores: el lugar donde se va a desarrollar y el tiempo y su flexibilidad para implementarlos¹¹⁷.

¹¹² COBO ROMANÍ, C. y MORAVEC, J. W.: *Aprendizaje Invisible. Hacia una nueva ecología de la educación*, Ediciones de la Universidad de Barcelona, 2011, p. 48.

¹¹³ DÍAZ MENDOZA, Y.; BAENA CASTRO MARCELO, A. y BAENA CASTRO, G. R.: «Nuevos escenarios de aprendizaje, un reto pedagógico», *Revista Atlante: Cuadernos de Educación y Desarrollo*, mayo, 2018. En línea: https://www.eumed.net/rev/atlante/2018/05/nuevos-escenarios_aprendizaje.html//hdl.handle.net/20.500.11763/atlante1805nuevos-escenarios-aprendizaje.

¹¹⁴ SALINAS, J.: «Nuevos ambientes de aprendizaje para una sociedad de la información». *Revista Pensamiento Educativo*, PUC Chile, núm. 20, 1.997, p. 81.

¹¹⁵ Hay otros autores que utilizan el concepto de «Escuela Activa» Vid. ROMERO CASTRO, M. y VERGARA TORRES, A.: «Ambientes virtuales de aprendizaje y metacognición un estudio bibliométrico en el contexto latinoamericano», *Papeles: Revista especializada de la Facultad de Ciencias de la Educación*, Universidad Antonio Nariño, núm. 11, 2014, p. 77.

¹¹⁶ BAZARRA, L. y CASANOVA, O.: *Directivos de Escuelas Inteligentes ¿Qué perfil y habilidades exige el futuro?*, SM, Biblioteca de Innovación Educativa, Madrid, 2013, pp. 23 y 53.

¹¹⁷ SALINAS, J.: «Nuevos ambientes de aprendizaje para una sociedad de la información». *Revista Pensamiento Educativo*, cit., p. 81. <https://www.ses.unam.mx/curso2008/pdf/Salinas.pdf>.

b) NUEVOS ESPACIOS PARA LA FORMACIÓN

También se han modificado los espacios donde se aprende. Aparecen en este escenario las aulas móviles y transparentes para que los lugares del colegio sean lo más parecido a los espacios en los que trabajarán en el futuro. Como ha señalado la Doctrina especializada «la escuela como espacio fijo y cerrado es una especie en vías de extinción»¹¹⁸.

Destaca de manera importante un estudio realizado en 2012 sobre las características del Aula del Futuro. El informe contó para su elaboración con la colaboración de todos los ministros de Educación de los países Miembros. A raíz del meritado trabajo la Unión Europea creó «The future Classroom Lab»¹¹⁹. El prototipo que se propone como Aula del Futuro «está formado por seis espacios de aprendizaje diferentes. Cada espacio destaca áreas específicas del aprendizaje y la enseñanza y ayuda a repensar diferentes puntos: el espacio físico, los recursos, los roles cambiantes del alumno y el profesor, y cómo apoyar los diferentes estilos de aprendizaje»¹²⁰.

En nuestro país ya se han realizado varios proyectos y concursos para crear estas aulas gracias a la labor realizada por el Instituto Nacional de Tecnologías Educativas y de Formación del Profesorado (INTEF).

c) NUEVOS TIEMPOS ESCOLARES

Los especialistas entienden que el tiempo escolar debe ser «la ocasión para la planificación y realización de las actividades educativas», pero que a su vez, se ha convertido en «un problema organizativo de primer orden, y de su correcta planificación y precisión dependerá la adquisición de los objetivos»¹²¹.

No es posible negar que la aparición de las nuevas tecnologías también genera un impacto directo en la unidad básica de tiempo (también conocido como clase) utilizadas hasta este momento en el ámbito educativo¹²². De este

¹¹⁸ *Ibíd.*, p. 31.

¹¹⁹ JØRUND HØIE, S.: «ITEC – Innovative Technologies for an Engaging Classroom», *Nordic Journal of Digital Literacy*, 2012, pp. 144 a 148. <https://doi.org/10.18261/ISSN1891-943X-2012-02-05>.

¹²⁰ El Laboratorio de Aulas del Futuro (FCL) en Bruselas fue creado en 2012 por European Schoolnet (EUN), los ministerios de educación que lo apoyan y varios socios de la industria, para ayudar a visualizar cómo las aulas convencionales y otros espacios de aprendizaje pueden ser reorganizados para apoyar los estilos cambiantes de enseñanza y aprendizaje. <https://fcl.eun.org/guidelines>.

¹²¹ LEÓN GONZÁLEZ, S.: «La importancia de la organización temporal en Educación Infantil: Rutinas», *Temas para la educación: Revista digital para profesionales de la enseñanza*, núm. 1, marzo, 2009, pp. 1 a 5, p. 1.

¹²² SALINAS, J.: «Nuevos ambientes de aprendizaje para una sociedad de la información». *cit.*, p. 83.

modo, «el tiempo se concibe como un instrumento al servicio del proyecto educativo, flexible y adaptable»¹²³.

A diferencia de lo que ocurre con la gran mayoría de los países de la Unión Europea, en España se mantiene el debate encima de la mesa sobre la aplicación de un horario continuado o no. En principio el horario continuado permite a los alumnos salir antes del colegio y dedicar la tarde a otras tareas (esto ya es una realidad en algunas CCAA como por ejemplo Andalucía). Frente a este, el horario partido obedece en su configuración a las necesidades de conciliación de la vida laboral y familiar de los progenitores¹²⁴.

Se hace urgente replantear, como ya se está haciendo desde las Instituciones, especialmente privadas, repensar la calidad y la cantidad del tiempo que nuestros niños pasan en el aula. Fundaciones como Mas Familia o la Comisión Nacional para la Racionalización de los Horarios Españoles trabajan activamente en nuestro país para conseguir que estas nuevas estrategias educativas se alineen con las llevadas a cabo por las empresas¹²⁵.

La nueva Ley de Educación busca dar seguridad jurídica a esta nueva realidad escolar¹²⁶. Por ello da libertad para que los centros educativos puedan adoptar «experimentaciones, innovaciones pedagógicas, programas educativos, planes de trabajo, formas de organización, normas de convivencia o ampliación del calendario escolar o del horario lectivo de ámbitos, áreas o materias»¹²⁷. Para ello propone, especialmente en la educación primaria que las competencias puedan aunarse en ámbitos. Se trata de trabajar conjuntos de materias relacionadas entre sí¹²⁸. Todo con la finalidad de flexibilizar los tiempos rígidos de trabajo en el aula para lograr una mayor eficacia en el aprendi-

¹²³ Fundación Bofill: «Propuesta de horarios escolares en clave de educación a tiempo completo», *cit.*, p. 3. fundaciobofill.cat/sites/default/files/Propuestadehorarios_250719.pdf.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 5. En algunas Comunidades Autónomas como la Valenciana se va a permitir incluso regímenes mixtos con jornadas continuadas y partidas en función del día de la semana. *Vid.* Orden 9/2022, de 25 de febrero, de la Conselleria de Educación, Cultura y Deporte, por la que se regulan las condiciones y el procedimiento de solicitud y de autorización de modificación de la jornada escolar en los centros sostenidos con fondos públicos de segundo ciclo de Educación Infantil y de Educación Primaria del sistema educativo valenciano. [2022/1629] (DOGV núm. 9287 de 28.02.2022) Ref. Base Datos 001624/2022.

¹²⁵ La Fundación Másfamilia nace en 2003 como una organización privada, aconfesional, profesional, independiente, sin ánimo de lucro y de carácter benéfico que aporta una metodología sencilla y eficaz para posibilitar los procesos de conciliación en las empresas grandes, medianas y pymes. Por su parte ARHOE-Comisión Nacional para la Racionalización de los Horarios Españoles es una entidad sin ánimo de lucro y declarada de utilidad pública, que nace en el año 2003, para la búsqueda de la conciliación de la vida laboral y familiar.

¹²⁶ Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

¹²⁷ Artículo 61 de la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

¹²⁸ Díez Prieto, A.: «Los cambios de la LOMLOE para este futuro», *Educación(nos)*, núm. 96, 2021, p. 4. También se expresa en la Exposición de Motivos de la LOMLOE.

zaje de los niños. «La rigidez es mala compañera para responder a la heterogeneidad, y nuestro sistema se ha caracterizado por un excesivo estancamiento»¹²⁹.

Y ello porque si queremos lograr un nuevo enfoque educativo esto debe unirse a una organización de horarios y espacios más flexibles, adaptados a las necesidades del alumnado. Es muy importante que los niños y jóvenes de hoy adquieran capacidades para poder adaptarse a los retos de un mercado laboral cambiante, flexible, que demanda trabajadores donde las llamadas *soft skills* pueden determinar o no la entrada al mundo laboral¹³⁰. Profesionales que necesitan ser enseñados desde los primeros años educativos lo que requiere repensar constantemente el modelo como ya se está haciendo desde algunos sectores sociales y profesionales.

Para mejorar los resultados educativos y la movilidad en el aprendizaje, promover valores comunes y facilitar el reconocimiento mutuo transfronterizo de las cualificaciones, la UE está ayudando a crear un Espacio Europeo de la Educación 2025.

4. BIBLIOGRAFÍA

- ABELLEIRA BARDANCA, A.: «Menos velocidad y más tiempo Desaceleración de la infancia», *Infancia: educar de 0 a 6 años*, núm. 145, 2014, pp. 26 a 32.
- ALEMANY MIRALPEIX, C.: «El espacio y el tiempo en la escuela», *Infancia: educar de 0 a 6 años*, núm. 153, 2015, pp. 29 a 34.
- ALFONSO MELLADO, C. L.: «Las horas extraordinarias» en APARICIO TOVAR, J., y LÓPEZ GANDÍA, J. (Coord.): *Tiempo de trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2007, p. 76.
- ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.^a E.: *Derecho del trabajo*, Aranzadi, 24.^a edición, Madrid, 2006, p. 346.

¹²⁹ GONZÁLEZ-CALERO LABIÁN, R.: «Líneas estratégicas de la LOMLOE» en ASEGUARADO GARRIDO, A. y MARRODÁN GIRONÉS, J.: *La LOMLOE y su análisis. Una mirada técnica*, Asociación Nacional de Editores de Libros y material de Enseñanza: Unión Sindical de Inspectores de Educación, USIE, 2021, pp. 27 a 42.

¹³⁰ Vid. FLOREA, A. M.: «Soft Skills» las competencias del futuro», en Edunovatic2021. Conference proceedings: 6th Virtual International Conference on Education, Innovation and ICT, 2021, pp. 1108 a 1109. Como bien ilustra Yagüe Mayans «El término “soft skills”, hasta ahora casi exclusivo del mundo empresarial y de negocios, hace referencia a todas aquellas competencias emocionales, personales y sociales deseables para un trabajador, profesor o alumno. Estas habilidades blandas, subrayan la importancia de los valores y de la capacidad de renovación y transformación, todo ello en un paradigma de sociedad en constante cambio, en el que los conocimientos especializados dejan de ser los más importante». Vid. YAGÜE MAYANS, L.: «Programa para el desarrollo de las “soft skills”: De Infantil a Bachillerato», en ARUFE GIRÁLDEZ, V. (Coord.): *Congreso EDUCA 2022: Ebook de Actas. 5.º Congreso Mundial de Educación 24-26 de febrero*, pp. 80 a 85.

- ALZAGA RUIZ, I.: «Artículo 6. Trabajo de los menores», en AA. VV. (CRUZ VILLALÓN, J., GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I., GOERLICH PESET, J. M. y MERCADER UGUINA, J. R. (Dirs.): *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Lex Nova, 2.ª ed., Valladolid, 2012, pp. 86 a 94.
- ANKER, R.: «La economía del trabajo infantil. Criterios para su medición», *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 119, núm. 3, 2000, pp. 283 a 307.
- APILLUELO MARTÍN, M.: *La relación de trabajo del menor de edad*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1999.
- ARIAS DOMÍNGUEZ, Á.: «Trabajo decente y trabajo de los menores (II)», en MONEREO PÉREZ, J. L., GORELLI HERNÁNDEZ, J., DE VAL TENA, Á. L. (DIRS.), LÓPEZ INSUA, B. DEL M. (Coord.): *El Trabajo Decente*, Comares, Granada, 2018, pp. 319 A 334.
- ARROBA, M. L., MANZARBEITIA, P.: «El tiempo libre de los niños», *Anales de Pediatría*, Vol. 7. núm. 6, 2009, pp. 373-379, DOI: 10.1016/S1696-2818(09)73210-X.
- BAVIERA PUIG, I.: «La experiencia “au pair”: entre el intercambio cultural y el trabajo doméstico encubierto», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 216, 2019 (BIB 2019\1434).
- BAZARRA LOURDES Y CASANOVA, O.: *Directivos de Escuelas Inteligentes ¿Qué perfil y habilidades exige el futuro?*, SM, Biblioteca de Innovación Educativa, Madrid, 2013,
- BENÍTEZ, E. y ETTLIN, E.: «Los menores como trabajadores en el mundo del arte y del espectáculo», *Derecho Laboral*, núm. 210, 2003, pp. 248 a 288.
- BONET I PÉREZ, J.: «Explotación Laboral infantil», en AAVV. GONZÁLEZ BOU, E. (COORD), GONZÁLEZ VIADA, N.; ALDECOA LUZÁRRAGA, F. (dir.); FORNER I DELAYGUA, J. J. (dir.): *La protección de los niños en el derecho internacional y en las relaciones internacionales, Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño*, Marcial Pons, 2010, pp. 215 a 238.
- BUYLLA y G., ALEGRE, A.: «El contrato de trabajo», Conferencias (Curso 1909), Asociación Internacional para la protección de los Trabajadores, Sección española, núm. 12, 1909, pp. 1 a 19.
- CALDERÓN CUEVAS, E., «Trabajo Infantil, Justicia distributiva y economía del Bienestar», *Revista Internacional de Sociología*, núm. 36, 2003, pp. 33 a 57.
- COBO ROMANÍ, C. y MORAVEC, JOHN W.: *Aprendizaje Invisible. Hacia una nueva ecología de la educación*, Ediciones de la Universidad de Barcelona, Barcelona, 2011.
- DE NIEVES NIETO, N.: *El tiempo de trabajo en las relaciones laborales especiales*, Thomson Reuters, Civitas, Madrid, 2010.
- DÍAZ MENDOZA, Y.; BAENA CASTRO MARCELO, A. y BAENA CASTRO, G. R.: «Nuevos escenarios de aprendizaje, un reto pedagógico», *Revista Atlante: Cuadernos de Educación y Desarrollo*, mayo, 2018. En línea: <https://www.eumed.net/rev/atlan->

te/2018/05/nuevos-escenariosaprendizaje.html//hdl.handle.net/20.500.11763/at-lante1805nuevos-escenarios-aprendizaje.

- DÍEZ PRIETO, A.: «Los cambios de la LOMLOE para este futuro», *Educación(nos)*, núm. 96, 2021, pp. 4 a 6.
- DOLZ LAGO, M. J.: «La relación laboral de carácter especial de los artistas de espectáculos públicos», *Revista de Derecho Privado*, febrero, 1983, Madrid, p. 147.
- FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, Ó.: «Fuentes de derecho del trabajo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 219, 2019, pp. 19 a 42.
- FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J. M.: «Precontratos de deportistas menores de edad», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2013 (BIB 2013\554).
- FIGUEROA IÑIGUEZ, M. J. y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, D.: «Los deberes escolares: incidencia en la vida de la comunidad escolar», *Revista Padres y Maestros*, núm. 358, 2014, pp. 44 a 48
- FITA ORTEGA, F.: *Límites legales a la jornada de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 15.
- FRAGUELA VALE, R., LORENZO CASTIÑEIRAS, J. J.; MERELAS IGLESIAS, T., VARELA GARROTE, L.: «Tiempos escolares y conciliación: análisis de familias con hijos en Educación Secundaria Obligatoria (12-16 años)», *Revista de investigación educativa*, Vol. 31, núm. 2, 2013, pp. 430 a 446.
- GABALDÓN ESTEBAN, D.: «A deshora en la escuela», *Revista de Sociología de la Educación (RASE)*, núm. 3, 2021, pp. 256 a 271.
- GÓMEZ MUÑOZ, J. M.: *Las jornadas especiales de trabajo*, Aranzadi, Elcano, 1999.
- GONZÁLEZ-CALERO LABIÁN, R.: «Líneas estratégicas de la LOMLOE», en ASEGUARADO GARRIDO, A. y MARRODÁN GIRONÉS, J.: *La LOMLOE y su análisis. Una mirada técnica*, Asociación Nacional de Editores de Libros y material de Enseñanza: Unión Sindical de Inspectores de Educación, USIE, 2021, pp. 27 a 42.
- GRADAÍLLE PERNAS, R., CABALLO VILLAR, M. B., LORENZO CASTIÑEIRAS, J. J.: «La conciliación en los tiempos cotidianos de la infancia en Galicia: problemáticas específicas y alternativas pedagógico-sociales y de ocio en las escuelas, familias y comunidades», en VILLASEÑOR PALMA, K. M. (coord.); PINTO ARAÚJO, L.; FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, M. y GUZMÁN ZÁRATE, C.: *Pedagogía social: acción social y desarrollo*, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México, 2015, pp. 603-611.
- HERMOSO VEGA, Y. M. y PÉREZ DE LAS VACAS APARICIO, C.: «Estudio de la ocupación del tiempo libre de los escolares extremeños», *INFAD Revista de Psicología*, núm. 1, 2011, pp. 335 a 344.
- HIERRO HIERRO, F. J.: «Protección social de contenidos vulnerables», en AAVV: *Digitalización, recuperación y reformas laborales (XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social)*, Ministerio de Trabajo, 2022, pp. 159 a 186.

- IGARTUA MIRÓ, M. T. y MARÍN ALONSO I.: «Prohibición de trabajo infantil y protección del trabajo de los jóvenes en la Constitución Europea», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 57, 2005, pp. 527 a 544.
- LEÓN GONZÁLEZ, S.: «La importancia de la organización temporal en Educación Infantil: Rutinas», *Temas para la educación: Revista digital para profesionales de la enseñanza*, núm. 1, marzo, 2009, pp. 1 a 5, p. 1.
- MALDONADO MONTOYA, J. P.: «Morfología de la relación laboral a la luz de la equidad entre sexos», en AAVV: *Mind the gap: para un sistema productivo de equidad entre mujeres y hombres*, Laborum, Murcia, 2015. pp. 123 a 157.
- *El contrato de trabajo: nuevos retos, viejas dificultades*, Aranzadi, Madrid, 2020, p. 98.
- MARTÍNEZ YAÑEZ, NORA, M.: «Disponibilidad horaria y trabajadores menores de edad», en CABEZA PEREIRO, J. (dir.), BALLESTER PASTOR, M. A. (dir.); FERNÁNDEZ PRIETO, M. (dir.): *La relevancia de la edad en la relación laboral y de Seguridad Social*, Aranzadi Thomson Reuters, España, 2009, pp. 433 a 447.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: «La normativa comunitaria sobre trabajos prohibidos a menores», *Relaciones Laborales*, núm. 2, 1999, pp. 740 a 754.
- Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Secretaría General Técnica: «EEUU: Resumen de la normativa sobre salarios, jornada laboral y trabajo de menores», *Boletín de información sociolaboral*, núm. 34, pp. 91 a 101.
- MICHON, F.: «El tiempo de trabajo en los países industrializados. Convergencias y Divergencias», *Revista de Economía y Sociología del trabajo*, núm. 15 y 16, 1992, pp. 105 a 117.
- MIRANDA BOTO, J. M.: «Los trabajos prohibidos a menores en los orígenes del Derecho del Trabajo: una aproximación histórico-política» en CABEZA PEREIRO, J. (DIR.), BALLESTER PASTOR M. A. (dir.); FERNÁNDEZ PRIETO M. (dir.): *La relevancia de la edad en la relación laboral y de Seguridad Social*, Aranzadi Thomson Reuters, 2009, España, pp. 409 a 418.
- MONTOYA MELGAR, A.; GALIANA MORENO, J. M.; SEMPERE NAVARRO, A.V.; RÍOS SALMERÓN, B.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Aranzadi, Madrid, 2005.
- OIT: «Garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro», Conferencia Internacional del Trabajo, 107. A, Reunión, 2018, p. 125 (ILC.107/III/B).
- OIT y UNICEF: «Trabajo infantil: Estimaciones mundiales 2020, tendencias y el camino a seguir», Resumen Ejecutivo, Ginebra, 2022 (wcms_800301.pdf).
- PALOMINO SAURINA, P.: «Estudio comparativo del trabajo infantil en España y Portugal», *Aranzadi Social*, Vol. 5, 2007, pp. 1623 a 1643.
- QUINTANILLA NAVARRO, R. Y.: «Trabajo decente y trabajo de los menores (I)» en MONEREO PÉREZ, J. L., GORELLI HERNÁNDEZ, J.; DE VAL TENA, Á. L. (Dirs.), LÓPEZ INSUA, B. DEL M. (Coord.): *El Trabajo Decente*, Comares, Granada, 2018, pp. 309 a 318.

- RAMOS QUINTANA, M. I.: «Los descansos laborales», en AA. VV. (APARICIO TOVAR, J. y LÓPEZ GANDÍA, J. (Coord.): *Tiempo de trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2007, pp. 121 a 141.
- RODRÍGUEZ ROMERO, R.: «Los contratos formativos a la luz del RDL 32/2021: un necesario cambio de modelo con resultados aún inciertos», Briefs de Reforma Laboral, AEDTSS, 2022
- RODRÍGUEZ SILVA, C., DÍAZ RODRÍGUEZ, G. DEL M.; MARTÍN MARTÍN, R. y PÉREZ ROMERO, M. A.: «Abuelos cuidadores: consecuencias del cuidado» en GÁZQUEZ LINARES, J. J. (Coord.): *Cuidados, aspectos psicológicos y actividad física en relación con la salud del mayor*, Asociación Universitaria de Educación y Psicología (ASUNIVEP) 2015, pp. 33 a 38.
- ROMERO CASTRO, M. y VERGARA TORRES, A.: «Ambientes virtuales de aprendizaje y metacognición un estudio bibliométrico en el contexto latinoamericano», *Papeles: Revista especializada de la Facultad de Ciencias de la Educación*, Universidad Antonio Nariño, núm. 11, 2014, pp. 72 a 86.
- ROSALES LÓPEZ, C.: «Tiempo escolar, tiempo de vida», *Revista Educación y Futuro Digital*, núm. 1, 2011, pp. 46 a 59.
- RUANO ALBERTOS, S.: «El trabajo de los menores de edad a la luz de la legislación internacional y comunitaria: (grado de adaptación de la normativa española)», *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, núm. 127, 2001, pp. 34 a 44.
- «Determinados aspectos de la Directiva 94/33/CE del Consejo, de 22 junio 1994, sobre la protección de los jóvenes en el trabajo: la ordenación del tiempo de trabajo. Su reflejo en nuestra normativa», *Aranzadi social*, núm. 5, 2001, pp. 1299 a 1316.
- SALINAS, J.: «Nuevos ambientes de aprendizaje para una sociedad de la información». *Revista Pensamiento Educativo*, PUC Chile, núm. 20, 1.997, pp. 81 a 104.
- SELMA PENALVA, A.: «El cada vez más amplio papel que las ETT desempeñan en la formación profesional de los trabajadores más jóvenes», *Revista de Información Laboral*, núm. 3, 2015 (BIB 2015\1025).
- SEMPERE NAVARRO, A. V.: «El marco jurídico de las “horas extras”», *Aranzadi Social*, núm. 17, 2001(BIB 2001\1597).
- «Precontratos de trabajo infantiles (y millonarios)», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 744, (BIB 2007/3028).
- SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: *Menores y mujeres ante el contrato de trabajo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967,
- VAQUERO GARCÍA, A.: «La inversión en educación y formación como respuesta a la discriminación laboral por razón de la edad», en CABEZA PEREIRO, J. (dir.), BALLESTER PASTOR M. A. (dir.); FERNÁNDEZ PRIETO, M. (dir.): *La relevancia de la edad en la relación laboral y de Seguridad Social*, Aranzadi Thomson Reuters, 2009, España, pp. 109-118.

CAPÍTULO XXXVII

LA ADECUACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO PARA LA PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD Y SALUD DE LOS TRABAJADORES

JESÚS BARCELÓ FERNÁNDEZ

Profesor Agregado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Barcelona.

1. INTRODUCCIÓN

En el artículo 40.2 de la Constitución Española se incluye, como uno de los principios rectores de la política social y económica la obligación de los poderes públicos de velar por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizar el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral.

La ordenación del tiempo de trabajo es un elemento sustancial en las relaciones laborales en las empresas, que debe incluir entre sus objetivos la mejora y protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores, garantizando la duración máxima de la jornada, los períodos mínimos de descanso y pausas, el ritmo de trabajo adecuado, así como limitar el tiempo de exposición a los diversos riesgos laborales (trabajo nocturno o a turnos, exposición a agentes físicos, químicos, cancerígenos, etc.).

La jornada de trabajo es un elemento fundamental para la organización empresarial y para la competitividad en un mercado globalizado en que las em-

presas precisan mayor flexibilidad en el tiempo de trabajo¹ pero que debe conciliarse con la protección y salud de los trabajadores², sin que pueda subordinarse a consideraciones de carácter puramente económico³, lo que incluye el control y vigilancia de la jornada máxima, mediante la implantación de un sistema objetivo, fiable y accesible que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador para proteger la seguridad y la salud de los trabajadores⁴.

Trabajar habitualmente durante largas jornadas de trabajo no solo supone un riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores, sino que la fatiga también repercute negativamente en la productividad individual de los trabajadores afectados y de la empresa en su conjunto, disminuye la motivación, la satisfacción y puede provocar un mayor índice de absentismo y de rotación de trabajadores, con los costes que todo ello supone para la organización. Por todo ello, el tiempo de trabajo debe ser productivo y, a la vez, seguro y saludable.

Las primeras normas laborales en España se ocuparon precisamente de limitar la jornada de trabajo de los niños y de las niñas, como una medida de protección de la salud de estos⁵, y, posteriormente, de limitar la jornada máxima de todos los trabajadores a 8 horas diarias y 48 horas semanales⁶.

Igualmente, el primer convenio de la OIT de 1919⁷ también se ocupó de limitar la duración de la jornada de trabajo en las empresas industriales a ocho horas por día y de cuarenta y ocho por semana, salvo excepciones⁸.

¹ Vid. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, Ó.: «Flexiseguridad y tiempo de trabajo en la ordenación de la actividad asalariada en España». *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. Extra, 135, 2018 (Ejemplar dedicado a: El modelo de flexiseguridad en el ordenamiento laboral español), pp. 157 a 196.

² Comunicación interpretativa sobre la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (2017/C 165/01).

³ Vid. Cuarto considerando de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo; y apdo. 67 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de septiembre de 2003. Landeshauptstadt Kiel contra Norbert Jaeger. Asunto C-151/02.

⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de mayo de 2019. Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO) contra Deutsche Bank SAE. Petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional. Asunto C-55/18.

⁵ La conocida como Ley Benot de 24 de julio de 1873 (Gaceta de Madrid núm. 209, 28/7/1873) prohibía el trabajo a los menores de 10 años y limitaba la jornada a 5 horas diarias a los niños menores de 13 años y a las niñas menores de 14; y limita a 8 horas diarias la jornada los jóvenes de 13 a 15 años y a los jóvenes de entre 1 a 17 años.

⁶ Real decreto de 3 de abril de 1919, de Jornada máxima legal en todos los trabajos (Gaceta de Madrid núm. 94 de 4 de abril de 1919).

⁷ Convenio de la OIT núm. 1, sobre las horas de trabajo (industria), de 1919. Entrada en vigor el 13 junio 1921 y ratificado por España el 22 de febrero de 1929.

⁸ Vid. GARCÍA NINET, J. I.: «La protección del tiempo de trabajo en la historia de la OIT». *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 147, 2020, pp. 217 a 247; y SALIDO BANÚS, J. L.; BARCELÓ FERNÁNDEZ, J.: «El tiempo de trabajo: los compromisos asumidos por España por la ratificación de diferentes convenios de la OIT y su cumplimiento por la ley y los convenios colectivos estatutarios». *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y*

Por su parte, el Consejo de la Unión Europea, con la finalidad de aplicar y armonizar las medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo que dispone la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, aprobó la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993⁹, que estableció las disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo que deben aplicar los Estados miembros, sustituida por la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003¹⁰, con la finalidad de promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores¹¹, garantizándose los períodos mínimos de pausa y descanso diario y semanal, así como limitando la duración máxima del tiempo de trabajo diario, semanal y anual¹².

El Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET)¹³ regula la limitación de la jornada de trabajo y los periodos mínimos de descanso, no obstante, en determinados sectores y trabajos es necesario adaptarlos para reforzar la protección de la salud y seguridad de los trabajadores en aquellos casos en que la prolongación en el tiempo de trabajo por encima de ciertos límites pudiera entrañar un riesgo para las personas trabajadoras, aunque algunos expertos apunten también a los efectos negativos que pueden ocasionar algunos horarios de trabajo, como los nocturnos,¹⁴ y los riesgos psicosociales cuando no se pueden compatibilizar con la vida social y familiar¹⁵.

En el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo¹⁶, se regula alguna de estas limitaciones, complementándose con

Seguridad Social, núm. 117, 2015 (Ejemplar dedicado a: Derecho social internacional y comunitario), pp. 213 a 237.

⁹ Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (DOCE, núm. 307, de 13 de diciembre de 1993).

¹⁰ Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (DOUE, núm. 299, de 18 de noviembre de 2003).

¹¹ *Vid.* Apdo. 32 de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 10 de septiembre de 2015. Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones Obreras (CC. OO.) contra Tyco Integrated Security SL y Tyco Integrated Fire & Security Corporation Servicios SA. Asunto C-266/14.

¹² *Vid.* Apdo. 76 de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 5 de octubre de 2004. Bernhard Pfeiffer (C-397/01), y otros. Asuntos acumulados C-397/01 a C-403/01.

¹³ 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. BOE» núm. 255, de 24/10/2015.

¹⁴ Editorial: «Tiempo de trabajo, salud y productividad». *Seguridad y salud en el trabajo*, núm. 81, 2015, p. 5.

¹⁵ CASTRO CONTE, M.: «Riesgos psicosociales y su relación con los tiempos de trabajo y salario». *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración: Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 98, 2012, p. 74.

¹⁶ Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo. BOE núm. 230, de 26/09/1995.

diversos reglamentos que desarrollan concretamente las medidas de seguridad y salud con limitaciones en la duración del trabajo con el objeto de proteger a los trabajadores expuestos a riesgos laborales específicos, sin perjuicio que puedan ser mejoradas y desarrolladas en los convenios colectivos (art. 2.2. Ley 31/1995¹⁷).

2. LIMITACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO EN ALGUNAS ACTIVIDADES

Con el fin de proteger la salud y la seguridad de los trabajadores, y en algunos casos también de los pasajeros, se establecen adaptaciones en el tiempo de trabajo en algunas actividades, limitando el tiempo de trabajo o aumentando los descansos.

No obstante, en la normativa sobre jornadas especiales de trabajo también se prevén excepciones que permite la ampliación de la jornada justificadas por la propia actividad, como puede ser el caso del trabajo en la mar¹⁸, lo que puede ser un contrasentido respecto a la seguridad y salud de los trabajadores. Sin embargo, la regulación de estas excepciones implica también establecer límites a la prolongación de la actividad o a la reducción de descansos, introduciéndose en algunos casos medidas compensatorias, como puede ser la acumulación de los descansos para su disfrute posterior.

A) Actividades de transportes por carretera

La regulación del tiempo de trabajo de los conductores profesionales en el transporte por carretera tiene una indudable relación con la seguridad y salud y la seguridad vial en general, que ha llevado a un control exhaustivo de los tiempos de conducción mediante los tacógrafos y el registro horario, para evitar los accidentes ocasionados por la fatiga de los conductores¹⁹.

El convenio de la OIT 153, sobre duración del trabajo y períodos de descanso (transportes por carretera), de 1979 y ratificado por España en 1964,

¹⁷ Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales. BOE núm. 269, de 10/11/1995.

¹⁸ Vid. Real Decreto 525/2002, de 14 de junio, sobre el control de cumplimiento del Acuerdo comunitario relativo a la ordenación del tiempo de trabajo de la gente de mar. BOE núm. 152, de 26/06/2002.

¹⁹ Organización Internacional del Trabajo: «Cuestiones prioritarias de seguridad y salud en el sector del transporte por carretera». *Informe para la discusión en la Reunión sectorial tripartita sobre la seguridad y la salud en el sector del transporte por carretera*. Ginebra, 12-16 de octubre de 2015, p. 56.

estableció la limitación de la conducción ininterrumpidamente sin pausa a un máximo de cuatro horas (art. 5.1), pudiendo autorizarse hasta una hora más (art. 5.2). Se regula también la duración total máxima de conducción, comprendidas las horas extraordinarias, que no deberá exceder de nueve horas por día ni de cuarenta y ocho horas por semana (art. 6.1) y la obligación de un descanso, con la duración que determine la autoridad u organismo competente, tras cinco horas continuadas de conducción (art. 7) y un descanso mínimo diario de diez horas consecutivas por cada período de veinticuatro horas, contando a partir del comienzo de la jornada de trabajo (art. 8.1).

En el derecho positivo español se establece, con carácter general, que durante la realización de transportes por carretera debe respetarse los límites de tiempos de conducción y descanso de los conductores, legal o reglamentariamente establecidos²⁰, que se encuentran regulados, en general, en el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo y en el Reglamento (CE) n.º 561/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006²¹, para los conductores de transportes interurbanos.

Concretamente, los trabajadores del sector de transporte por carretera no podrán realizar una jornada diaria total superior a doce horas, incluidas, en su caso, las horas extraordinarias (art. 8.2 RD 1561/1995), con una pausa mínima de 30 o de 45 minutos en supuestos de jornada continuada cuando ésta sea superior a seis o a nueve horas respectivamente²², pudiendo fraccionarse en períodos mínimos de quince minutos, salvo en rutas de transporte regular de viajeros cuyo recorrido no supere los cincuenta kilómetros (art. 10 bis. 4 RD 1561/1995).

Los períodos máximos de conducción diarios y semanales y los descansos mínimos entre jornadas y semanal de los conductores de transportes interurbanos deberán respetar los límites establecidos en el Reglamento (CE) n.º 561/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006 (art. 11 RD 1561/1995), que tiene como fin armonizar las condiciones de competencia entre modos de transporte terrestre, especialmente en lo que se refiere

²⁰ Artículo 95 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres. BOE núm. 182, de 31/07/1987.

²¹ Reglamento (CE) n.º 561/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, relativo a la armonización de determinadas disposiciones en materia social en el sector de los transportes por carretera y por el que se modifican los Reglamentos (CEE) n.º 3821/85 y (CE) n.º 2135/98 del Consejo y se deroga el Reglamento (CEE) 3820/85 del Consejo. DOUE núm. 102, de 11 de abril de 2006, pp. 1 a 13.

²² De acuerdo con el apartado tercero del artículo 10 bis del RD 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, en el tiempo de trabajo de los trabajadores móviles debe incluirse todas las horas trabajadas para uno o más empresarios en el período considerado.

al sector de la carretera, y de mejorar las condiciones de trabajo y la seguridad vial.

El Reglamento se aplicará al transporte por carretera de mercancías, cuando la masa máxima autorizada de los vehículos, incluido cualquier remolque o semirremolque, sea superior a 3,5 toneladas, o de viajeros en vehículos fabricados o adaptados de forma permanente para transportar a más de nueve personas, incluido el conductor, y destinados a tal fin, aplicándose, con independencia del país en que esté matriculado el vehículo, al transporte por carretera que se efectúe exclusivamente dentro de la Comunidad, o entre la Comunidad, Suiza y los países que sean parte contratante del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (art. 2).

El Reglamento limita el tiempo diario de conducción a un máximo de nueve horas, ampliable a un máximo de 10 horas no más de dos veces durante la semana, con un límite semanal que no puede superar las 56 horas (se entenderá por semana el período de tiempo comprendido entre las 00.00 del lunes y las 24.00 del domingo²³), sin que pueda implicar que se exceda el tiempo semanal de trabajo máximo, fijado en la Directiva 2002/15/CE²⁴, ni que el tiempo total acumulado de conducción durante dos semanas consecutivas sea superior a 90 horas (artículo 6).

Respecto a los tiempos de pausa y descanso, el Reglamento establece que, tras un período de conducción de cuatro horas y media, el conductor debe hacer una pausa ininterrumpida de al menos 45 minutos, a menos que tome un período de descanso, que podrá sustituirse por una pausa de al menos 15 minutos seguida de una pausa de al menos 30 minutos, intercaladas en el período de conducción, de forma que se respeten las disposiciones anteriores. Un conductor que participe en la conducción en equipo podrá hacer una pausa de cuarenta y cinco minutos en un vehículo conducido por otro conductor, a condición de que no se dedique a asistir a este último²⁵ (art. 7).

Los conductores deberán haberse tomado un nuevo período de descanso diario en las 24 horas siguientes al final de su período de descanso diario o

²³ Artículo 2 Directiva 2002/15/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, relativa a la ordenación del tiempo de trabajo de las personas que realizan actividades móviles de transporte por carretera. DOCE núm. 80, de 23 de marzo de 2002, pp. 35 a 39.

²⁴ De acuerdo con el artículo 4 de la Directiva, la duración media del tiempo de trabajo semanal no supere las cuarenta y ocho horas, o llegar hasta sesenta horas si la duración media calculada sobre un período de cuatro meses no excede de cuarenta y ocho horas.

²⁵ Introducido por el Reglamento (UE) 2020/1054 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2020, por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 561/2006 en lo que respecta a los requisitos mínimos sobre los tiempos de conducción máximos diarios y semanales, las pausas mínimas y los períodos de descanso diarios y semanales y el Reglamento (UE) n.º 165/2014 en lo que respecta al posicionamiento mediante tacógrafos. DOUE núm. 249, de 31 de julio de 2020, pp. 1 a 16.

semanal anterior. Si la parte del período de descanso diario efectuada en las mencionadas 24 horas es superior a 9 horas, pero inferior a 11 horas, ese período de descanso se considerará un período de descanso diario reducido, sin embargo, no podrán tomarse más de tres períodos de descanso diario reducidos entre dos períodos de descanso semanales. En caso de la conducción en equipo de un vehículo, los conductores deberán haberse tomado un nuevo período de descanso diario de al menos 9 horas en el espacio de 30 horas desde el final de su período de descanso diario o semanal anterior (art. 8).

En el transcurso de dos semanas consecutivas el conductor tendrá que tomar al menos dos períodos de descanso semanal normales, o un período de descanso semanal normal y un período de descanso semanal reducido de al menos 24 horas. El período de descanso semanal comenzará antes de que hayan concluido seis períodos consecutivos de 24 horas desde el final del anterior período de descanso semanal. No obstante, el conductor que se dedique al transporte internacional de mercancías²⁶ podrá tomar dos períodos de descanso semanal reducidos consecutivos fuera del Estado miembro de establecimiento, siempre que, en cada cuatro semanas consecutivas, tome como mínimo cuatro períodos de descanso semanal, de los cuales al menos dos deberán ser períodos de descanso semanal normales (art. 8.6).

No obstante todo lo anterior, un conductor que efectúe un único servicio discrecional de transporte internacional de pasajeros tal como se define en el Reglamento (CE) no 1073/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, por el que se establecen normas comunes de acceso al mercado de los servicios de autocares y autobuses²⁷, podrá posponer el período de descanso semanal hasta 12 períodos consecutivos de 24 horas siguientes a un período de descanso semanal regular previo, siempre que: el servicio incluya 24 horas consecutivas como mínimo en un Estado miembro o en un tercer país al que se aplique el presente Reglamento distinto de aquel en que se ha iniciado el servicio; que tras la aplicación de la excepción, el conductor se tome dos períodos de descanso semanal regular, o un período de descanso semanal regular y un período de descanso semanal reducido de al menos 24 horas, compensándose con un período equivalente de descanso ininterrumpido antes de finalizar la tercera semana siguiente a la semana del período de excepción; que el vehículo esté equipado con aparatos de control de conformidad con los requisitos del anexo I B del Reglamento (CEE) no 3821/85, y que de

²⁶ A efectos de la regulación del reglamento, se considerará que un conductor se dedica al transporte internacional si inicia los dos períodos de descanso semanal reducidos consecutivos fuera del Estado miembro de establecimiento del empresario y fuera del lugar de residencia del conductor.

²⁷ DO L 300, de 14.11.2009, p. 88.

tener lugar la conducción que durante el período comprendido entre las 22:00 y las 6:00 horas, el vehículo cuente con varios conductores o se reduzca a tres horas el período de conducción (art. 8.6 bis).

Cualquier reducción del período de descanso semanal se compensará con un período de descanso equivalente que deberá tomarse en una sola vez antes de que finalice la tercera semana siguiente a la semana de que se trate. Cuando se hayan tomado dos períodos de descanso semanal reducidos consecutivos, el período de descanso semanal siguiente irá precedido de un período de descanso tomado como compensación de esos dos períodos de descanso semanal reducidos (art. 8.6 ter.). Los descansos tomados como compensación por un período de descanso semanal reducido deberán tomarse junto con otro período de descanso de al menos nueve horas (art. 8.7).

Se debe garantizar, en cada período de cuatro semanas consecutivas, un descanso mínimo de descanso semanal normal o de un período de descanso semanal de más de 45 horas tomado como compensación de un período de descanso semanal reducido para que puedan regresar al centro de operaciones en el que normalmente tiene su base y en el que empieza su período de descanso semanal, en el Estado miembro de establecimiento del empresario, o regresar al lugar de residencia (art. 8 bis).

Lo dispuesto en la normativa sobre tiempos de conducción, interrupción y descanso se cumplirá sin perjuicio de la aplicación, respecto a los conductores asalariados y a efectos laborales, de lo previsto sobre tiempos de trabajo en la normativa laboral²⁸.

Respecto al tiempo de trabajo de los trabajadores autónomos que realizan actividades móviles de transporte por carretera²⁹, el artículo 6 del Reglamento (CE) número 561/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006 o el Acuerdo Europeo de 1 de julio de 1970 relativo al trabajo del personal conductor en el transporte internacional por carretera (AETR), tendrá carácter de norma supletoria respecto a lo que se establece sobre tiempo de trabajo en el Real Decreto 128/2013, de 22 de febrero, sobre ordenación del tiempo de trabajo para los trabajadores autónomos que realizan actividades móviles de transporte por carretera (art. 3 RD 128/2013)³⁰.

²⁸ DA única del Real Decreto 640/2007, de 18 de mayo, por el que se establecen excepciones a la obligatoriedad de las normas sobre tiempos de conducción y descanso y el uso del tacógrafo en el transporte por carretera. BOE» núm. 126, de 26/05/2007.

²⁹ TRUJILLO PONS, F.: «Tiempo de trabajo en el sector del transporte de mercancías por carretera: una especial referencia a los trabajadores autónomos». *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 38, 2014, p. 239.

³⁰ BOE núm. 47, de 23/02/2013.

Respecto a los tiempos de descanso diario y semanal de los trabajadores autónomos que realizan actividades móviles de transporte por carretera se regularán por el Reglamento (CE) número 561/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006 o el Acuerdo Europeo de 1 de julio de 1970 relativo al trabajo del personal conductor en el transporte internacional por carretera, según proceda (art. 4 RD 128/2013).

Se establece que el límite de 48 horas para la duración media del tiempo de trabajo semanal, que podrá prolongarse hasta 60 horas siempre que la duración media no supere las 48 a la semana en un período de cuatro meses naturales. La jornada diaria no podrá exceder de las diez horas por cada período de 24 horas consecutivas cuando el conductor autónomo que efectúe trabajo nocturno (art. 3 RD 128/2013).

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 7 del Reglamento (CE) número 561/2006, de 15 de marzo de 2006, en relación con las pausas obligatorias por cada periodo de conducción, los trabajadores autónomos incluidos en el ámbito de aplicación de esta norma no podrán realizar su actividad profesional durante más de seis horas consecutivas sin pausa, que deberá tener una duración mínima de 30 minutos para un tiempo de trabajo de más de seis horas y hasta nueve horas, y como mínimo de 45 minutos para un tiempo de trabajo de más de nueve horas en total, la cuales podrán subdividirse en periodos de una duración de 15 minutos como mínimo (art. 5 RD 128/2013).

B) Actividades en el transporte ferroviario

En general, en el transporte ferroviario le es de aplicación las disposiciones comunes contenidas en los artículos 8 y 9 del reglamento de jornadas especiales de trabajo (art. 13.1 RD 1561/1995), que establecen una limitación general de la jornada diaria de un máximo de doce horas, incluidas, en su caso, las horas extraordinarias (art. 8.2 RD 1561/1995) con un descanso mínimo entre jornadas de diez horas, con la posibilidad de compensar las diferencias hasta las doce horas establecidas con carácter general, así como computar el descanso semanal de día y medio, en períodos de hasta cuatro semanas (art. 9 RD 1561/1995) o reducirse el descanso fuera de la residencia de los conductores y demás personas que presten sus servicios a bordo de los trenes durante el trayecto de los mismos, a ocho horas para los primeros y a seis para los segundos, compensándose la diferencia hasta las doce horas en períodos de hasta cuatro semanas (art. 13.4 RD 1561/1995).

Las empresas ferroviarias y los administradores de infraestructuras deben establecer, en sus sistemas de gestión de la seguridad, los procedimientos para ni-

ficar la actividad de su personal, definiendo en particular los tiempos de trabajo relacionados con la seguridad operacional y de descanso (art. 35 RD 929/2020³¹) y siendo responsables del cumplimiento de los tiempos máximos de conducción de los maquinistas³² que trabajen para ellas, en virtud de sus obligaciones de planificación de las actividades y vigilancia de las mismas (art. 36.1 RD 929/2020).

En el tiempo de conducción se excluye el tiempo previsto para la puesta en servicio y la puesta fuera de servicio del vehículo, aunque incluye la realización de maniobras que lleven asociado el manejo del vehículo ferroviario en movimiento y las interrupciones en las que el maquinista permanece como responsable del vehículo a efectos de conducción, es decir, con atención a la circulación ferroviaria (art. 36.2 RD 929/2020).

El tiempo máximo de conducción continuada será de 6 horas y de un máximo 9 horas diarias (art. 36.3 RD 929/2020).

Para el computo de este tiempo máximo de conducción se debe tener en cuenta que la conducción continuada se considerará interrumpida cuando se disfrute de una pausa de al menos 45 minutos (art. 36.5 RD 929/2020) y que el cómputo del tiempo máximo de conducción se realizará por periodos de 24 horas, iniciándose este con el comienzo de la actividad de conducción y finalizando cuando se disfrute de forma continuada y completa del descanso mínimo establecido por la correspondiente normativa laboral (art. 36.4 RD 929/2020).

El límite de nueve horas ordinarias de trabajo efectivo se podrá superar excepcionalmente, sin perjuicio de lo dispuesto en los convenios o acuerdos, en los trenes de largo recorrido que por razones de fuerza mayor o necesidades de la explotación que incidan en la seguridad y regularidad de la circulación del tráfico ferroviario, por el tiempo imprescindible para rendir viaje en el lugar de destino (art. 13.3 RD 1561/1995).

En la conducción por equipos, también deberá interrumpirse al menos cada 6 horas, por un período mínimo de 45 minutos, a tren detenido y con ambos maquinistas fuera de la cabina de conducción (art. 37.3 RD 929/2020).

Los tiempos máximos de actividad del personal de control de tráfico serán responsabilidad de los responsables de circulación y de los administradores de infraestructuras de los que dependan que deberán incluir en los sistemas de gestión de la seguridad de los administradores de infraestructuras: los tiem-

³¹ Real Decreto 929/2020, de 27 de octubre, sobre seguridad operacional e interoperabilidad ferroviarias. BOE núm. 286, de 29/10/2020.

³² De acuerdo con esta misma norma, los maquinistas también serán responsables del cumplimiento de los tiempos máximos de conducción, respetando los tiempos planificados en los servicios que se les hayan asignado.

pos máximos continuados en un período; los tiempos máximos en una jornada; la duración mínima de las pausas para que permitan considerar interrumpida la jornada; y la regulación de la toma y deje del servicio (art. 38.3 RD 929/2020).

En el caso de los trabajadores móviles del ferrocarril que realicen servicios de interoperabilidad transfronteriza prestados por las empresas ferroviarias³³, el descanso diario en el domicilio tendrá una duración mínima de doce horas consecutivas dentro de cada período de veinticuatro horas, duración que se podrá reducir a nueve horas una vez cada siete días. En tal caso la diferencia hasta las doce horas de descanso diario se compensará añadiendo las horas que correspondan al siguiente descanso diario en el domicilio, no obstante, no se podrá fijar un descanso diario reducido entre dos descansos diarios fuera del domicilio (Apdo. 3 DA séptima RD 1561/1995).

El descanso diario fuera del domicilio de los trabajadores que realicen servicios de interoperabilidad transfronteriza, tendrá una duración mínima de ocho horas consecutivas dentro de cada período de veinticuatro horas, que irá siempre seguido de un descanso diario en el domicilio, pudiendo acordarse, mediante la negociación colectiva, un segundo descanso consecutivo fuera del domicilio así como la forma de compensar la diferencia entre las ocho horas y las doce horas del descanso diario (Apdo. 4 DA séptima RD 1561/1995).

Con independencia de lo previsto en el reglamento sobre seguridad operacional e interoperabilidad ferroviarias, la duración del tiempo de conducción de los trabajadores que realicen servicios de interoperabilidad transfronteriza no podrá ser superior a nueve horas diarias en el trabajo diurno ni a ocho en el trabajo en período nocturno y la duración máxima del tiempo de conducción en cada período de dos semanas no podrá exceder de ochenta horas (Apdo. 6 DA séptima RD 1561/1995). Si la duración del tiempo de trabajo de un conductor que no circule acompañado de un segundo maquinista excede de ocho horas, se deberá establecer un período de descanso durante la jornada o pausa de cuarenta y cinco minutos de duración, o de al menos treinta minutos si el tiempo de trabajo fuera superior a las seis horas, pero no excediera de las ocho. En cualquier caso, una parte de la pausa de, al menos, treinta minutos, deberá concederse entre la tercera y la sexta hora de trabajo (Apdo. 7 DA séptima RD 1561/1995).

³³ De acuerdo con la DA séptima del RD 1561/1995, de 21 de septiembre, no serán de aplicación respecto al tráfico de viajeros transfronterizo local y regional ni al tráfico de mercancías transfronterizo que no supere los quince kilómetros más allá de la frontera, ni respecto a los trenes de relaciones transfronterizas, cuyo inicio y finalización tenga lugar en la infraestructura ferroviaria española, aunque utilicen la infraestructura de otro Estado sin efectuar paradas.

C) Actividades en el transporte aéreo

El transporte aéreo comercial está sujeto a estrictas normas de seguridad que regulan las limitaciones de tiempo de vuelo y de actividad y los tiempos de descanso.

Para el personal de vuelo en la aviación civil le es también de aplicación las disposiciones comunes contenidas en los artículos 8 y 9 del reglamento de jornadas especiales de trabajo (art. 14.1 RD 1561/1995), que establecen una limitación general de la jornada diaria de un máximo de doce horas, incluidas, en su caso, las horas extraordinarias (art. 8.2 RD 1561/1995) con un descanso mínimo entre jornadas de diez horas, pudiéndose compensar las diferencias hasta las doce horas establecidas con carácter general, así como computar el descanso semanal de día y medio, en períodos de hasta cuatro semanas (art. 9 RD 1561/1995).

Se limita el tiempo de trabajo anual del personal de vuelo a un máximo de 2.000 horas, de las cuales el tiempo de vuelo no podrá exceder de 900 horas, incluyéndose en el tiempo máximo aquellos supuestos computables como tiempo de presencia y los que se determinen por convenio colectivo (art. 14.3 RD 1561/1995).

Se garantiza un mínimo de 96 días libres al año, de los cuales al menos 7 deben disfrutarse en cada mes, que deberán ser notificados con antelación y sin que en estos días puedan ser requeridos para ningún servicio o actividad, ni computarse como días de vacaciones (art. 14.4 RD 1561/1995).

No obstante, para el personal de vuelo en la aviación civil, como para el personal aeronáutico de tierra, debe tenerse en cuenta la normativa en vigor en materia de seguridad aérea.

a) TRIPULACIONES DE SERVICIO EN AVIONES QUE REALICEN TRANSPORTE AÉREO COMERCIAL

En el Real Decreto 1952/2009, de 18 de diciembre³⁴, se adoptan requisitos relativos a las limitaciones del tiempo de vuelo y actividad y requisitos de descanso de las tripulaciones de servicio en aviones que realicen transporte aéreo comercial, principalmente regulándose las horas de presentación al servicio, los períodos de actividad de vuelo extendidos por descansos parciales, los descansos adicionales por efecto de las diferencias horarias, la reducción de los tiempos de descanso, los períodos de actividad de vuelo extendidos por

³⁴ Real Decreto 1952/2009, de 18 de diciembre, por el que se adoptan requisitos relativos a las limitaciones del tiempo de vuelo y actividad y requisitos de descanso de las tripulaciones de servicio en aviones que realicen transporte aéreo comercial. BOE núm. 24, de 28/01/2010.

descansos en vuelo, y las modalidades de imaginaria de hotel y en casa, así como la regulación complementaria de la imaginaria de aeropuerto.

El operador debe fijar un tiempo de descanso adicional cuando la diferencia de husos horarios entre los lugares de comienzo y finalización de un período de actividad sea igual o superior a cuatro, el cual se sumará al descanso que corresponde a la actividad en que se origina y, en todo caso, incluirá dos noches locales, o tres noches cuando, a continuación de una rotación hacia el oeste, se realice una rotación hacia el este, así como en el caso contrario (art. 6 RD 1952/2009).

La suma de ambos descansos será como mínimo de treinta y seis horas o el correspondiente a multiplicar por cuatro la máxima diferencia de husos durante la rotación en los casos en que el tiempo transcurrido entre la salida y llegada a la base sea menor o igual a sesenta horas; de treinta y seis horas o el correspondiente a multiplicar por seis la máxima diferencia de husos durante la rotación cuando el tiempo transcurrido entre la salida y llegada a la base sea superior a sesenta horas. En el caso de que durante la rotación se haya extendido el período de actividad de vuelo por descanso en vuelo, el descanso no será en ningún caso inferior a cuarenta y ocho horas (art. 6.4 RD 1952/2009).

b) PERSONAL DEDICADO AL CONTROL DEL TRÁNSITO AÉREO

Respecto al personal dedicado al control del tránsito aéreo, para garantizar la prestación segura de los servicios de tránsito aéreo y el necesario descanso de los controladores civiles de tránsito aéreo se limita la duración de la jornada a turnos a doce horas por servicio, garantizándose el límite de horas extraordinarias a ochenta horas al año. Además, se garantiza un tiempo de descanso mínimo durante la jornada de un veinticinco por ciento del tiempo de duración de la jornada diurna y de un treinta y tres por ciento de la duración de la jornada nocturna, salvo en las torres de control monoposición en que los controladores tendrán un descanso de una hora por servicio (art. 3 Ley 9/2010)³⁵.

En cumplimiento de la habilitación al Gobierno se aprobó el Real Decreto 1001/2010, de 5 de agosto³⁶, en el que se concreta el período de actividad aeronáutica diaria, mensual y anual de los controladores civiles de tránsito

³⁵ Ley 9/2010, de 14 de abril, por la que se regula la prestación de servicios de tránsito aéreo, se establecen las obligaciones de los proveedores civiles de dichos servicios y se fijan determinadas condiciones laborales para los controladores civiles de tránsito aéreo. BOE núm. 91, de 15/04/2010.

³⁶ Real Decreto 1001/2010, de 5 de agosto, por el que se establecen normas de seguridad aeronáutica en relación con los tiempos de actividad y los requisitos de descanso de los controladores civiles de tránsito aéreo. BOE núm. 190, de 06/08/2010.

aéreo que presten servicios de control de tránsito aéreo, se limita la duración máxima de un periodo continuo de actividad aeronáutica a 10 horas, debiendo garantizarse un descanso mínimo de 12 horas entre la finalización de un período de actividad aeronáutica y el inicio del siguiente, no superándose las 200 horas de actividad aeronáutica mensual, ni las 1.670 horas anuales, sin perjuicio de la posibilidad de ser incrementada con horas extraordinarias hasta un máximo de 80 horas anuales (art. 5 RD 1001/2010).

La duración de los períodos consecutivos de actividad aeronáutica no podrá exceder de 50 horas, ni realizarse más de 6 períodos consecutivos de actividad aeronáutica con independencia de la duración diaria de cada período de actividad aeronáutica. Al finalizar los períodos de actividad aeronáutica se deberá garantizar al controlador de tránsito aéreo un descanso mínimo de 60 horas, que podrán reducirse siempre que se respete, como mínimo, el descanso mensual mínimo que será de 180 horas distribuidas, al menos, en tres períodos de descanso de una duración mínima, cada uno de ellos, no inferior a 54 horas, que podrá reducirse a 48 horas en los casos que se programe menos de 6 períodos consecutivos de actividad aeronáutica en un período que no exceda de las 50 horas (art. 6 RD 1001/2010).

Respecto a la actividad operacional continua, la duración máxima de un período de actividad operacional continuo no podrá exceder de 2 horas, debiendo garantizarse a su finalización un descanso parcial mínimo de 30 minutos, salvo en las unidades que presenten períodos de baja carga de trabajo y la actividad del tráfico aéreo al que se presta servicio sea discontinua en cuyo caso podrá ampliar la duración del período de actividad operacional continuo hasta un máximo de 4 horas (art. 7 RD 1001/2010).

D) Trabajo en el mar

La OIT reguló las horas de trabajo a bordo en los convenios núm. 57, de 1936; núm. 76, de 1946; núm. 93 de 1949; núm. 109, de 1958; y núm. 180, de 1996, todos ellos retirados por decisión de la Conferencia Internacional del Trabajo en su 109.ª reunión en 2021.

El Real Decreto 525/2002, de 14 de junio, sobre el control de cumplimiento del Acuerdo comunitario relativo a la ordenación del tiempo de trabajo de la gente de mar, contiene el Acuerdo de 1998, sobre la ordenación del tiempo de trabajo de la gente de mar suscrito por la Asociación de Armadores de la Comunidad Europea (ECSA) y la Federación de Sindicatos del Transporte de

la Unión Europea (FST), que figura como anexo a la propia Directiva en el que se establece límites a las horas de trabajo.

En este Acuerdo se establece que la duración normal del tiempo de trabajo de la gente de mar que preste servicio a bordo de buques de navegación marítima que se dediquen normalmente a operaciones marítimas comerciales será, en principio, de ocho horas diarias, con un día de descanso semanal, además de los días de descanso correspondientes a los días festivos oficiales (cláusula 4).

No obstante, en la cláusula 5 del Acuerdo se establece límites al tiempo de trabajo, estableciendo que el número máximo de horas de trabajo de la gente de mar no excederá de catorce horas por cada período de veinticuatro horas, ni de setenta y dos horas por cada período de siete días. Se garantiza también el número mínimo de horas de descanso que no será inferior a diez horas por cada período de veinticuatro horas, ni de setenta y siete horas por cada período de siete días. Las horas de descanso podrán distribuirse en un máximo de dos períodos, uno de los cuales deberá ser de al menos seis horas ininterrumpidas, y el intervalo entre dos períodos consecutivos de descanso no excederá de catorce horas.

La Directiva 1999/63/CE, relativa al Acuerdo sobre la ordenación del tiempo de trabajo de la gente de mar³⁷, fue incorporada en el ordenamiento jurídico español mediante el Real Decreto 285/2002, de 22 de marzo³⁸, por el que se modificó el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, en lo relativo al trabajo en la mar.

Así pues, el tiempo de trabajo en el mar³⁹ se encuentra regulado en el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, en la que se prevé una ordenación más flexible de la jornada de trabajo y de los descansos que la prevista con carácter general debido a las peculiaridades del trabajo en el mar, sin perjuicio de la necesaria protección de la salud y la seguridad de estos trabajadores, estableciendo ciertos límites.

En concreto, los trabajadores que presten servicios a bordo de los buques y embarcaciones no podrán realizar una jornada total diaria superior a doce horas, incluidas, en su caso, las horas extraordinarias, tanto si el buque se halla en puerto

³⁷ Directiva 1999/63/CE del Consejo, de 21 de junio de 1999, relativa al Acuerdo sobre la ordenación del tiempo de trabajo de la gente de mar suscrito por la Asociación de Armadores de la Comunidad Europea (ECSA) y la Federación de Sindicatos del Transporte de la Unión Europea (FST). DOCE núm. 167, de 2 de julio de 1999, pp. 33 a 37. DOUE-L-1999-81321

³⁸ Real Decreto 285/2002, de 22 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, en lo relativo al trabajo en la mar. BOE núm. 82, de 5 de abril de 2002, pp. 13007 a 13015

³⁹ Vid. GARCÍA NINET, J. I.: «La ordenación del tiempo de trabajo de los trabajadores del mar». *Cuestiones Actuales sobre Derecho Social Comunitario* (coord.: María Areta Martínez, Antonio Vicente Sempere Navarro), 2009, pp. 358 a 378.

como en la mar, salvo en los casos de fuerza mayor en que sea necesario para garantizar la seguridad inmediata del buque o de las personas o la carga a bordo, o para socorrer a otros buques o personas que corran peligro en alta mar; o cuando se trate de proveer al buque de víveres, combustible o material lubricante en casos de apremiante necesidad, de la descarga urgente por deterioro de la mercancía transportada o de la atención debida por maniobras de entrada y salida a puerto, ataque, desataque y fondeo, en cuyo caso la jornada total resultante no podrá exceder en ningún caso de catorce horas por cada período de veinticuatro horas, ni de setenta y dos horas por cada período de siete días (art. 16.1 RD 1561/1995).

En la marina mercante, entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente los trabajadores tendrán derecho a un descanso mínimo de ocho horas, que será de doce horas cuando el buque se halle en puerto, excepto en caso de necesidad de realización de operaciones de carga y descarga durante escalas de corta duración o de trabajos para la seguridad y mantenimiento del buque en que podrá reducirse a un mínimo, salvo fuerza mayor, de ocho horas. Los turnos de guardia en la mar no podrán tener una duración superior a cuatro horas con un descanso de ocho horas ininterrumpidas a su finalización. Se podrá acordar en los convenios colectivos la distribución de las horas de descanso en un máximo de dos períodos, con un intervalo máximo entre ellos de catorce horas, uno de los cuales deberá ser de, al menos, seis horas ininterrumpidas (art. 17.2 RD 1561/1995).

En las embarcaciones dedicadas a la pesca, entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente los trabajadores tendrán derecho a un descanso mínimo de seis horas, en los convenios colectivos se podrá acordar la distribución de las horas de descanso en un máximo de dos períodos, con un intervalo entre dos períodos consecutivos de descanso que no excederá de catorce horas (art. 17.3 RD 1561/1995).

Las diferencias entre los descansos entre jornadas previstos y las doce horas establecidas con carácter general se compensarán en períodos de hasta cuatro semanas (arts. 9 y 17.4 RD 1561/1995).

El descanso semanal de día y medio será obligatorio para la totalidad del personal, incluido el capitán o quien ejerza el mando de la nave no sometido al régimen de jornada. Si por razones excepcionales no se hubiera podido disfrutar la totalidad de los días de descanso se acumularán para ser disfrutados cuando el buque tenga que efectuar una permanencia prolongada en puerto, por reparación u otras causas, o disfrutarlos unidos al periodo de vacaciones, de acuerdo con lo que se pacte en convenio colectivo (art. 18 RD 1561/1995).

Con la finalidad de garantizar el descanso y el exceso de horas de trabajo, la Dirección General de la Marina Mercante, al fijar o revisar la tripulación mínima de seguridad, tendrá en cuenta la necesidad de evitar o reducir al mí-

nimo, en la medida de lo posible, el exceso de horas de trabajo, así como garantizar un período de descanso suficiente y limitar la fatiga (DA quinta RD 1561/1995). Con la misma finalidad, los ejercicios periódicos tales como lucha contra incendios y abandono que impongan las normas nacionales e internacionales deberán realizarse de forma que perturben lo menos posible los tiempos de descanso y no provoquen fatiga (art. 17.5 RD 1561/1995).

En materia de jornada laboral y descansos, los buques inscritos en el Registro Especial de Buques y Empresas Navieras, con sede en las Islas Canarias, se regirán por lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores, y en la normativa sectorial específica, constituida por el reglamento de jornadas especiales de trabajo, o la norma que lo sustituya, con excepción de la aplicación de la limitación del número de horas extraordinarias⁴⁰. Esta exclusión tiene como objeto posibilitar la competitividad de las Empresas Navieras españolas con las Banderas de Conveniencia y la competencia desleal derivada de los costes laborales y fiscales inferiores de los registros abiertos⁴¹.

E) Trabajo en el campo

El trabajo en el campo tiene una serie de características, como son las inclemencias climatológicas o el esfuerzo físico que hacen que sea en muchas ocasiones un trabajo duro y penoso.

Además, en las labores agrícolas se prevé la posibilidad de ampliar la jornada (art. 5.1 RD 1561/1995), no obstante, se garantiza un descanso mínimo de 10 horas consecutivas de descanso entre jornadas, compensándose la diferencia hasta las doce horas establecidas con carácter general por períodos de hasta cuatro semanas (art. 5.3 RD 1561/1995).

Para aquellas faenas que exijan un extraordinario esfuerzo físico o en las que concurren circunstancias de especial penosidad derivadas de condiciones anormales de temperatura o humedad se establece la limitación de la jornada ordinaria a seis horas y veinte minutos diarios, y de treinta y ocho horas semanales de trabajo efectivo. En convenio colectivo se puede acordar la determinación las faenas en zonas concretas (art. 24 RD 1561/1995).

⁴⁰ Apdo. 8 de la DA decimosexta del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante. BOE núm. 253, de 20/10/2011.

⁴¹ DOMÍNGUEZ CABRERA, M. del P.: «El registro especial de buques en el texto refundido de la ley de puertos y la marina mercante en el derecho español». *Revista e-mercatoria*, Vol. 11, núm. 1, 2012, p. 263.

Si las faenas se llevan a cabo teniendo el trabajador los pies en agua o fango o en terrenos que no estén previamente alzados, la jornada ordinaria no podrá exceder de seis horas diarias y de treinta y seis horas semanales de trabajo efectivo (art. 24 RD 1561/1995).

En algunos convenios colectivos se regulan algunas limitaciones de la jornada en aquellos meses en que las condiciones climatológicas son más adversas por las bajas o altas temperaturas⁴².

F) Trabajos subterráneos de construcción y obras públicas o en el interior en minas

En atención a las especiales condiciones de penosidad y peligrosidad del trabajo subterráneo y, en particular en el interior de las minas, la legislación se ha ocupado de regular el tiempo de trabajo y de descanso en estas actividades⁴³.

El Estatuto del Minero⁴⁴, así como el reglamento de jornadas especiales de trabajo, establecen que la jornada de trabajo en el interior de las minas o trabajos subterráneos en la construcción y obras públicas se limita a treinta y cinco horas de trabajo efectivo semanal, sin perjuicio de que en la negociación colectiva se pueda establecer una distribución distinta de la semanal⁴⁵.

Además, esta jornada máxima puede verse reducida a seis horas diarias cuando en el trabajo subterráneo concurren circunstancias de especial penosidad, derivadas de condiciones anormales de temperatura o humedad o como consecuencia del esfuerzo suplementario derivado de la posición inhabitual del cuerpo al trabajar o reducirse a cinco horas como máximo cuando el trabajo en el interior haya de realizarse completamente mojado desde el principio de la jornada o seis horas como máximo si la situación comenzará con posterioridad a las dos horas del inicio de la jornada (art. 25 y 29 RD 1561/1995).

Cuando las aludidas circunstancias se presenten de forma extrema y continuada o se hagan de forma simultánea dos o más de ellas (agua a baja temperatura o cayendo directamente sobre el cuerpo del trabajador, etc.), el Comité

⁴² Artículo 11 del Convenio Colectivo de trabajo de ámbito sectorial para Actividades Agropecuarias de la provincia de Jaén (23000165011981). BOPJ núm. 3, de 4 de enero de 2019.

⁴³ Vid. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: «El tiempo de trabajo y su incidencia en la seguridad y salud laborales en la minería del carbón». *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 28, 2012.

⁴⁴ Artículo 3 del Real Decreto 3255/1983, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto del Minero. BOE núm. 3, de 04/01/1984.

⁴⁵ La norma prevé que esta jornada máxima empezará a computarse desde la entrada de los primeros trabajadores en el pozo o galería y concluirá con la llegada a bocamina de los primeros que salgan, salvo que a través de la negociación colectiva se estableciere otro sistema de cómputo.

de Seguridad e Higiene podrá llegar a un acuerdo para reducir los tiempos máximos de exposición y, en caso de no llegar a un acuerdo, la Administración de minas deberá determinar la reducción, tras constatar las circunstancias que la justifican (art. 25.4 RD 1561/1995).

Las personas trabajadoras que presten servicios en puestos de trabajo subterráneo no podrán prolongar la jornada realizando horas extraordinarias salvo que se precisen para la reparación o prevención de siniestros u otros daños extraordinarios y urgentes, riesgo grave de pérdida o deterioro importante de materias primas, o por circunstancias de carácter estructural derivadas de la naturaleza de la actividad en los términos que en convenio colectivo se definan (art. 28 RD 1561/1995) y tendrán derecho a un descanso mínimo semanal incrementado a dos días (art. 27 RD 1561/1995).

G) Trabajo en cajones de aire comprimido y de buceo profesional

En las operaciones en que se someta a los trabajadores a un medio hiperbárico en el buceo profesional como en el trabajo en los cajones de aire comprimido, el trabajador está expuesto a unos riesgos específicos como son los trastornos disbáricos, como pueden ser los accidentes por descompresión, o los baurtraumatismos óticos o pulmonares.

a) TRABAJO EN CAJONES DE AIRE COMPRIMIDO Y EN AMBIENTES HIPERBÁRICOS

En los trabajos en cajones de aire comprimido se establecen unos tiempos máximos de permanencia de los trabajadores bajo la acción del aire comprimido que se detallan en la tabla adjunta en la Orden de 20 de enero de 1956⁴⁶.

En los trabajos a presiones superiores a 2,5 kg/cm², la Dirección General de Trabajo, con informe del Instituto Nacional de Medicina y Seguridad del Trabajo, determinará la forma en que se ha de efectuar la compresión y descompresión y la duración de los trabajos correspondientes (art. 27 Orden 20/1/1956).

Se prevé la reducción de la duración del tiempo de trabajo en el caso de trabajadores que por primera vez trabajen en aire comprimido o que vuelvan al trabajo después de una interrupción de un año como mínimo, en cuyos casos la duración del trabajo señalado en la tabla deberá reducirse a la mitad para el

⁴⁶ Orden de 20 de enero de 1956, por la que se aprueba el Reglamento de higiene y seguridad social en los trabajos realizados en cajones con aire comprimido. BOE número 33, de 2 de febrero de 1956.

primer día, cuando la presión no exceda de 2 kg/cm², y para los dos primeros días, cuando exceda de esta cifra (art. 28 Orden 20/1/1956).

Como medida de prevención se establece que cuando el trabajo sea ejecutado a presiones inferiores a 1,5 kg/cm², es aconsejable que los trabajadores, después de la descompresión, permanezcan junto a la obra por un período de tiempo no inferior a media hora, y para presiones comprendidas entre 1,5 y 2,5 kg/cm², durante una hora sin que durante este período de tiempo realicen ninguna actividad física (art. 29 Orden 20/1/1956).

Específicamente, se considera como jornada de trabajo el tiempo de permanencia bajo la acción del aire comprimido (art. 32 Orden 20/1/1956) y se prohíbe superar los límites establecidos de duración máxima del trabajo para recuperar el tiempo perdido a causa de eventuales interrupciones, descansos o por cualquier otro motivo (art. 33 Orden 20/1/1956).

b) TRABAJOS DE BUCEO PROFESIONAL

En los trabajos de buceo profesional el trabajador inhala una mezcla respiratoria, habitualmente aire, a una presión superior a la ambiental a nivel del mar, lo que provoca la disolución del gas inerte y la necesidad de limitar la exposición y realizar una descompresión adecuada⁴⁷.

En el caso del buceo profesional en técnica de autónomo se limita la exposición máxima diaria al medio hiperbárico a un máximo de 180 minutos, incluidas la fase de compresión, la de estancia en el fondo y la de descompresión, tiempo que podrá incrementarse hasta los 300 minutos si todas las inmersiones fueran inferiores a 10 metros, computándose las inmersiones sucesivas en la jornada en el tiempo total permitido (art. 27 RD 550/2020)⁴⁸.

En el caso de buceo profesional en técnica de suministro en superficie la exposición máxima diaria al medio hiperbárico se limita de igual modo que en el buceo profesional en técnica de autónomo, aunque, excepcionalmente, en el caso de inmersiones a menos de 10 metros, y siempre de que no se supere esta profundidad en toda la jornada, la exposición máxima diaria al medio hiperbárico podrá exceder de 180 minutos, con un tiempo máximo de 300 (art. 32 RD 550/2020).

⁴⁷ Vid. Resolución de 2 de febrero de 2017, de la Dirección General de la Marina Mercante, por la que se actualizan determinados preceptos relacionados con las tablas de descompresión de las normas de seguridad para el ejercicio de actividades subacuáticas, aprobadas por la Orden de 14 de octubre de 1997. BOE núm. 51, de 1 de marzo de 2017, pp. 14165 a 14166.

⁴⁸ Real Decreto 550/2020, de 2 de junio, por el que se determinan las condiciones de seguridad de las actividades de buceo. BOE núm. 177, de 26/06/2020.

3. LÍMITES DEL TIEMPO DE TRABAJO DE LOS TRABAJADORES EXPUESTOS A RIESGOS ESPECÍFICOS

Se prevé en general la limitación de la jornada o la reducción de los tiempos de exposición a riesgos ambientales para la salud de las personas trabajadoras en aquellos casos que, aun cumpliéndose que la normativa legal en la materia, la realización de la jornada ordinaria de trabajo supone un riesgo para la salud de las personas trabajadoras debido, entre otros, a la exposición a agentes nocivos o tóxicos, la penosidad del trabajo o a su peligrosidad.

Estas medidas de limitación o reducción de la jornada exigen que no sea posible adoptar otras medidas de protección o prevención adecuadas, organizativas o técnicas, que posibilite la eliminación o reducción del riesgo y que se circunscriban a los puestos de trabajo, lugares o secciones en que se concrete el riesgo y por el tiempo en que subsista la causa que la motiva, sin que en ningún caso suponga la reducción del salario de las personas trabajadoras afectadas por esta medida (art. 23.3 RD 1561/1995⁴⁹).

Sin perjuicio de esta previsión general, en la normativa se regulan limitaciones concretas para los trabajadores expuestos a la exposición de agentes físicos, químicos, biológicos, cancerígenos, etc.

A) Trabajo en cámaras frigoríficas y de congelación

Las exposiciones extremas al calor o al frío suponen un riesgo para la salud, agravándose cuando más prolongado sea el tiempo de exposición al riesgo.

Respecto a la exposición al calor, son los convenios colectivos o los acuerdos de empresas los que regulan la limitación de la jornada o la modificación del horario de trabajo cuando los trabajadores están expuestos al calor o al frío intenso en los trabajos en el exterior.

En los trabajos en el interior de cámaras frigoríficas y de congelación se regula la limitación de la duración del trabajo en su interior, dependiendo de la temperatura a la que se realice el trabajo en su interior.

Se limita la duración de la permanencia de los trabajadores en el interior de las cámaras a 6 horas cuando la temperatura se encuentre por debajo de los cinco grados bajo cero, con la posibilidad de completarse la jornada realizando el resto en el exterior de las cámaras.

⁴⁹ Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo. BOE núm. 230, de 26/09/1995.

En todo caso, los trabajadores que realicen trabajos en el interior de cámaras frigoríficas y de congelación deberán hacer un descanso de recuperación en el exterior de diez minutos cada tres horas de trabajo ininterrumpido en el interior de las cámaras cuya temperatura se encuentre entre cero y cinco grados bajo cero; de quince minutos por cada hora de trabajo ininterrumpido en el interior de las cámaras cuya temperatura se encuentre por debajo de cinco y hasta los dieciocho grados bajo cero; o de quince minutos por cada cuarenta y cinco minutos de trabajo ininterrumpido en el interior de las cámaras cuya temperatura se encuentre por debajo de los dieciocho grados bajo cero.

B) Trabajos con equipos que incluyan pantallas de visualización

La probabilidad de que se produzca daños en la salud de los trabajadores debidos a la utilización de equipos que incluyan pantallas de visualización está estrechamente relacionada con la frecuencia de uso, la duración, la intensidad, los períodos de uso continuo de estos equipos y el número y duración de descansos⁵⁰.

En los casos en que se ponga de manifiesto que la utilización por los trabajadores de equipos con pantallas de visualización supone o puede suponer un riesgo para su seguridad o salud, el empresario debe de adoptar las medidas técnicas u organizativas necesarias para eliminar o reducir el riesgo al mínimo posible. Entre las medidas que el empresario debe adoptar se encuentra la reducción de la duración máxima del trabajo continuado en pantalla, organizando la actividad diaria de forma que esta tarea se alterne con otras o estableciendo las pausas necesarias cuando la alternancia de tareas no sea posible o no baste para disminuir el riesgo suficientemente (art. 3.3 RD 488/1997⁵¹), con la previsión que en los convenios colectivos pueda acordarse la periodicidad, duración y condiciones de organización de los cambios de actividad y pausas.

C) Trabajos con riesgos de exposición durante el trabajo a agentes cancerígenos o mutágenos, químicos o físicos

a) LIMITACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO PARA LA PROTECCIÓN DE LA EXPOSICIÓN A AGENTES CANCERÍGENOS O MUTÁGENOS

⁵⁰ Vid. URSUNÁRIZ SALA, P. *et. al.*: «Condiciones ergonómicas y síndrome ocular de pantallas de visualización de datos». *Medicina y seguridad del trabajo*, Vol. 48, núm. 190, 2001, pp. 61 a 70.

⁵¹ Real Decreto 488/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización. BOE núm. 97, de 23/04/1997.

La protección de los trabajadores contra los riesgos para su salud y su seguridad derivados o que puedan derivarse de la exposición a agentes cancerígenos o mutágenos durante el trabajo implica el control y limitación de la exposición al riesgo para evitar superar los valores límite, que en este caso viene referido a la media ponderada en el tiempo de la concentración de un agente cancerígeno o mutágeno en el aire dentro de la zona en que respira el trabajador, en relación con un período de referencia específico (diaria⁵² o de corta duración⁵³), y que vienen establecidos en el anexo III del Real Decreto 665/1997, de 12 de mayo⁵⁴.

El empresario debe limitar la exposición al riesgo garantizando que no se supera los valores límite establecidos (art. 5.4 RD 665/1997) y reduciendo la duración de la exposición anormal o que pueda preverse la posibilidad de un incremento significativo de la exposición de los trabajadores al tiempo estrictamente necesario [art. 7.1 b) y 7.2 a) RD 665/1997].

b) LIMITACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO PARA LA PROTECCIÓN DE LA EXPOSICIÓN AL AMIANTO

En el caso del riesgo a la exposición al amianto durante el trabajo también se establecen valores límite de exposición y la obligación del empresario de que ningún trabajador está expuesto a una concentración de amianto en el aire superior al valor límite ambiental de exposición diaria (VLA-ED) de 0,1 fibras por centímetro cúbico medidas como una media ponderada en el tiempo para un período de ocho horas (art. 4.1 RD 396/2006)⁵⁵.

Se prohíbe que los trabajadores con riesgo de exposición al amianto realicen horas extraordinarias o que trabajen por sistema de incentivos en el supuesto de que su actividad laboral exija sobreesfuerzos físicos, posturas forzadas o se realice en ambientes calurosos determinantes de una variación de volumen de aire inspirado [art. 7 b) RD 396/2006] y se limita el tiempo de trabajo con utilización de los equipos de protección individual de las vías respiratorias al mínimo estrictamente necesario, sin que en ningún caso puedan superarse las 4 horas diarias (art. 8.2 RD 396/2006).

⁵² Medido o calculado en relación con una media ponderada temporalmente con un período de referencia de ocho horas.

⁵³ Valor límite a partir del cual no debe producirse ninguna exposición y que hace referencia a un período de quince minutos, salvo que se especifique lo contrario.

⁵⁴ Real Decreto 665/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo. BOE núm. 124, de 24/05/1997.

⁵⁵ Real Decreto 396/2006, de 31 de marzo, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud aplicables a los trabajos con riesgo de exposición al amianto. BOE núm. 86, de 11/04/2006.

■ LA REORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO

c) LIMITACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO PARA LA PROTECCIÓN DE LA EXPOSICIÓN A AGENTES QUÍMICOS

Para la protección de los trabajadores contra los riesgos derivados o que puedan derivarse de la presencia de agentes químicos en el lugar de trabajo o de cualquier actividad con agentes químicos se regulan los valores límite ambiental de exposición diaria, calculados para cualquier período de quince minutos a lo largo de la jornada laboral, excepto para aquellos agentes químicos para los que se especifique un período de referencia inferior.

El empresario debe garantizar que ningún trabajador supere los valores límite de exposición (art. 8.1 RD 374/2001)⁵⁶ y reducir al mínimo la duración e intensidad de las exposiciones [art. 4 g) RD 374/2001].

d) LIMITACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO PARA LA PROTECCIÓN DE LA EXPOSICIÓN A LAS VIBRACIONES Y AL RUIDO DURANTE EL TRABAJO

El empresario debe garantizar que los trabajadores no estén expuestos en ningún caso a valores superiores al valor límite de exposición a las vibraciones durante el trabajo (art. 5.3 RD 1311/2005)⁵⁷.

La norma prevé que cuando se rebasen los valores límite de exposición y valores de exposición que dan lugar a una acción en el riesgo a vibraciones transmitidas a los trabajadores durante el trabajo, el empresario establecerá y ejecutará un programa de medidas técnicas y/o de organización destinado a reducir al mínimo la exposición a las vibraciones mecánicas y los riesgos que se derivan de ésta, especialmente, limitando la duración e intensidad de la exposición y realizando una ordenación adecuada del tiempo de trabajo (art. 5.1 g) y h) RD 1311/2005).

Igualmente, para la protección de los trabajadores contra los riesgos para su seguridad y su salud derivados o que puedan derivarse de la exposición al ruido la normativa prevé que para la reducción de este riesgo el empresario deberá adoptar, entre otras medidas, la reducción del ruido mediante la organización del trabajo, limitando la duración e intensidad de la

⁵⁶ Real Decreto 374/2001, de 6 de abril, sobre la protección de la salud y seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con los agentes químicos durante el trabajo. BOE núm. 104, de 01/05/2001.

⁵⁷ Real Decreto 1311/2005, de 4 de noviembre, sobre la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores frente a los riesgos derivados o que puedan derivarse de la exposición a vibraciones mecánicas. BOE núm. 265, de 05/11/2005.

exposición; y ordenando adecuadamente el tiempo de trabajo (art. 4.1 g) RD 286/2006)⁵⁸.

Los valores límite de exposición y valores de exposición que dan lugar a una acción se determinan con relación a la exposición al riesgo durante 8 horas al día o semanalmente (art. 5 RD 286/2006), que en ningún caso deberá superarse estos valores límite de exposición del trabajador (art. 8.1 RD 286/2006).

e) **LIMITACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO PARA LA PROTECCIÓN DE LA EXPOSICIÓN A LAS RADIACIONES ÓPTICAS ARTIFICIALES**

Para la protección de los trabajadores contra los riesgos para su salud y su seguridad derivados o que puedan derivarse de la exposición a las radiaciones ópticas artificiales durante su trabajo se determinan unos valores límite de exposición que no podrán superarse (art. 5 RD 486/2010)⁵⁹. En el caso de existir tal posibilidad el empresario deberá elaborar y aplicar un plan de acción donde incluirá medidas técnicas y/u organizativas destinadas a impedir que la exposición supere dichos valores límite, prestando particular atención, entre otros, a la limitación de la duración y del nivel de la exposición [art. 4.2 f) RD 486/2010].

D) Trabajo nocturno y a turnos

Algunos estudios han demostrado los efectos perjudiciales para la salud de los períodos prolongados de trabajo nocturno o el incremento del riesgo a sufrir un accidente de trabajo, por lo que se recomienda limitar la duración de la jornada de trabajo de los trabajadores nocturnos y las horas extraordinarias de estos⁶⁰.

⁵⁸ Real Decreto 286/2006, de 10 de marzo, sobre la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición al ruido. BOE núm. 60, de 11/03/2006.

⁵⁹ Real Decreto 486/2010, de 23 de abril, sobre la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a radiaciones ópticas artificiales. BOE núm. 99, de 24/04/2010.

⁶⁰ Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. DOUE núm. 299, de 18 de noviembre de 2003, pp. 9 a 19.

En este sentido, en el Estatuto de los trabajadores limita la jornada de los trabajadores nocturnos⁶¹ a ocho horas diarias de promedio, en un periodo de referencia de quince días y sin que se puedan adicionar horas extraordinarias (art. 36.1 RD Leg. 2/2015).

Solo puede superarse el límite de jornada de los trabajadores nocturnos en el caso de que resulte necesario realizar horas extraordinarias para prevenir y reparar siniestros u otros daños extraordinarios y urgentes o en los casos de ampliaciones de jornada previstas en el capítulo II del Real Decreto 1561/1995, como es el caso de los trabajadores móviles (art. 32.1 RD 1561/1995).

Estas excepciones a los límites de jornada de los trabajadores nocturnos no podrán tener por efecto la superación de una jornada de ocho horas diarias de trabajo efectivo de promedio en un período de referencia de cuatro meses en los supuestos de ampliaciones de jornada previstos en el capítulo II del Real Decreto 1561/1995, o de cuatro semanas en los restantes supuestos. Esto supone que el caso de superarse el límite de jornada mediante la realización de horas extraordinarias deberá reducirse la jornada de trabajo de los trabajadores afectados en los días siguientes hasta alcanzar el promedio de 8 horas diarias en el período de referencia de cuatro semanas (art. 32.2 RD 1561/1995).

No obstante, en el caso de los trabajadores cuyo trabajo implique riesgos especiales o tensiones físicas o mentales importantes la jornada máxima de ocho horas se computará en un período de veinticuatro horas, no en el periodo de referencia de quince días (art. 33.1 RD 1561/1995). Además, en estos casos la jornada máxima de 8 horas de los trabajadores nocturno no podrá superarse en los casos de ampliaciones de jornada previstas en el capítulo II del Real Decreto 1561/1995 en el caso de los trabajadores cuyo trabajo implique riesgos especiales o tensiones físicas o mentales importantes (art. 33.2 RD 1561/1995). En este sentido se prevé que el Gobierno pueda establecer limitaciones y garantías adicionales a las previstas para la realización de trabajo nocturno en ciertas actividades o por determinada categoría de trabajadores, en función de los riesgos que comporten para su salud y seguridad (art. 36.1 ET).

En el caso de trabajos a turnos sucesivos durante las veinticuatro horas del día la empresa debe garantizar que ningún trabajador esté en el turno de noche más de dos semanas consecutivas, salvo adscripción voluntaria (art. 36.3 ET).

⁶¹ De acuerdo con el apartado primero del artículo 36 del ET, «*se considerará trabajador nocturno a aquel que realice normalmente en periodo nocturno (el realizado entre las diez de la noche y las seis de la mañana) una parte no inferior a tres horas de su jornada diaria de trabajo, así como a aquel que se prevea que puede realizar en tal periodo una parte no inferior a un tercio de su jornada de trabajo anual*».

E) Trabajo a distancia y el teletrabajo

Es obligación del empresario garantizar la limitación del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo para asegurar la duración máxima de la jornada y los periodos de descanso, como una medida fundamental de prevención del riesgo laboral que puede suponer la hiperconectividad⁶², aunque delimitar el tiempo de trabajo en el trabajo a distancia o el teletrabajo no es siempre una tarea sencilla⁶³.

Algunos aspectos se encuentran en el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, de 2005, como es la competencia del teletrabajador de gestionar la organización de su tiempo de trabajo, derecho que se contempla en el artículo 13 de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia⁶⁴, el derecho al horario flexible en los términos del acuerdo de trabajo a distancia y la negociación colectiva, respetando los tiempos de disponibilidad obligatoria y la normativa sobre tiempo de trabajo y descanso, y sin perjuicio del registro horario (art. 34.9 ET y 14 Ley 10/2021).

La Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia también prevé que en la evaluación de los riesgos laborales en esta modalidad de organización del trabajo se tenga en cuenta la distribución de la jornada, los tiempos de disponibilidad y la garantía de los descansos y desconexiones durante la jornada (art. 16.1 Ley 10/2021)⁶⁵, reconociéndose específicamente el derecho a la desconexión digital (art. 18 Ley 10/2021), en los términos del artículo 88 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre⁶⁶, en especial para evitar el riesgo de fatiga informática y la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar, y en los términos en que se haya pactado en los convenios o acuerdos colectivos de trabajo las medidas adecuadas para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la desconexión en el trabajo a distancia y la garantía de tiempos de descanso.

⁶² TRUJILLO PONS, F.: «La “desconexión digital” a lomos de la seguridad y salud en el trabajo». *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, núm. 45, 2021 (Ejemplar dedicado a: Estatuto de los trabajadores, perspectivas de cambio), p. 259.

⁶³ MOLINA NAVARRETE, C.: «Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: “desconexión digital”, garantía del derecho al descanso». *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 138, 2017 (Ejemplar dedicado a: Impacto de las tecnologías de la información y las comunicaciones sobre las Relaciones Laborales), p. 255.

⁶⁴ Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia. BOE núm. 164, de 10/07/2021.

⁶⁵ Vid. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «Teletrabajo y prevención de riesgos laborales: apuntes a la luz de la Ley 10/2021». *Seminario Internacional sobre Nuevos Lugares, Distintos Tiempos y Modos Diversos de Trabajar: innovación tecnológica y cambios en el ordenamiento social*. Roberto Fernández Fernández (coord.); Juan José Fernández Domínguez (aut.), 2021, pp. 65 a 91.

⁶⁶ Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. BOE núm. 294, de 06/12/2018.

4. LIMITACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO DE LOS TRABAJADORES ESPECIALMENTE SENSIBLES A DETERMINADOS RIESGOS LABORALES

Algunos trabajadores debido a sus propias características personales y físicas o estado biológico conocido pueden ser especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo y, que, tras la evaluación de los riesgos laborales, se adopten como medidas de protección de la salud la limitación de la exposición al riesgo, ya sea limitando la jornada o incrementando las pausas o períodos de descanso.

También merecen especial atención las personas trabajadoras con discapacidad, las de menor edad o las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente, en cuyo caso se pueden establecer también limitaciones en el tiempo de trabajo como medida de protección de la salud (art. 25 Ley 31/1995).

A) **Protección de las personas trabajadoras discapacitadas**

El empresario debe garantizar de manera específica la protección de los trabajadores que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, lo que deberá tener en cuenta en las evaluaciones de los riesgos de los puestos de trabajo que vayan a ocupar y adoptar las medidas preventivas y de protección necesarias (art. 25.1 Ley 31/1995).

Se deberá tener en cuenta si la discapacidad supone que el trabajador sea especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo y cuya medida adecuada pueda ser la adecuación de los tiempos de trabajo y descanso.

Concretamente, se prohíbe la realización de horas extraordinarias en la relación laboral de carácter especial existente entre los trabajadores minusválidos y los Centros Especiales de Empleo, salvo las necesarias para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y se computa como tiempo de trabajo efectivo las ausencias que no excedan de diez días en un semestre para asistir a tratamientos de rehabilitación médico-funcionales y para participar en acciones de orientación, formación y readaptación profesional (art. 13 RD 1368/1985)⁶⁷.

B) **Protección de los menores**

⁶⁷ Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los Centros Especiales de Empleo. BOE núm. 189, de 08/08/1985.

Para el caso de los menores de edad se establece algunas limitaciones en relacionadas con el tiempo de trabajo, como son: la prohibición de realizar trabajos nocturnos u horas extraordinarias (art. 6 ET)⁶⁸ y se limita la jornada máxima de trabajo de los menores de edad a ocho horas diarias de trabajo efectivo (para uno o más empresarios), incluyendo, en su caso, el tiempo dedicado a la formación (art. 34.3 ET).

Se considera trabajo nocturno el realizado entre las diez de la noche y las seis de la mañana (art. 36.1 ET), no obstante, de acuerdo con la DA cuarta del RD 1561/1995, a efectos del trabajo nocturno de los trabajadores menores en el trabajo a bordo de los buques en la marina mercante y en la pesca, se considerará trabajo nocturno el realizado entre las diez de la noche y las siete de la mañana⁶⁹.

Igualmente se incrementa el tiempo de descanso mínimo dentro de la jornada de trabajo a treinta minutos siempre que la duración de la jornada diaria continuada exceda de cuatro horas y media (art. 34.4 ET) y como mínimo a dos días interrumpidos de descanso semanal (art. 37.1 ET).

C) **Trabajadoras en situación de embarazo o lactancia natural**

En el caso de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente si la evaluación de riesgos laborales que se realice, teniendo en cuenta la situación de embarazo o parto reciente, revelan un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia se deberán adoptar las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada⁷⁰.

Esto supone la adaptación de las condiciones de trabajo a la situación de la trabajadora como puede ser, según el caso, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos, el incremento del tiempo de descanso o la reducción del ritmo de trabajo⁷¹.

En los casos que la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resultase posible o, a pesar de tal adaptación, las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embara-

⁶⁸ Artículo 6 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.

⁶⁹ El Real Decreto 618/2020, de 30 de junio, por el que se establecen mejoras en las condiciones de trabajo en el sector pesquero. BOE núm. 182, de 02/07/2020, amplía la prohibición del trabajo en horario nocturno de los menores a la actividad de la pesca.

⁷⁰ Vid. Artículo 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales.

⁷¹ Vid. GARCÍA VIÑA, J.: *La prevención de riesgos de la mujer embarazada*. Editorial Comares, 2009.

zada, del feto o del lactante, y no sea posible el cambio de puesto de trabajo o funciones podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo durante el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado [art. 26.3 Ley 31/1995 y 45.1 e) ET].

5. PERÍODOS ASIMILADOS A TIEMPO DE TRABAJO EFECTIVO

Ciertos periodos de tiempo dedicado a actividades de prevención de riesgos laborales son computados excepcionalmente como parte de la jornada efectiva de trabajo, aunque no se realice propiamente una actividad productiva.

Son períodos de tiempo en que el trabajador realiza alguna obligación como la formación en materia de prevención de riesgos, los reconocimientos médicos, la realización de medidas higiénicas, etc., medidas todas ellas cuyo coste (económico, en tiempo invertido, etc.) no debe recaer en modo alguno sobre los trabajadores (art. 14.5 Ley 31/1995).

A) **Tiempo dedicado a la formación en materia preventiva**

El empresario está obligado a garantizar que todas las personas trabajadoras reciban la formación adecuada en materia preventiva que deberá impartirse durante la jornada de trabajo u en otras horas, pero descontándose el tiempo invertido en la misma de la jornada de trabajo (art. 19.2 Ley 31/1995)⁷². Igualmente, el tiempo dedicado a la formación de los delegados de prevención debe ser considerado tiempo de trabajo a todos los efectos (art. 37.2 Ley 31/1995).

En concreto, los cursos de formación para la obtención del Certificado de Aptitud Profesional (CAP), por el que se regula la cualificación inicial y la formación continua de los conductores de determinados vehículos destinados al transporte por carretera, se integran en la formación exigida al empresario por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, por esta razón, el tiempo de-

⁷² GARCÍA VIÑA, J.: «La formación y la prevención de riesgos laborales en España». *Seguritecnia*, núm. 439, 2017, p. 89; y MIÑARRO YANINI, M.: «La obligatoriedad de la formación como factor determinante del sujeto que ha de retribuir el tiempo empleado en la misma cuando se imparte fuera de la jornada de trabajo: la formación continua de los trabajadores de empresas de seguridad. A propósito de la Sentencia del TS 25 febrero 2002». *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, núm. 147, 2003, pp. 46 a 56.

dicado a esta formación debe llevarse a cabo con cargo a las empresas, dentro de la jornada laboral y ser considerado como de trabajo efectivo⁷³.

En el transporte de mercancías peligrosas debe computarse el tiempo empleado en la formación dirigida a la renovación del ADR como tiempo efectivo de trabajo⁷⁴.

B) Tiempo utilizado por los delegados de prevención en el ejercicio de funciones

También computa como tiempo de trabajo efectivo el tiempo utilizado por los Delegados de Prevención en el ejercicio de funciones de representación en las reuniones del Comité de Seguridad y Salud y cualesquiera otras convocadas por el empresario en materia de prevención de riesgos, así como el destinado a acompañar a los técnicos en las evaluaciones, a los funcionarios de la Inspección de trabajo en sus visitas en esta materia, o para recabar información en el lugar donde se ha producido daños en la salud de un trabajador de la empresa (art. 37.1 Ley 31/1995).

C) Tiempo de trabajo suspendido a causa de infracciones en la normativa de prevención de riesgos laborales

En el caso de que el empresario infrinja la normativa en materia de seguridad y salud, y concurren circunstancias de excepcional gravedad, las autoridades competentes en la materia pueden acordar la suspensión de las actividades laborales por un tiempo determinado (art. 53 Ley 31/1995), tiempo que los trabajadores mantendrán el derecho al salario sin obligación de compensar la jornada no realizada posteriormente. Igualmente, ante situaciones de riesgos graves e inminente que requieran la suspensión del trabajo ordenada por el empresario, por los trabajadores o por sus representantes legales (art. 21 Ley 31/1995) o la paralización por la Inspección de Trabajo (art. 44 Ley 31/1995 y art. 22.12 Ley 23/2015⁷⁵), las personas trabajadoras afectadas conservaran el derecho al salario por el tiempo de

⁷³ STS Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1.ª), de 11 febrero 2013 (Rec. 278/2011).

⁷⁴ STS Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1.ª), núm. 979/2017, de 11 febrero 2013 (Rec. 265/2016).

⁷⁵ Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social. BOE núm. 174, de 22/07/2015.

trabajo suspendido o que no hayan podido prestar servicios a causa de la paralización, computándose por tanto como tiempo efectivo de trabajo.

D) **Tiempo de trabajo dedicado a medidas higiénicas**

En algunas actividades deben adoptarse alguna medida higiénica para prevenir daños en la salud de los trabajadores como es el aseo personal antes de las comidas y antes de abandonar el trabajo.

La normativa en materia de prevención de riesgos laborales prevé que los trabajadores expuestos a riesgos para la salud o seguridad de los trabajadores como consecuencia del trabajo con agentes biológicos⁷⁶, agentes cancerígenos o mutágenos⁷⁷, o expuestos a fibras de amianto o de materiales que lo contengan⁷⁸, dispondrán, dentro de la jornada laboral, de diez minutos para su aseo personal antes de la comida y otros diez minutos antes de abandonar el trabajo, prohibiéndose su acumulación o utilización para fines distintos de los previstos. En todo caso, las medidas de higiene, en particular los diez minutos para el lavado de manos, antes de ir a comer o ante de finalizar la jornada, será un derecho de los trabajadores expuestos a los riesgos especificados si están contempladas como preceptivas u obligatorias en la propia evaluación de riesgos laborales⁷⁹.

No obstante, en el caso del personal sanitario y de centros de salud y hospitalarios el Tribunal Supremo⁸⁰ ha considerado que si el tipo de actividad impone al trabajador la obligación de asearse continuamente y de manera repetida a lo largo de su jornada laboral tras cada contacto con un paciente, el aseo personal se configura entonces como una tarea habitual y consustancial a las del propio puesto de trabajo, por lo que carece de sentido que se le concedan además los dos periodos de diez minutos que devienen del todo innecesarios por reiterativos.

⁷⁶ Artículo 7.2 del Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo. BOE núm. 124, de 24/05/1997.

⁷⁷ Artículo 6.2 del Real Decreto 665/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo. BOE núm. 124, de 24/05/1997.

⁷⁸ Artículo 9.1 c) del Real Decreto 396/2006, de 31 de marzo, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud aplicables a los trabajos con riesgo de exposición al amianto. BOE núm. 86, de 11/04/2006.

⁷⁹ STSJ de País Vasco, (Sala de lo Social, Sección 1.ª), núm. 2240/2018, de 13 noviembre (Rec. 2139/2018).

⁸⁰ STS (Sala de lo Social), núm. 48/2022, de 19 enero (Rec. 64/2021).

6. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR MARTÍN, M. C.: «El tiempo de trabajo como elemento vertebrador de la seguridad y la salud de las personas trabajadoras». *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 456, 2021, pp. 65 a 100.
- BELINTXON MARTIN, U.: «Prevención de riesgos laborales, transporte y derecho europeo: distorsiones de la realidad práctica». *La Ley Unión Europea*, núm. 73, 2019.
- CASTRO CONTE, M.: «Riesgos psicosociales y su relación con los tiempos de trabajo y salario». *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración: Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 98, 2012, pp. 73 a 94.
- DOMÍNGUEZ CABRERA, M. del P.: «El registro especial de buques en el texto refundido de la ley de puertos y la marina mercante en el derecho español». *Revista e-mercatoria*, Vol. 11, núm. 1, 2012, pp. 259 a 286.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: «El tiempo de trabajo y su incidencia en la seguridad y salud laborales en la minería del carbón». *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 28, 2012.
- FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, Ó.: «Flexiseguridad y tiempo de trabajo en la ordenación de la actividad asalariada en España». *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. Extra, 135, 2018 (Ejemplar dedicado a: El modelo de flexiseguridad en el ordenamiento laboral español), pp. 157 a 196.
- GARCÍA BLASCO, J.: «Tutela de la seguridad y salud y tiempo de trabajo: a propósito de la STJUE de 14 de mayo de 2019». *Revista Galega de Dereito Social - 2.ª etapa: (RGDS)*, núm. 10, 2020, pp. 9 a 17.
- «Tutela de la seguridad y salud y tiempo de trabajo». *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles: Estudios ofrecidos a María Emilia Casas Baamonde con motivo de su investidura como doctora honoris causa por la Universidad de Santiago de Compostela*. Francisco Javier Gárate Castro (dir.), Yolanda Maneiro Vázquez (dir.), José María Miranda Boto (ed. lit.), Lidia Gil Otero (ed. lit.), 2020, pp. 655 a 660.
- «Nueva dimensión del tiempo de trabajo y salud laboral». *Los desafíos del Derecho del trabajo ante el cambio social y económico: Libro en homenaje a Federico Durán López*. Carmen Sáez Lara (coord.), Federico Navarro Nieto (coord.), Pedro Gómez Caballero (coord.), 2021, pp. 305 a 310.
- GARCÍA NINET, J. I.: «La ordenación del tiempo de trabajo». *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, núm. 43, 1994, pp. 39 a 53.
- «Sobre el uso y abuso del teléfono, del fax, del ordenador y del correo electrónico de la empresa para fines particulares en lugar y tiempo de trabajo: Datos

- para una reflexión en torno a las nuevas tecnologías». *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, núm. 127, 2001, pp. 5 a 14.
- «Acción preventiva en los colectivos especialmente protegidos». *Manual de prevención de riesgos laborales: seguridad, higiene y salud en el trabajo*. 2002, pp. 211 a 246.
- «En torno a la STS (Sala Cuarta) de 27 de enero de 2009, los tiempos de guardias de localización cuando el trabajador no permanece en el lugar designado por el empresario no son tiempo de presencia a efectos de computar el tiempo de trabajo. Pilotos de helicópteros del Servicio de guardacostas de la Xunta de Galicia. Normativa nacional, pactado y de la Unión Europea. Las limitaciones propias de un servicio de estas características o los gajes del oficio de empleo». *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, núm. 223, 2009, pp. 5 a 13.
- «La ordenación del tiempo de trabajo de los trabajadores del mar». *Cuestiones Actuales sobre Derecho Social Comunitario* (coord.: María Areta Martínez, Antonio Vicente Sempere Navarro), 2009, pp. 358 a 378.
- «Lecciones 22, 23 y 24. El tiempo de la prestación de trabajo (I, II y III)». *Derecho del Trabajo*. José Ignacio García Ninet (dir.); María Arántzazu Vicente Palacio (coord.); Aranzadi, 2018.
- «La protección del tiempo de trabajo en la historia de la OIT». *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 147, 2020, pp. 217 a 247.
- GARCÍA VIÑA, J.: *La prevención de riesgos de la mujer embarazada*. Editorial Comares, 2009.
- «La formación y la prevención de riesgos laborales en España». *Seguritecnia*, núm. 439, 2017, pp. 88 a 89.
- MIÑARRO YANINI, M.: «La obligatoriedad de la formación como factor determinante del sujeto que ha de retribuir el tiempo empleado en la misma cuando se imparte fuera de la jornada de trabajo: la formación continua de los trabajadores de empresas de seguridad. A propósito de la Sentencia del TS 25 febrero 2002». *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, núm. 147, 2003, pp. 46 a 56.
- MOLINA NAVARRETE, C.: «Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: “desconexión digital”, garantía del derecho al descanso». *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 138, 2017 (Ejemplar dedicado a: Impacto de las tecnologías de la información y las comunicaciones sobre las Relaciones Laborales), pp. 249 a 283.
- MONEREO PÉREZ, J. L.; MUROS POLO, A.: «El “tiempo de trabajo” y el “período de descanso” a debate en las guardias en régimen de disponibilidad no presencial: Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de marzo de 2021, asuntos C-344/19 y C-580/19». *La Ley Unión Europea*, núm. 92, 2021.
- Organización Internacional del Trabajo: «Cuestiones prioritarias de seguridad y salud en el sector del transporte por carretera». *Informe para la discusión en la Reunión sectorial tripartita sobre la seguridad y la salud en el sector del transporte por carretera*. Ginebra, 12-16 de octubre de 2015.

- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «Teletrabajo y prevención de riesgos laborales: apuntes a la luz de la Ley 10/2021». *Seminario Internacional sobre Nuevos Lugares, Distintos Tiempos y Modos Diversos de Trabajar: innovación tecnológica y cambios en el ordenamiento social*. Roberto Fernández Fernández (coord.); Juan José Fernández Domínguez (aut.), 2021, pp. 65 a 91.
- SALIDO BANÚS, J. L.; BARCELÓ FERNÁNDEZ, J.: «El tiempo de trabajo: los compromisos asumidos por España por la ratificación de diferentes convenios de la OIT y su cumplimiento por la ley y los convenios colectivos estatutarios». *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 117, 2015 (Ejemplar dedicado a: Derecho social internacional y comunitario), pp. 213 a 237.
- TRUJILLO PONS, F.: «Tiempo de trabajo en el sector del transporte de mercancías por carretera: una especial referencia a los trabajadores autónomos». *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 38, 2014.
- «La “desconexión digital” a lomos de la seguridad y salud en el trabajo». *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, núm. 45, 2021 (Ejemplar dedicado a: Estatuto de los trabajadores, perspectivas de cambio), pp. 257 a 275.
- URSUNÁRIZ SALA, P. *et. al.*: «Condiciones ergonómicas y síndrome ocular de pantallas de visualización de datos». *Medicina y seguridad del trabajo*, Vol. 48, núm. 190, 2001, pp. 61 a 70.
- VICENTE ANDRÉS, R.: «Análisis de la Jurisprudencia del TJUE (C-580/19 y 344/19) sobre el concepto de tiempo de trabajo en régimen de disponibilidad no presencial». *Unión Europea Aranzadi*, núm. 8-9, 2021.
- VV. AA. *Manual de Prevención de Riesgos Laborales: seguridad, higiene y salud en el trabajo*. José Ignacio García Ninet (dir.); Jesús Barceló Fernández (coord.); Susana Moreno Cáliz (coord.). Atelier, 2017 (4 ed.).
- VV. AA. *Derecho del Trabajo*. José Ignacio García Ninet (dir.); María Arántzazu Vicente Palacio (coord.); Aranzadi, 2020 (11 Ed.).

CAPÍTULO XXXVIII

VIDA LABORAL Y EDAD DE JUBILACIÓN

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

1. INTRODUCCIÓN

El acceso a las prestaciones denominadas «largas» (las que revisten la forma de pensión) es complejo, singularmente para las pensiones incapacidad permanente cuando es imputable a enfermedad común o bien a enfermedad o accidente común sin estar en alta o situación asimilada a ella¹; en las de supervivencia en situación de no alta o asimilada a ella² y en la de jubilación, por los largos períodos previos que se exigen para poder lucrar las prestaciones económicas vinculadas a tales situaciones.

Centrándonos en la pensión de jubilación, las últimas reformas desde 1985 denominadas eufemísticamente de: a) En 1985 de «racionalización» que realmente venían a incrementar el período exigible de 10 a quince años y los años a computar en la base reguladora de 2 a 8 años³; b) En 2007 de-

¹ Véase artículo 195 LGSS.

² También para las pensiones de supervivencia, cuando no se está en alta o situación asimilada a ella, pues exigen un período cualificado de cotización previa de 15 años a cargo del sujeto causante (artículo 219.1, 224.1 y 226 LGSS)

³ Artículos Segundo y Tercero de la Ley 26/1985, de 31 de julio, de medidas urgentes para la racionalización de la estructura y de la acción protectora de la Seguridad Social (art. segundo y tercero).

nominada de «*correlación*» entre cotizaciones y prestaciones para excluir como cotizaciones computables los denominados días cuota y endurecer los requisitos de acceso a la jubilación anticipada⁴; c) En 2011 de «*actualización, adecuación y modernización*» estableciendo distintos períodos y edades de jubilación (elevándolos en definitiva) y una mayor proporcionalidad entre las cotizaciones efectuadas y la cuantía de las pensiones (reduciendo la cuantía) o nuevas reglas para la integración de lagunas (reduciéndola para aquellos períodos de vacíos más allá de los dos últimos años); nuevos porcentajes de cotización para alcanzar el 100% de la base reguladora, endureciendo el acceso a la jubilación anticipada y jubilación parcial e introduciendo un coeficiente penalizador a tales pensiones denominado «factor de sostenibilidad del sistema de la Seguridad Social»⁵; y d) En 2021 de medidas que actúan sobre «el acceso a la pensión de jubilación a través de fórmulas voluntarias y más equitativas que favorecen un progresivo alineamiento de la edad efectiva y de la edad ordinaria de jubilación como vía para reforzar la sostenibilidad del sistema en el medio y largo plazo», «reforzar la equidad modificando la incidencia de los coeficientes reductores de la pensión» actuando ahora sobre la cuantía de la misma; o medidas de «coherencia» postergando la posibilidad de acceso a la jubilación activa o derogando el *facto* de sostenibilidad pero sustituyéndolo por otro denominado de equidad intergeneracional por determinar. En definitiva, reformas que no han sido otra cosa que un endurecimiento de las condiciones de acceso y de reducción en la cuantía final a percibir⁶, En definitiva regresivas. Y todas ellas bajo un mantra que se repite incansablemente, la insostenible situación entre activos/pasivos y que lo peor está por venir cuando lleguen a jubilarse la generación del *baby boom*. Lo cuales han pasado de ser salvadores del sistema hasta hace muy poco y a futuros responsables de la quiebra de la Seguridad Social.

Esta ilógica regresividad del sistema de Seguridad Social (en su nivel contributivo) ha conllevado a que la carrera de seguro, la vida laboral de una persona, vaya cobrando una enorme importancia, no solamente en su aspecto de período mínimo necesario para lucrar pensión (recuérdese que en 1985 se

⁴ Véase:

- Su exposición de motivos.
- Artículo 3 de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

⁵ Artículos 4, 5, 6 de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social.

⁶ Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones.

incrementó en un 50% más) y cuantía final de la pensión (mayor número de años para alcanzar el 100% de la base reguladora), sino también en otros aspectos relacionados, como:

1) La determinación de la legislación aplicable. Los sucesivos cambios legislativos y el endurecimiento del acceso a las diversas modalidades de jubilación se han hecho de forma progresiva y en las que la vida laboral previa del trabajador tiene incidencia, tanto para acogerse a una normativa previa al hecho causante como a la vigente a tal momento.

2) La edad de acceso. Aspecto que adquiere una especial relevancia en a) La edad ordinaria está fijada en un mínimo (65 o 67 años) que se hace depender del número de años cotizados; b) La edad en que se puede anticipar el acceso a la jubilación anticipada, con unos coeficientes reductores en función del número total de años cotizados; c) La reducción de la edad de acceso a la jubilación que se hace depender del tiempo cotizado previamente.; d) El acceso a la jubilación parcial que se condiciona con un mínimo de años cotizados; e) La jubilación «*demorada o postergada*» que se premia en su cuantía con un complemento en función de los años cotizados posteriores al cumplimiento de la edad ordinaria; y f) La jubilación forzosa, con una edad mínima de aplicación, si bien con alguna excepción.

3) La situación de alta o asimilada a ella. En la que también tiene una incidencia la existencia de un período previo de cotización y atenuación de la denominada carencia específica.

La cuantificación del período cotizado y computable de un trabajador en el acceso a las prestaciones de la Seguridad Social (incluso en las prestaciones denominadas «cortas», en los subsidios) puede ser una tarea difícil en algunas ocasiones. En el acceso a la pensión de jubilación, es muy compleja ya que hay que tener en cuenta toda la vida laboral posible de una persona (desde los 14 hasta 14-3-1980 o 16 años a partir de dicha fecha) y además todas las vicisitudes que le han acompañado tanto laboral como personalmente⁷. El presente estudio pretende ser lo más completo y detallado posible de cómo se puede llegar a determinar la vida laboral computable de un trabajador a la hora de acceder a la pensión de jubilación en estos tiempos en que los que se está poniendo de relieve las crecientes dificultades de las per-

⁷ Véase: MALDONADO MOLINA, J. A.: «La cotización acreditada: sus efectos en orden al derecho y cuantía de las prestaciones. Novedades legislativas», *Revista Digital CEMCI*, número. 20, julio a septiembre de 2013, pp. 1-28.

MONEREO PÉREZ, J. L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: *La pensión de jubilación*, Ediciones Laborum. Murcia, 2020, pp. 34 y ss.

sonas jóvenes en encontrar ocupación y conservarla y que supondrán un impedimento para alcanzar una carrera de cotización mínima prolongada que permita el acceso a sus futuras pensiones ⁸.

2. LA SITUACIÓN DE ALTA O ASIMILADA A ELLA DURANTE EL DESARROLLO DE LA VIDA LABORAL Y SU INFLUENCIA EN EL ACCESO A LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN

Afiliación y alta o situación asimilada a ella son requisitos generales de acceso las prestaciones del Régimen General al momento de sobrevenir la contingencia o situación protegidas, salvo disposición expresa en contrario (art. 165.1 LGSS). Condiciones que se reiteran para ser beneficiario de la pensión de jubilación (art. 205.1 LGSS). La afiliación tiene influencia en que resulta indispensable para estar de alta y cotizar en el sistema, pero dado su carácter vitalicio, una vez que se ha llevado a cabo deja de tener relevancia pues no hay requisito de «antigüedad» previa de la misma para el acceso a las prestaciones. El requisito de estar en alta o situación asimilada si lo tiene, aunque también pueden beneficiarios los trabajadores afiliados al Sistema de la Seguridad Social que, en la fecha del hecho causante, no estén en alta o en situación asimilada a ella, siempre que reúnan los requisitos de edad y cotización establecidos (art. 205.3 LGSS). En realidad, el requisito de alta o situación asimilada adquiere especial virtualidad cuando se quiera acceder a cualquiera de las modalidades de jubilación anticipada y a la jubilación parcial o cuando, por ejemplo, se quiera beneficiar de coeficientes reductores en la edad de jubilación, en cuyo caso los períodos de actividad a bonificar de-

⁸ Véase:

Recomendación 17 bis Juventud y Seguridad Social del Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo de 2020 (BOCG 10 noviembre de 2020).

LUQUE, S., PANADERO, H., SANZ, J. y COLL, C.: Trayectorias Laborales de los y las jóvenes y mantenimiento de la protección social. Un análisis comparado, 2011, Investigación del programa de fomento de la Investigación de la Protección Social FIPROS, al amparo de la Orden TIN/1512/2010, 1 de junio, accesible en <https://www.seg-social.es>.

CONDE GUTIÉRREZ DEL ÁLAMO, F., CEBRIÁN LÓPEZ, I., ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., MOLERO MARAÑÓN, M. L., MORENO RAYMUNDO, G., NIETO ROJAS, P., RODRÍGUEZ SAN JULIÁN, E. (2016): *Jóvenes y empleo. Una mirada desde el Derecho, la Sociología y la Economía*. Madrid: Centro Reina Sofía sobre Adolescencia y Juventud, Fad. DOI: <http://doi.org/10.5281/zenodo.3663607>.

AA. VV.: *Jóvenes y Empleo. Una mirada desde el Derecho, la Sociología y la Economía*, editor Escudero Rodríguez, R., 2016, ISBN: 978-84-92454-94-5, accesible en <https://www.adolescenciayjuventud.org/publicacion/jovenes-y-empleo-una-mirada-desde-el-derecho-la-sociologia-y-la-economia/>

Sobre el concepto de vida laboral téngase en cuenta el Criterio 17/2015, de 5 de marzo, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS.

ben corresponderse con situaciones de alta o asimilada en la actividad correspondiente⁹.

Son situaciones asimiladas al alta¹⁰:

1) La situación legal de desempleo, total y subsidiado, y la de paro involuntario una vez agotada la prestación contributiva o asistencial, siempre que en tal situación se mantenga la inscripción como desempleado en la oficina de empleo, art. 31.1.1.º RD 84/1996, de 26 de enero, reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de los trabajadores en la Seguridad Social (RAAB) y art. 1.2.e) de la Orden de 18 enero de 1967, normas para la aplicación y desarrollo de la prestación de vejez en el Régimen General de la Seguridad Social (OV)¹¹.

2) La situación del trabajador durante el período correspondiente a vacaciones anuales retribuidas que no hayan sido disfrutadas con anterioridad a la finalización del contrato (art. 166.2 LGSS).

3) La excedencia forzosa [art. 36.1.5.º RAAB, art. 1.2.a) OV], no así la voluntaria conforme al artículo 46.2 ET.

4) El período de tiempo en que el trabajador permanezca en situación de excedencia por cuidado de hijo, de menor acogido o de otros familiares, que exceda del período considerado de cotización efectiva en el artículo 237 de la LGSS.

5) El traslado del trabajador por la empresa fuera del territorio nacional [art. 36.1. 5.º RAAB y art. 1.2 b) OV]. En similares términos y para los trabajadores encuadrados en el extinguido régimen especial agrario puede verse el artículo 71 D. 3772/1972, de 23 de diciembre (art. 36.1 15 RAAB).

6) La suscripción de convenio especial en sus diferentes tipos [art. 36.1.6.º RAAB y art. 1.2 c) OV].

7) Los períodos de inactividad entre trabajos de temporada (art. 36.1.7.º RAAB y OM 23-3-1971).

8) Los períodos de prisión sufridos como consecuencia de los supuestos contemplados en la Ley 46/1977, de 15-10, de Amnistía (en los términos regulados en la Ley 18/1984, de 8 de junio).

⁹ Una excepción a que la actividad a bonificar deba ser la correspondiente y no otra diferente puede verse en la DA. Vigésima de la LGSS relativa a los coeficientes de la edad de jubilación de los miembros del Cuerpo de la Ertzaintza.

¹⁰ Teniendo en cuenta que «El listado legal de situaciones asimiladas al alta no es exhaustivo sí es de ver en los artículos 125.2 de la LGSS- 94, y 36.17 del Real Decreto 84/1996 que aprobó el «Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social». Y ello permite entender que, desde la aprobación de la Constitución, existe una laguna legal que debe ser integrada. (STS 23-10-99, rec. 2638/98)» [FD. Tercero. 2) STS 30-10-2018, rec. 3877/2016].

¹¹ Es situación asimilada a la de alta la de quien estaba inscrito como demandante de empleo pese a estar dado de alta en el RETA, STSJ Cataluña 8-2-2017 (rec. 7403/2016).

9) Los períodos de «*maternidad o paternidad*» (entiéndase nacimiento y cuidado de menor) que subsistan una vez extinguido el contrato de trabajo o que se inicien durante la percepción de la prestación por desempleo (art. 165 LGSS).

10) La situación de incapacidad temporal que subsista, una vez extinguido el contrato.

11) La prórroga de efectos de la incapacidad temporal (art. 205.2 letra j de la LGSS).

12) En el caso de los artistas y profesionales taurinos, los días que se consideren cotizados dentro de cada año natural en aplicación de las normas que regulan su cotización y que no se correspondan con los de prestación de servicios. También, servirán para completar el período mínimo de cotización exigido, para la determinación del porcentaje y para el cálculo de la base reguladora.

13) En el caso de los trabajadores afectados por el síndrome tóxico que, por tal causa, cesaron en su día en el ejercicio de su actividad laboral o profesional, sin que hayan podido reanudar dicho ejercicio, y que hubieran estado en alta en alguno de los regímenes del sistema de la Seguridad Social, la situación asimilada se entenderá con respecto al régimen en que el trabajador estuviese encuadrado cuando cesó en su actividad y para las contingencias comunes (OM TAS/4033/2004, de 25 de noviembre).

14) El período de suspensión del contrato de trabajo por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de la violencia de género (art. 165.5 LGSS).

15) El período durante el que se haya percibido la ayuda equivalente a jubilación anticipada prevista en la Ley 27/1984, de 26 julio (DT. 6.^a LGSS)¹².

16) El período de 90 días naturales siguientes al último día del mes de la baja en el RETA (art. 36.1.15 RAAB)¹³.

¹² Sobre estas ayudas véanse:

– Artículo 23 Ley 27/1984, de 26 junio; capítulo II RD 1990/1984, de 17 octubre; Orden 31 julio 1985; DT. 1.^o número 2 de la Ley 26/1985.

– Circular núm. 28/85, de 27 septiembre del INSS sobre normas para el trámite de ayudas equivalentes a jubilación anticipadas y Circular núm. 6/86, 3 de marzo complementaria aquella; Circular núm. 9/94, de 10 junio, normas de trámite y resolución de ayudas equivalentes a jubilación anticipada por reconversión industrial; Oficio-circular núm. 24/1987, de 22 de abril, Oficio-Circular 23/1988, de 9 septiembre; Nota circular TGSS 5-002 de 15 de marzo 1994.

¹³ Véase criterio de 20 de enero de 1987 de la Dirección General de Régimen Jurídico de la Seguridad Social, sobre situación a efectos de Seguridad Social, de los trabajadores que cumplen la edad de jubilación dentro de los 90 días siguientes a la fecha en que se produjo su cese en el trabajo.

17) Trabajadores que causaron baja como consecuencia de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

18) Productores acogidos a programas de abandono de la producción lechera establecidos en el RD 347/2003, de 21 de marzo y no les sea de aplicación lo previsto en el artículo 11 RD 5/2001, de 12 de enero (art. 36.1.16 RAAB).

19) Los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el Régimen Especial de la Minería del Carbón que hubieren sido declarados incapacitados permanentes totales al objeto de acceder a la pensión de jubilación¹⁴

20) La percepción de una pensión no contributiva de invalidez o jubilación¹⁵.

Distinta de la situación de alta es la denominada alta de pleno derecho ante incumplimientos empresariales (art. 166.4 LGSS) y la de alta especial para los casos de huelga legal y cierre patronal (art. 166.7 LGSS). En relación con los incumplimientos empresariales que afecten a la relación jurídica de afiliación y/o cotización téngase en cuenta la reiterada doctrina del Tribunal Supremo que considera de aplicación el principio de automaticidad y anticipo de las prestaciones para el caso de incumplimiento de los deberes de afiliación y alta¹⁶.

Por último, no debe olvidarse la reiterada doctrina de los tribunales sobre la interpretación de forma humana y no formalista del requisito del alta atendiendo a las circunstancias individuales de cada caso.

3. EL CUMPLIMIENTO DE UNA DETERMINADA EDAD Y LA JUBILACIÓN

A) Edad mínima de acceso y anticipo de la edad

Desde 1-1-2013 y por efectos de la reforma introducida por la Ley 27/2011, el acceso a la pensión de jubilación dependerá de la edad del interesado y de las cotizaciones realizadas a lo largo de su vida laboral, requiriendo haber cumplido la edad de¹⁷: a) 67 años; o b) 65 años cuando se acrediten 38 años y 6 meses de cotización.

¹⁴ Artículo 22 Orden 3 abril 1973. Véase también Decreto 298/1973, 8 febrero, y RD 3255/1983, de 21 de abril.

¹⁵ Véase Criterio 2/29017, de 31 enero de 2017, Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica.

¹⁶ SSTS 17-3-2006, rec. 832/2005; 16-12-2009, rec. 4356/2008); y 22-05-2020, rec. 54/2018

¹⁷ Artículo 205.1 LGSS. Si bien téngase en cuenta que esta nueva exigencia respecto a la edad será plenamente operativa en 2027, tal y como establece la DT. 7.ª LGSS, resultando el si-

■ LA REORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO

Este requisito será exigible, en todo caso, cuando se acceda a la pensión sin estar en alta o en situación asimilada. No obstante, se mantiene la edad de 65 años para quienes le resulte de aplicación la legislación anterior a 1-1-2013¹⁸.

A la hora de determinar la edad de acceso que resulte en cada momento de aplicación, hay que tener en cuenta el período de cotización previo acreditado¹⁹. Para ello, el artículo 1 del RD 1716/2012, 18 de julio, establece las siguientes reglas:

guiente cuadro de edades y períodos cotizados:

Año	Períodos cotizados	Edad exigida
2013	35 años y 3 meses o más.	65 años.
	Menos de 35 años y 3 meses.	65 años y 1 mes.
2014	35 años y 6 meses o más.	65 años.
	Menos de 35 años y 6 meses.	65 años y 2 meses.
2015	35 años y 9 meses o más.	65 años.
	Menos de 35 años y 9 meses.	65 años y 3 meses.
2016	36 o más años.	65 años.
	Menos de 36 años.	65 años y 4 meses.
2017	36 años y 3 meses o más.	65 años.
	Menos de 36 años y 3 meses.	65 años y 5 meses.
2018	36 años y 6 meses o más.	65 años.
	Menos de 36 años y 6 meses.	65 años y 6 meses.
2019	36 años y 9 meses o más.	65 años.
	Menos de 36 años y 9 meses.	65 años y 8 meses.
2020	37 o más años.	65 años.
	Menos de 37 años.	65 años y 10 meses.
2021	37 años y 3 meses o más.	65 años.
	Menos de 37 años y 3 meses.	66 años.
2022	37 años y 6 meses o más.	65 años.
	Menos de 37 años y 6 meses.	66 años y 2 meses.
2023	37 años y 9 meses o más.	65 años.
	Menos de 37 años y 9 meses.	66 años y 4 meses.
2024	38 o más años.	65 años.
	Menos de 38 años.	66 años y 6 meses.
2025	38 años y 3 meses o más.	65 años.
	Menos de 38 años y 3 meses.	66 años y 8 meses.
2026	38 años y 3 meses o más.	65 años.
	Menos de 38 años y 3 meses.	66 años y 10 meses.
A partir de 2027	38 años y 6 meses o más.	65 años.
	Menos de 38 años y 6 meses.	67 años.

¹⁸ DT. 4.ª LGSS.

¹⁹ Cuando se indique edad ordinaria de acceso, en el caso de la jubilación anticipada debe entenderse aquella en la que si se accediera no llevaría aparejada la aplicación de un coeficiente

Primera.

El cómputo de los meses se realizará de fecha a fecha a partir de la correspondiente al nacimiento. Si en el mes del vencimiento no hubiera día equivalente a la inicial de cómputo, se considerará que el cumplimiento de la edad tiene lugar el último día del mes (en definitiva, se está a lo normado ya por el artículo 5 del Código Civil).

Segunda

Los periodos de cotización acreditados vendrán reflejados en días y, una vez acumulados todos los días computables, serán objeto de transformación a años y meses, con las siguientes reglas de equivalencia:

- El año adquiere el valor fijo de 365 días; y
- El mes adquiere el valor fijo de 30,41666 días.

Para el cómputo de los años y meses de cotización se tomarán años y meses completos, sin que se equiparen a un año o a un mes las fracciones de los mismos.

Téngase en cuenta también que la edad mínima tiene una incidencia indirecta en la viabilidad de poder acceder a otras prestaciones como es en el caso de la incapacidad permanente a la que tienen vetado su acceso quienes ya la tengan si han cubierto el período mínimo de cotización necesario para lucrar pensión de jubilación²⁰.

Por otro lado, la edad mínima puede ser rebajada para trabajadores en alta o en situación asimilada a la de alta, en determinados supuestos especiales: Jubilación anticipada a partir de los 60 años por tener la condición de mutualista; jubilación anticipada a partir de los 61 años sin tener la condición de mutualista; jubilación parcial; jubilación especial a los 64 años, para quienes resulte de aplicación la legislación anterior a 1-1-2013, de conformidad con lo establecido en la disposición transitoria cuarta de la LGSS; jubilación del personal del Estatuto Minero, personal de vuelo de trabajos aéreos, ferroviarios, artistas, profesionales taurinos, bomberos; miembros del cuerpo de la Ertzaintza, policías locales, policía foral de Navarra y Mossos d'Escuadra; jubilación flexible; y jubilación de trabajadores afectados por una discapacidad igual o superior al 45 % o al 65 %.

reductor, Criterio 14/2015, de 12 de febrero de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica.

²⁰ Artículo 195.1 LGSS.

B) El fomento del retraso en la edad de acceso a la jubilación frente a la jubilación forzosa

Las medidas que buscan retrasar el acceso a la jubilación son las contenidas en los arts. 152 y 210.2 LGSS. El artículo 152 LGSS recoge por su parte medidas singulares en la cotización para aquellos que hayan cumplido la edad de jubilación que les sea aplicable y sigan trabajando, consistentes en exenciones a la cotización por contingencias comunes, desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación profesional, salvo por incapacidad temporal, considerando además que tales períodos en los que resulte de aplicación tal exención serán computados como cotizados a los efectos de acceso y determinación de la cuantía de la pensión²¹. Por su parte el artículo 210.2 LGSS recoge determinados beneficios en la determinación de la cuantía de la pensión como es un complemento a ella cuando se acceda a la pensión en edad superior a la que resulte de aplicar en cada caso, siempre que al cumplir dicha edad se hubiera reunido el período mínimo de cotización establecido en el artículo 205.1 b LGSS²².

No hay con carácter general una edad máxima de permanencia en el trabajo, si bien de modo excepcional se ha venido aceptando la jubilación forzosa en determinados supuestos, señaladamente en el ámbito del empleo público²³, así como la posibilidad prevista en la DA décima del Estatuto de los Trabajadores (ET) sobre cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, permitiendo «*en aras de favorecer la prolongación de la vida laboral, los convenios colectivos podrán establecer cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por el trabajador de una edad igual o superior a 68 años ...*» siendo condiciones o requisitos para ello: a) Que el afectado reúna los requisitos exigidos para tener derecho al cien por ciento de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva; y b) Que la medida de jubilación forzosa se vincule, como objetivo coherente de política de empleo expresado en el convenio colectivo, al relevo generacional a través de la contratación indefinida y a tiempo completo de, al menos, un nuevo trabajador²⁴.

²¹ La base reguladora de la prestación se determinará, en relación con estos períodos, conforme a lo dispuesto en el artículo 161.4 LGSS.

²² De conformidad con lo previsto en los arts. 152, 311 y DA 1.ª 2 a y b esta medida es aplicable a los trabajadores encuadrados en el R. General (salvo empleados públicos), socios trabajadores de cooperativas; trabajadores del mar y trabajadores por cuenta propia o autónomos encuadrados en el RETA.

²³ Artículo 67.3 del RD Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

²⁴ El número 2 de la DA 10.ª permite excepciones a la edad de 68 años con el objetivo de alcanzar la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres.

C) **Edad y legislación aplicable a la pensión de jubilación**

El tener una concreta edad no solamente tiene repercusión en el acceso –voluntario o forzoso– a la pensión de jubilación o en unos determinados beneficios, sino también puede llegar afectar al régimen jurídico de la propia pensión de jubilación, puesto que determinará la legislación aplicable a la misma, bien obligatoriamente o permitiendo la opción por la vigente al momento del hecho causante u otra anterior; la aplicación transitoria de determinadas reformas; o la aplicación de normas singulares, entre otros efectos.

a) **APLICACIÓN DE LEGISLACIONES ANTERIORES PARA CAUSAR DERECHO A LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN (DISPOSICIÓN TRANSITORIA 4.ª LGSS)**

De singular complejidad son las previsiones establecidas en la Disposición transitoria cuarta de la LGSS, relativas a la aplicación de legislaciones anteriores para causar derecho a la pensión de jubilación. Prueba de ello es que ha sido objeto de sucesivas modificaciones por:

- a) RD-ley 20/2018, de 7 diciembre (añadiendo un nuevo apartado 6).
- b) RD-ley 28/2018, de 28 de diciembre (modificando su apartado 5).
- c) RD-ley 18/2019, de 27 diciembre (modificando nuevamente su apartado 5).
- d) RD-ley 2/2021, de 26 de enero (nueva modificación del apartado 5).
- e) Ley 21/2021, de 28 de diciembre (modificando el último párrafo del apartado 1 y el apartado 5).

En síntesis, la citada Disposición transitoria cuarta trata de preservar la posibilidad del interesado de acogerse a previsiones normativas anteriores a reformas de calado en el régimen jurídico de la pensión de jubilación, en los siguientes términos:

A) En relación con el tránsito del régimen SOVI/Mutualismo laboral al sistema de Seguridad Social.

La DT Cuarta, número 1, reglas 1.ª y 2.ª, prevén la posibilidad de opción entre acogerse al sistema o al anterior, así como se mantiene la posibilidad para aquellos que tuvieron la condición de mutualistas antes de 1-1-1967 la posibilidad de acogerse a la jubilación a partir de los 60 años con la aplicación

de coeficientes reductores a la pensión de jubilación(ver capítulo tercero apartado 2.2)²⁵.

B) En relación con la reforma introducida por la Ley 26/1985, de 31 de julio.

Recuérdese que afectó sensiblemente al período mínimo de cotización y a la determinación de la base reguladora. La DT Cuarta número 2 y 3, mantienen la posibilidad de acogerse a la normativa anterior, para aquellos que a su entrada en vigor reunían ya los requisitos para acceder a la pensión de jubilación, lo que se hace extensible también para aquellos que a la fecha de entrada en vigor tuvieron reconocidas ayudas equivalentes a jubilación anticipada.

C) En relación con la reforma introducida por la Ley 24/1997, de 15 de julio.

También la DT Cuarta número 4, reconoce el derecho a optar por acogerse a la legislación anterior a aquellos que reunieren todos los requisitos para el acceso a la pensión de jubilación antes de su entrada en vigor.

D) En relación con las reformas introducidas por la Ley 27/2011, de 1 de agosto y la posibilidad de seguir aplicando a la regulación de la pensión de jubilación la legislación vigente antes de su entrada en vigor.

La DT. Cuarta número 5 LGSS permite aplicar a las diferentes modalidades de jubilación, requisitos de acceso, condiciones y reglas de determinación de las prestaciones la normativa vigente antes de su entrada en vigor. Su inicial redacción ha sido objeto de sucesivas reformas por disposición final 2.28 del RD-ley 28/2018 de 28 de diciembre; disposición final 1 del RD-ley 18/2019, de 27 de diciembre; disposición final 5.9 RD-ley 2/2021, de 26 de enero; y por artículo 1.19 de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre. Los supuestos previstos en los que cabe acogerse a la legislación anterior son²⁶:

a) Personas cuya relación laboral se haya extinguido antes de 1 de abril de 2013, siempre que con posterioridad a tal fecha no hayan vuelto a quedar incluidas en alguno de los regímenes del sistema de la Seguridad Social.

²⁵ Si bien teniendo en cuenta que los coeficientes reductores de la edad de jubilación a los que se refieren los arts. 206 y 206 bis de la LGSS (este último precepto sería introducido con la reforma de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre), no son de aplicación a la hora de acreditar la edad de jubilación regulada en la regla 2.ª de la DT cuarta, ni tampoco es de aplicación a la jubilación regulada en tal regla el coeficiente del 0,50 previsto en el artículo 210.4 LGSS.

²⁶ La reforma introducida por la Ley 21/2021 eliminó la referencia a que la necesidad de que las pensiones tendrían que causarse antes de 1-1-2022.

Esta condición ha sido objeto de una interpretación flexible por parte de la Administración de la Seguridad Social (consulta 34/2015, y respuesta de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica de 14-9-2015), en el sentido de que si bien la realización de trabajos posteriores al 31 de marzo de 2013, impiden con carácter general acogerse a la normativa anterior cabrá optar por ella siempre que el trabajo sea considerado irrelevante. Entendiendo por ello:

– Trabajos a tiempo parcial que sean compatibles con la prestación o subsidio desempleo bien sean por cuenta ajena o propia de carácter temporal y que hubieren dado lugar a la suspensión de la prestación o subsidio de desempleo derivados de la pérdida de empleo por cuenta ajena antes de abril de 2013.

– Para trabajos posteriores a la fecha de 31 de marzo, que resulten compatibles o que hubieren dado lugar a la suspensión de la prestación inferiores cada uno de ellos al número de mensualidades establecidas arts. 271, 276 y 282 LGSS, dichos trabajos tendrán la consideración de irrelevantes a estos efectos aunque de forma conjunta (sumando los distintos trabajos por cuenta propia o los trabajos por cuenta ajena efectuados entre dos prestaciones o subsidios de desempleo) superen los citados límites establecidos para ser considerados irrelevantes (de no más de 12 meses de cotización acumulada desde 1-4-2013 y en caso de trabajos por cuenta ajena o 60 meses en casos de trabajos por cuenta propia, entre cada movimiento de alta/baja en la prestación).

b) Personas con relación laboral suspendida o extinguida como consecuencia de decisiones adoptadas en expedientes de regulación de empleo, o por medio de convenios colectivos de cualquier ámbito, acuerdos colectivos de empresa, así como por decisiones adoptadas en procedimientos concursales, aprobados, suscritos o declarados con anterioridad a 1 de abril de 2013.

En este caso es preciso que tales acuerdos colectivos de empresa se encuentren debidamente registrados en el INSS o ISM²⁷.

No obstante, para el reconocimiento del derecho a la pensión en los dos supuestos anteriores la entidad gestora aplicará la legislación que esté vigente a la fecha del hecho causante de la misma, si esta fuera más favorable para el solicitante.

²⁷ El listado se puede consultar en <http://www.seg-social.es>.

También y en relación con las reformas introducidas por la Ley 27/2011 en la jubilación parcial el apartado 6 de la Disposición Transitoria cuarta LGSS²⁸ recoge la previsión de poder acogerse a la modalidad de jubilación parcial, con simultánea celebración de contrato de relevo, vigente antes de la entrada en vigor de la Ley 27/2011, a pensiones causadas antes del 1 de enero de 2023, siempre que se reúna determinadas condiciones²⁹.

b) APLICACIÓN GRADUAL Y PROGRESIVA DE REFORMAS EN LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN

Las reformas de gran calado como por ejemplo la llevada a cabo en 2011 y 2021, recogen previsiones para su aplicación gradual y progresiva, como:

- 1) Sobre las nuevas edades de jubilación y años de cotización exigible tras la reforma de la Ley 27/2011 (DT 7.^a LGSS).
- 2) Sobre aplicación gradual de los nuevos períodos de base reguladora a tener en cuenta tras la reforma de la Ley 27/2011 (DT 8.^a LGSS).
- 3) En relación con los porcentajes atribuir a los años cotizados para calcular la pensión de jubilación tras la reforma de la Ley 27/2011 (DT. 9.^a LGSS).

²⁸ Apartado 6 introducido por el artículo 1 del RD-ley 20/2018, de 7 de diciembre.

²⁹ Las condiciones son: a) Que el trabajador que solicite el acceso a la jubilación parcial realice directamente funciones que requieran esfuerzo físico o alto grado de atención en tareas de fabricación, elaboración o transformación, así como en las de montaje, puesta en funcionamiento, mantenimiento y reparación especializados de maquinaria y equipo industrial en empresas clasificadas como industria manufacturera; b) Acreditar un período de antigüedad en la empresa de, al menos, seis años inmediatamente anteriores a la fecha de la jubilación parcial. Pudiendo computarse la antigüedad acreditada en la empresa anterior si ha mediado una sucesión de empresa en los términos previstos en el artículo 44 del ET o en empresas pertenecientes al mismo grupo; c) Que en el momento del hecho causante de la jubilación parcial el porcentaje de trabajadores en la empresa cuyo contrato de trabajo lo sea por tiempo indefinido, supere el 70 por ciento del total de los trabajadores de su plantilla; d) Que la reducción de la jornada de trabajo del jubilado parcial se halle comprendida entre un mínimo de un 25 por ciento y un máximo del 67 por ciento, o del 80 por ciento para los supuestos en que el trabajador relevista sea contratado a jornada completa mediante un contrato de duración indefinida. Dichos porcentajes se entenderán referidos a la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable; e) Que exista una correspondencia entre las bases de cotización del trabajador relevista y del jubilado parcial, de modo que la del trabajador relevista no podrá ser inferior al 65 por ciento del promedio de las bases de cotización correspondientes a los seis últimos meses del período de base reguladora de la pensión de jubilación parcial; y f) Que se acredite un período de cotización de treinta y tres años en la fecha del hecho causante de la jubilación parcial, sin que a estos efectos se tenga en cuenta la parte proporcional correspondiente por pagas extraordinarias. A estos exclusivos efectos, solo se computará el período de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria, con el límite máximo de un año.

En el supuesto de personas con discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento, el período de cotización exigido será de veinticinco años.

4) Normas transitorias sobre la jubilación parcial en relación con la edad exigida y períodos mínimos a cotizar según el momento del hecho causantes, tras la reforma de la Ley 27/2011 (DT. 10.^a).

5) Normas transitorias para las pensiones de jubilación causadas en el período 2012-2022 en el sistema especial de empleados de hogar (DT. 16.^a LGSS).

6) Aplicación gradual de coeficientes reductores de la edad de jubilación según lo previsto en el artículo 210.3 LGSS cuando la pensión supere el límite establecido para el importe de las pensiones (DT 34.^a LGSS)³⁰.

c) DISPOSICIONES ESPECÍFICAS PARA CASOS SINGULARES

En algunas ocasiones y ante determinadas situaciones especiales se norma un régimen singular, como:

1) Jubilación anticipada en determinados casos especiales, para hechos causantes ocurridos a partir de 1-1-1998 en el caso de cotización a varios regímenes del Sistema y que en ninguno de ellos por separado reúna los requisitos para acceso a la pensión de jubilación (DT 5.^a LGSS).

2) Consideración de situación asimilada al alta en los procesos de reconversión durante los que se perciba la ayuda equivalente a jubilación anticipada prevista en la Ley 27/1984, de 26 julio (DT 6.^a LGSS).

3) Cómputo a efectos de jubilación de períodos con exoneración de cuotas de trabajadores con sesenta y cinco o más años, cotizados con anterioridad a 1-1-2013 (DT 12.^a LGSS).

4) Coeficientes reductores de la edad de jubilación de los miembros del Cuerpo de la Ertzaintza (DA 20.^a LGSS).

5) Coeficientes reductores de la edad de jubilación de los miembros del Cuerpo de Mossos d'Esquadra (DA 20.^a bis LGSS).

6) Coeficientes reductores de la edad de jubilación de los miembros de la Policía Foral de Navarra (DA 20.^a ter LGSS).

7) Cómputo de períodos cotizados a los Montepíos de las Administraciones Públicas de Navarra (DA 21.^a LGSS).

8) Convenio especial para los afectados por la crisis sanitaria provocada por el COVID-19 (DA 29.^a LGSS DT. octava³¹).

³⁰ Añadida por el artículo 1.21 de la Ley 21/2021, de 28 diciembre.

³¹ Sobre aplicación de los apartados 2 y 3 de la DT 8.^a véase Criterio 9/2017, de 26 abril, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS.

d) OTRAS SITUACIONES QUE PERMITEN LA APLICACIÓN DE LEGISLACIONES ANTERIORES

Y además de las anteriores, podrían señalarse otras previsiones sobre la aplicación de normativas anteriores, como:

- 1) Prestaciones causadas con anterioridad a 1-1-1967 (DT 1.^a LGSS).
- 2) Prestaciones del extinguido régimen SOVI (DT 2.^a LGSS).
- 3) Cómputo de cotizaciones efectuadas en los regímenes de Seguros Sociales Unificados, Desempleo y Mutualismo Laboral (DT 3.^a LGSS).
- 4) En relación con la reforma introducida por la Ley 40/2007, de 4 diciembre, relativa a la jubilación anticipada por razón de la actividad. Las limitaciones previstas en el párrafo primero del artículo 206.6 LGSS no serán de aplicación a los trabajadores incluidos en los diferentes regímenes especiales, que en la fecha de entrada en vigor de dicha ley tuviesen reconocidos coeficientes reductores de la edad de jubilación, siéndoles de aplicación las reglas establecidas en la normativa anterior³².

4. EL PERÍODO DE COTIZACIÓN

A) Acreditación del período mínimo de cotización

El período mínimo de cotización es de 15 años o 5.475 días (período genérico), de los cuales 2 años deberán estar comprendidos dentro de los 15 años inmediatamente anteriores al momento del hecho causante (período específico) o a la fecha en que ceso la obligación de cotizar, si se accede a la pensión de una situación de alta o asimilada a ella. En relación con el período específico y la posibilidad de retrotraer su cómputo a una fecha anterior al hecho causante debe tenerse en cuenta la doctrina del Tribunal Supremo sobre la particular conocida como doctrina del paréntesis o tiempo neutro³³. Dicho alto Tribunal viene considerando

³² Véase DT segunda Ley 40/2007, de 4 diciembre y DT Undécima de la LGSS, en la redacción dada por el artículo 1, veinte, de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre.

³³ Artículo 205.2 1. b) LGSS. Sobre las condiciones para llevar a cabo la aplicación de esta técnica conocida como doctrina del paréntesis puede verse por todas STS 30-10-2018 (rec. 3877/2016).

Desde el punto de vista de la Administración de la Seguridad Social véase:

Sobre cómputo de carencia específica necesario para trabajadores procedentes de paro involuntario una vez extinguidas las prestaciones por desempleo véase Circular núm. 13/1989, de 31 de julio, y Resoluciones de la Dirección General de Régimen Jurídico de la Seguridad Social de 21 de julio de 1988 y 3 de mayo 1989.

como tiempos excluidos del periodo computable, aquellos inmediatamente anteriores al hecho causante, en que el asegurado no pudo cotizar por circunstancias de infortunio o ajenas a su voluntad, considerando como tales, entre otras:

– La situación de paro involuntario no subsidiado siempre que exista una permanente inscripción como demandante de empleo³⁴, porque esta situación acredita el «animus laborandi», o lo que es igual, «la voluntad de no apartarse del mundo laboral»³⁵. Igual razón, cabe también excluir del periodo computable a efectos del cumplimiento de los requisitos de alta y carencia, un «interregno de breve duración en la situación de demandante de empleo», que no es revelador de esa «voluntad de apartarse del mundo laboral»³⁶. Por el contrario, no es posible incluir en esta excepción, los casos de voluntaria e injustificada solución de continuidad entre la baja en la Seguridad Social y la inscripción como demandante de empleo o las posteriores interrupciones de esta última situación³⁷.

– La desaparecida situación de invalidez provisional, en la que no existía obligación de cotizar³⁸.

– La percepción de una prestación no contributiva de invalidez³⁹.

– El periodo de internamiento en establecimiento penitenciario, con el consiguiente alejamiento del mercado laboral cuando el recluso ha mostrado durante él su disponibilidad para el trabajo, mediante la realización de servicios personales⁴⁰. O el tiempo en que estuvo privada de libertad en el que no consta que se cumpliesen las expectativas constitucionales a través del ofrecimiento de un trabajo, ha de ser considerado como tiempo neutro a efectos de aplicación de la teoría del paréntesis, de manera que ha de aislarse el mismo y con ello afirmar que a la vista de su vida laboral, no negándose que reúna la carencia genérica de quince años de cotización al Régimen General de la Se-

En relación con la carencia específica y los efectos de la reforma introducida por la Ley 24/1997, de 15 de julio, véase Escrito núm. 54.857, de 21 de julio, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS, instrucción Primera 3 núm. 54, para hechos causantes producidos entre el 5 de agosto y 31 diciembre de 1997, que determina que el período de dos años establecidos en el artículo 161 LGSS/1994, deberá estar comprendido dentro de los 10 años anteriores al momento de causar derecho o la fecha en que cesó la obligación de cotizar

³⁴ SSTs de 29-5-1992 rec. 1996/1991 del Pleno, 1-7-1993 rec. 1679/1992, 1-10-2002 rec. 4436/1999, 25-10-2002 rec. 1/2002 y 12-7-2004 rec. 4636/2003, entre otras.

³⁵ STS 26-5-2003 rec. 2334/2002.

³⁶ SSTs 29-5-1992 rec. 1996/1991, 12-3-1998 rec. 2307/1997, 9-11-99 rec. 4916/1998, 25-7-2000 rec. 4436/1999 y 18-12-2001 rec. 559/2001.

³⁷ STS 19-7-2001, rec. 4384/2000.

³⁸ SSTs 10-12-1993 rec. 1091/1992, 24-10-1994 rec. 3676/1993 y 7-2-2000 rec. 109/1999.

³⁹ SSTs 28-10-1998 rec. 584/1998, 9-12-1999 rec. 108/1999, 2-10-2001 rec. 9/2001 y 20 de diciembre de 2005 rec. 2398/2004.

⁴⁰ STS 12-11-1996 rec. 232/1996.

guridad Social que exige el artículo 161.1 b) LGSS, también reúne la carencia específica⁴¹.

– La existencia comprobada de una grave enfermedad «que conduce al hecho causante, por la que es fundadamente explicable que se hayan descuidado los resortes legales prevenidos para continuar en alta»⁴².

B) Cotizaciones computables

La determinación de si un período es o no computable, depende de varios factores: de las cotizaciones realmente llevada a cabo;

a) COTIZACIONES EFECTIVAMENTE REALIZADAS

Siempre que no se superpongan en caso de hubiere cotizaciones simultáneas en distintos regímenes del sistema de Seguridad Social, quedando comprendidas dentro de ellas:

1) Los períodos de vacaciones anuales retribuidas, devengadas y no disfrutadas (art. 147.1 LGSS)⁴³.

2) Los períodos de cotización correspondientes a incapacidad temporal, *maternidad*, *paternidad* (nacimiento y cuidado de menor), riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural y cuidado de hijo enfermo grave durante los cuales permanece la obligación de cotizar (art. 165.3 LGSS).

3) Las cotizaciones durante la situación de convenio especial⁴⁴.

4) Las cotizaciones correspondientes a incapacidad temporal, que subsista tras la extinción de la relación laboral involuntaria si originan una situación legal de desempleo con derecho a prestación contributiva.

5) Las cotizaciones realizadas al régimen SOVI y Mutualismo Laboral (art. 9.4 OV y DT. 3.ª LGSS).

6) La realizadas a cualquier régimen de la seguridad social o también a entidades de previsión social sustitutorias de la Seguridad Social, vía cómputo

⁴¹ STS 30-10-2018 rec. 3877/2016.

⁴² SSTs 28-1-1998 rec. 1385/1997 y 17-9-2004 rec. 4551/2003.

⁴³ Véase criterio 2006/13 del INSS.

⁴⁴ Véanse: Orden TAS/2865/20.^º3, de 13 octubre, regula el Convenio Especial en el Sistema de Seguridad Social; RD 156/2013, de 1 marzo, convenio especial por las personas con discapacidad con dificultades de inserción laboral; RD 615/2007, de 11 mayo, Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia.

recíproco de cotizaciones (D. 2957/1973, de 16 de noviembre; D 691/1991, de 12 abril, y RD 1879/1978, de 23 junio)⁴⁵.

7) Las cotizaciones realizadas en otros países cuando resulte obligado en cumplimiento de convenios bilaterales o multilaterales de Seguridad Social, o bien procedentes de los Reglamentos comunitarios europeos.

b) LAS COTIZACIONES ASIMILADAS Y/O FICTICIAS

En determinadas condiciones se toman en consideración períodos en los que no hubo trabajo y correlativa cotización. Es el caso de:

1) El período de *maternidad o paternidad* (entiéndase hoy nacimiento y cuidado de menor) que subsista a la fecha de extinción del contrato de trabajo o durante el disfrute de la prestación por desempleo (art. 165 LGSS)⁴⁶.

2) Lo períodos considerados como cotizados a consecuencia de violencia de género (art. 165 LGSS y artículo 48.8 ET).

3) Los períodos por parto de la solicitante (art. 235 LGSS): 112 días por cada parto de un solo hijo más 12 días en por cada hijo a partir del segundo en caso de partos múltiples, salvo que, por ser trabajadora o funcionaria en el momento del parto, se hubiera cotizado por la totalidad de las dieciséis semanas o durante el tiempo que corresponda si el parto fuera múltiple (art. 235 LGSS).

4) Los períodos de excedencia por cuidado de hijo, menor acogido o familiar (art. 237 LGSS)⁴⁷. Los tres primeros años de excedencia por cuidado de hijos con reserva de puesto de trabajo (art. 46.3 ET) y el primer año de excedencia por cuidado de familiares (art. 46.3 ET).

5) La afiliación al Retiro Obrero que se equipara a 1.800 días cotizados a los efectos de cubrir el período mínimo de cotización (Resolución de la Dirección General de la Seguridad Social de 22-12-1987)⁴⁸.

⁴⁵ Asunto más complejo es si el cómputo de cotizaciones realizadas en el Régimen General para cuantificar una pensión de incapacidad permanente en el RETA, incompatibiliza el derecho a esta última, con el de jubilación que ahora solicita en el Régimen General; o si por el contrario, puesto que aquel cómputo era prescindible (se utilizó para mejora la pensión de incapacidad permanente), procede ahora reconocer por separado cada una de las prestaciones con las cotizaciones que se hicieron a cada régimen del sistema (Criterio 2006/16, de 25 de abril)

⁴⁶ Sobre su entrada en vigor véase DT 2.ª RD 295/2009, 3 marzo.

⁴⁷ Si fueren precedidos de una reducción de jornada en los términos previstos en el artículo 37.6 ET se computarán incrementados hasta el 100% de la cuantía (art. 237.4 LGSS).

⁴⁸ La citada Resolución determina lo siguiente:

«Primero. Quienes hubieran estado afiliado al Retiro Obrero tendrán acreditadas las cotizaciones hechas bajo el mismo y, en todo caso, una cotización de 1.800 días, si la precisan para alcanzar el período

6) Las cotizaciones realizadas a los regímenes especiales integrados en el R. General en virtud del D. 2612/1986, de 24 diciembre.

7) Los períodos de cotización acreditados a mutualidades sustitutorias (RD 1220/1984, de 20 de junio).

8) Los períodos cotizados por trabajadores españoles a la Caja de Seguros Sociales de Guinea para acreditar prestaciones en el Régimen General (Resolución de la Dirección General de la Seguridad Social de 23 de febrero de 1971)⁴⁹.

9) Los períodos de cotización acreditados a los Montepíos de las Administraciones Públicas Navarras (DA. 14.^a Ley 40/2007, de 4 de diciembre), véase en torno a estos períodos la STSJ Navarra 24-11-2016 (AS 2016, 1757).

10) Los períodos de tiempo trabajados para las Administraciones Públicas y organismos de ella dependientes con anterioridad a 1-1-1959 para el personal recogido en el ámbito de aplicación de la Ley 26 de diciembre de 1958, sobre seguridad Social del personal no funcionario al servicio del Estado, Corporaciones Locales y Organismo Autónomos, tanto para prestaciones del régimen SOVI como para las del sistema de Seguridad Social⁵⁰.

11) Los períodos en que los miembros de las corporaciones locales ejercieron con dedicación exclusiva su cargo político percibiendo retribución o indemnización fijas periódicas inferiores al salario mínimo interprofesional, con anterioridad a su inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de los miembros de las corporaciones locales entre 20 abril y 23-4-1985 (RD 1108/2007, de 24

mínimo de carencia y no podrán ser tenidos en cuenta para modificar el porcentaje aplicable a la base reguladora en función de los años cotizados.

Segundo. Los 1.800 días así computados por la simple afiliación al Retiro Obrero, únicamente aprovecharán para completar el período de carencia y no podrán ser tenidos en cuenta para modificar el porcentaje aplicable a la base reguladora en función de los años cotizados...».

Véase también la Nota-Circular núm. 19 de 10-6-55, sobre instrucciones para la aplicación de la Resolución de la Dirección General de Previsión de 14-3-1955, en el cómputo de los períodos de carencia de los solicitantes del Seguro de Vejez e Invalidez por la rama agropecuaria.

⁴⁹ La citada Dirección General ya se había pronunciado en 1-9-1970 sobre el cómputo de cuotas ingresadas en dicha Caja de Seguros Sociales de Guinea a efectos de su cómputo respecto al Régimen Especial Agrario. Véase también la Resolución 30-1-1992 de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social sobre la posibilidad de jubilarse a partir de los 60 años de trabajadores que acrediten cotizaciones en la Caja de Seguros Sociales de Guinea.

En parecidos términos véase y para los trabajadores incluidos en la Mutualidad de Trabajadores Españoles en Gibraltar con cotizaciones anteriores a 1-1-1967 véase el Oficio-Circular núm. 16/88, de 18 de mayo.

⁵⁰ Véase la Resolución de 20-2-1996, de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, sobre interpretación de la Disposición Transitoria sexta del RD 480/1993, de 2 abril, sobre integración en el Régimen General de la Seguridad Social el Régimen Especial de los Funcionarios de la Administración Local.

agosto)⁵¹. Bastará que lo soliciten ante la TGSS y se les reconocerán como cotizados al Régimen General de la Seguridad Social los períodos durante los que hayan ejercido su cargo político, a efectos del reconocimiento del derecho a pensión de jubilación o de incrementar la cuantía de dicha pensión en el supuesto de que ya hubiera sido reconocida. No procederá el reconocimiento si los períodos ya se hubieren cotizado a cualquier régimen público de protección social, ya haya sido con carácter voluntario u obligatorio. Los interesados deberán acreditar, mediante certificación expedida por la correspondiente corporación local, los períodos durante los que desempeñaron su cargo político en régimen de dedicación exclusiva y mediando retribución o indemnizaciones fijas periódicas.

c) PERÍODOS DE CÓMPUTO LIMITADO O NO COMPUTABLES PARA LA JUBILACIÓN

Determinadas cotizaciones quedan fuera total o parcialmente del cómputo. Es el caso de:

1) Los denominados días-cuota o por pagas extraordinarias⁵². Solo se tomarán en cuenta los días naturales del año.

2) No son computables –para acreditar el período mínimo– las cotizaciones correspondientes al período de disfrute del subsidio por desempleo en la modalidad de mayores de 52 años (o en su caso 55 años)⁵³, ni tampoco para acreditar los años exigibles para el acceso a la jubilación anticipada⁵⁴.

⁵¹ Véase también el artículo 75 Ley 7/1985, de 2 abril y DA única de la Ley 37/2006, de 7 abril. También el Criterio 29/2015, de 4 de mayo de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica sobre cálculo del capital coste de pensión.

⁵² Artículo 205.1 b) LGSS. Véase: STS 10-6-1974 dictada en interés de ley. De interés también resulta la Circular núm. 15/1993, de 29 de septiembre, sobre cómputo de gratificaciones extraordinarias a efectos de completar el período carencial en prestaciones económica del Régimen General.

⁵³ Artículo 280 LGSS. Véase en este sentido –entre otras– STSJ Andalucía 17-5-2017 (rec. 1491/2016); y STSJ; STSJ Galicia 31-3-2017 (rec. 4934/2016).

Véase el criterio de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica, recogido en Escrito de 15 abril 1999, sobre subsidio de desempleo para mayores de 52 años y carencias paulatinas. Se determina que la comprobación en el momento de acceso a la prestación por desempleo de los requisitos exigidos en tal momento viene a equivaler a un reconocimiento formal de un derecho expectante a la pensión de jubilación cuya consolidación se hace depender del cumplimiento de una edad, resultando improcedente la comprobación del requisito de carencia a posteriori, ni en el hipotético caso de que hubiere un cambio normativo posterior incrementando la carencia.

⁵⁴ El Escrito de 15 abril de 2002 de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica. Criterios 2002. Jubilación, fijó como criterio –con discutible argumentación– que las cuotas abonadas durante la percepción del subsidio de desempleo para mayores de 52 años no eran computables para la modalidad de jubilación anticipada para mayores de 61 años normada en el artículo 161.3 LGSS/1994 en consideración de que lo «decisivo es la intención originaria de dicha disposición –se refiere a la disposición adicional octava de la LGSS–, que no es otra que impedir que esas cotizaciones que no se corresponden con actividad puedan permitir que se cause el derecho a la jubilación».

3) Es computable a todos los efectos, salvo para el cumplimiento del período mínimo de cotización exigido, aquel en el que se haya interrumpido la cotización a causa de la extinción de la relación laboral o de la finalización del cobro de prestaciones por desempleo cuando tales circunstancias se hayan producido entre los nueve meses anteriores al nacimiento, o los tres meses anteriores a la adopción o acogimiento permanente de un menor, y la finalización del sexto año posterior a dicha situación. Solo se reconoce a uno de los progenitores y en caso de controversia tiene preferencia la madre (art. 236 LGSS). Este período tiene los siguientes límites:

- Un máximo de 270 días por hijo o menor adoptado o acogido y obviamente limitado al tiempo real de interrupción de la cotización.
- Un máximo total de cinco años por beneficiario.
- En caso de que concurren beneficio por cuidado de hijos o menores (art. 236 LGSS) con prestación no económica familiar (art. 237.1 LGSS) queda también afectado por el límite máximo de 5 años por beneficiario

4) Los períodos de bonificación de edad por trabajos penosos, tóxicos, peligrosos, tóxicos o por discapacidad no son útiles para acreditar:

- Edad exigible para acceso a la jubilación parcial (art. 215.2.a) LGSS).
- Edad exigible en la modalidad de jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador (art. 207.1 a LGSS).
- Edad exigible en la modalidad de jubilación anticipada por voluntad del interesado (art. 208.1 a) LGSS).

5) No son computables los períodos que correspondan a cuotas no abonada y prescritas.

6) No son computables las cotizaciones realizadas en los supuestos de realización de un trabajo por cuenta ajena compatible con la pensión de jubilación en los términos fijados en el artículo 214 LGSS (jubilación activa), que solo cotizarán por incapacidad temporal y por contingencias profesionales. Además, en esta situación los trabajadores quedan sujetos a una cotización especial de solidaridad del 9 por ciento sobre la base de cotización por contingencias comunes, no computable a efectos de prestaciones (art. 153 LGSS).

d) CÓMPUTO DE PERÍODOS O SITUACIONES ESPECIALES Y SUS EFECTOS

Junto a los períodos de cotizaciones reales, asimiladas y ficticias hay una amplia gama de situaciones que pueden ser computables, pero con diversos efectos para el acceso o disfrute de la jubilación. Dentro de este grupo podrían señalarse los siguientes supuestos o situaciones:

1) Servicio militar, prestación social sustitutoria y servicio social de la mujer.

Respecto al período de servicio militar o prestación social sustitutoria y servicio social de la mujer, no son computables con carácter general, su previsión todavía no ha sido desarrollada. La DA cuadragésima cuarta de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, vuelve aplazar la aplicación de la DA vigésima octava de la Ley 27/2011, que contenía un mandato al Gobierno para que presentara un proyecto de ley que estableciera sistema de compensación a la Seguridad Social para que por ésta pueda reconocerse, a favor de las personas interesadas, un periodo de asimilación del tiempo de servicio militar obligatorio o de prestación social sustitutoria que compense la interrupción de las carreras de cotización ocasionada por tales circunstancias, acorde con los incrementos que, en el ámbito de la contributividad, se producen en esta Ley, y con la sostenibilidad del sistema⁵⁵.

No obstante, a efectos de completar el período mínimo de cotización, conforme a lo dispuesto en los arts. 207.1. c) –jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador–, artículo 208.1.b) –jubilación anticipada por voluntad del interesado–, arts. 215.2.d) –jubilación parcial– y en la disposición transitoria cuarta, apartado 6, letra f) de la LGSS, habrá de tenerse en cuenta el tiempo de prestación del servicio militar o prestación social sustitutoria y el de prestación del servicio social de la mujer –siempre que dicho período no figure como cotizado, con el límite máximo de un año–⁵⁶.

2) Cotizaciones correspondientes a períodos de actividad anteriores al alta en Seguridad Social.

⁵⁵ En este sentido ya hubo anteriores aplazamientos por: DA 84 de la Ley 22/2013, de 23 diciembre; DA 90 de la Ley 36/2014, de 26 diciembre; DA 88 de la Ley 48/2015, de 29 octubre; DA 39 Ley 3/2017, de 27 junio; DA 53 de la Ley 6/2018, de 3 julio; y DA 47 Ley 11/2020, de 30 diciembre.

Véase la SSTS 23-11-2009 (rec. 1152/09) y 3-2-2010 (rec. 1444/2009) que recoge un interesante y detenido análisis sobre los tiempos y modalidades del Servicio Militar y la posibilidad de su cómputo.

⁵⁶ Véanse STS 6-2-2020 (rec. 3801/2017) y los criterios de gestión del INSS 3/2020 de 18 de febrero y 30/2015, de 4 de mayo relativo a la determinación de del período de servicios obligatorios al Estado en la Administración militar, a efectos de determinar el exceso de permanencia en las Fuerzas Armadas para la aplicación el RD 691/1991, de 12 de diciembre, sobre cómputo recíproco de cotizaciones entre Regímenes de la Seguridad Social.

Véase también la STS 3-2-2010 (rec. 1444/2009).

Se trata de la singularidad que recoge la normativa reguladora de los trabajadores encuadrados en el Régimen Especial de los trabajadores por cuenta propia o autónomos y en relación con la validez a efectos de prestaciones de cuotas anteriores a la formalización del alta en dicho régimen debe de tenerse en cuenta las previsiones del artículo 319 y DT vigésima de la LGSS.

Cuando, reuniéndose los requisitos para estar incluidos en el RETA, no se hubiera solicitado la preceptiva alta en los términos reglamentariamente previstos, las cotizaciones exigibles correspondientes a períodos anteriores a la formalización del alta producirán efectos respecto a las prestaciones, una vez hayan sido ingresadas con los recargos que legalmente procedan (art. 319.1 LGSS).

Si bien, ello es matizado por la DT vigésima de la LGSS en el sentido de que: a) Lo previsto en el artículo 319 únicamente será de plena aplicación respecto de las altas que se hayan formalizado a partir de 1 de enero de 1994; y b) Respecto de las anteriores a 1-1-1994 lo previsto en el artículo 319 LGSS únicamente será de aplicación a las prestaciones causadas desde 1-1-2022⁵⁷.

3) Cotizaciones realizadas después de acceder a la jubilación total anticipada.

Las situaciones con las que nos podemos encontrar pueden ser múltiples, destacando las siguientes:

– Personas que acceder a la jubilación una vez cumplidos los 60 años y antes de cumplir los 65 y vuelven al trabajo con suspensión del derecho mientras presten servicios (se trata de la situación prevista en el número 2 del artículo 16 Orden 18-1-1967). En este caso los trabajos y las nuevas cotizaciones surtirán los siguientes efectos: a) Elevar el porcentaje de la pensión inicialmente reconocido; y b) Disminuir o, en su caso, suprimir el coeficiente reductor que hubiese correspondido para determinar la pensión inicial de jubilación conforme a lo dispuesto en la DT primera de la Orden 18-1-1967. Por el contrario no afectará a la base reguladora ya determinada⁵⁸.

⁵⁷ Novedad incluida por la DF 28.ª Seis de la Ley 22/2021, 28 diciembre.

⁵⁸ Véase Resolución de la Dirección General de Previsión de 3 de noviembre de 1967, sobre los efectos de lo dispuesto en el número 2 del artículo 16 de la Orden de 18 de enero de 1967, en relación con aquellos pensionistas de Vejez que hayan causado la prestación por aplicación de los establecido en el número 9 de la Disposición Transitoria Primera de dicha Orden.

En similares términos y para los trabajadores que estuvieron encuadrados en el Régimen Especial de Trabajadores ferroviarios se pronunció la Resolución de la Dirección General de la Seguridad Social de 21

4) Cuotas pendientes de ingreso.

Tanto en el Régimen General⁵⁹ como en determinados Regímenes Especiales⁶⁰ es posible que determinados sujetos incluidos en ellos sean responsables del ingreso de las cotizaciones a la Seguridad Social. El artículo 47 LGSS dispone que para el caso de trabajadores que sean sujetos responsables (y obviamente también obligados) del ingreso de las cotizaciones, será preciso para el reconocimiento de las prestaciones que se encuentren al corriente en el pago de las cotizaciones y ello, aunque la prestación sea reconocida como consecuencia del cómputo recíproco de cotizaciones, en un régimen de trabajadores por cuenta ajena. Siendo de aplicación el mecanismo de invitación al pago previsto en el artículo 28.2 del Decreto 2530/1970, de 20 agosto. A efectos de reconocimiento del derecho a una pensión las cotizaciones correspondientes al mes del hecho causante y a los dos meses previos aquel, cuyo ingreso aún no conste como tal en los sistemas de información de la Seguridad Social se presumirán ingresadas sin necesidad de que el interesado lo tenga que acreditar documentalmete, sin perjuicio de una revisión y control posterior de la Entidad Gestora. Caso de que finalmente no resulte acreditado su abono, se procederá a la suspensión del pago de la pensión, aplicándose a las mensualidades retenidas a la amortización de las cuotas adeudadas hasta su total extinción, rehabilitándose luego el pago de la pensión a partir de ese momento.

Para la aplicación de lo indicado anteriormente es imprescindible que el trabajador haya acreditado el período mínimo de cotización que le sea exigible.

Problema más complejo presenta cuando el trabajador ha permanecido sucesiva o simultáneamente a regímenes en los que el responsable del ingreso de cuotas era el mismo y a regímenes en los que la responsabilidad recayó en el empresario, ya que ello puede además influir en el porcentaje (puesto que hay que tener en cuenta todo el período cotizado) y en la base reguladora de la

de noviembre de 1975. En este caso incluso se entiende computable a efectos de incrementar el porcentaje de la pensión los períodos de cotización anteriores –en virtud de cómputo recíproco de cotizaciones– al inicio de la actividad ferroviaria.

Véase también la Resolución 3 noviembre de 1969, de la Dirección General de Previsión, sobre efectos de lo dispuesto en el número 2 del artículo 16 de la Orden de 1967, en relación con aquellos pensionistas de vejez que hayan causado la prestación por aplicación de lo establecido en el número 9 de la DT 1.º de dicha Orden.

⁵⁹ Sería el caso de determinados empleados hogar, trabajadores por cuenta ajena agrícola en períodos de inactividad.

⁶⁰ Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, incluidos los de su sistema especial de trabajadores autónomo agrícolas y en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar, solamente para los trabajadores por cuenta propia.

prestación (que a tenor del período adeudado pudiera quedar comprendido dentro de ella)⁶¹.

5) Cotizaciones realizadas en actividades penosas, tóxicas, peligrosas o insalubres.

Ha sido tradicional en nuestro sistema aceptar que edad mínima de acceso a la jubilación pueda verse rebajada por la aplicación de unos coeficientes reductores cuya finalidad es compensar en alguna medida el desgaste físico producido por la realización de actividades de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa e insalubre que acusen elevados índices de morbilidad o mortalidad⁶². Esos coeficientes se aplican al período de tiempo en el cual el trabajador que ocupa una determinada categoría o especialidad profesional realiza la actividad que se considera digna de bonificar, es decir por el período efectivamente trabajado, si bien se considera como tal, a tenor de lo previsto en la normativa correspondiente las faltas al trabajo que vengan motivadas por enfermedad común, profesional y accidente sean o no de trabajo, y las autorizadas por la normativa correspondiente con derecho a retribución⁶³. El tiempo

⁶¹ Véase en este sentido los criterios INSS: 21/2005, de 25 de octubre; y 8/2012, de 14 septiembre de 2012. Este último (se pronuncia tras las STS de 26-7-2011 y 24-1-2012) revisando criterios anteriores concluyendo que aunque se trate de un causante que únicamente perteneció al régimen general, si adeuda alguna cotización referida a cualquiera de las actividades en las que puede ser sujeto responsable (se refiere a los artistas, toreros, representantes de comercio y trabajadores agrarios) tendrán que ponerse al corriente, incluso aunque con las cotizaciones correspondientes a otras actividades del mismo régimen general reuniesen el período mínimo.

⁶² Véanse:

- Ley 47/2015, de 21 de octubre y RD 1311/2007, de 5 de octubre, para los trabajadores del mar.
- Decreto 298/1973, de 8 de febrero y Orden de 3 abril 1973, para trabajadores de la Minería del Carbón.
- RD 2366/1984, de 26 de diciembre, trabajadores incluidos en el Estatuto del Minero.
- RD 1559/1986, de 28 julio, trabajadores de vuelo de trabajos aéreos.
- D. 824/1974, de 9 agosto, trabajadores ferroviarios.
- RD 383/2008, 14 mayor, bomberos al servicio de las administraciones públicas.
- DA 20.ª LGSS, Cuerpo de la Ertzainza.
- RD 1449/2018, de 14 diciembre, Policías Locales.
- DA 159.ª Ley 6/2018, de 3 julio y DA. 20 ter Policía Foral de Navarra.
- DA 20 bis LGSS Mossos d' Escuadra.

⁶³ Véanse:

- Resolución de la Dirección General de Gestión y Financiación de la Seguridad Social de 23 de septiembre de 1976 referente a la posible aplicación del número 5 del artículo 21 de la OM 3-4-1973, a los únicos efectos de cómputo de cotización para determinar el porcentaje de la pensión de jubilación en aquellos supuestos en que el pensionista alcance la edad real de sesenta y cinco años.
- Resolución de 12 de junio de 1986, de la Secretaría General para la Seguridad Social, sobre aplicación de los derechos transitorios de los trabajadores de interior de los establecimientos Mineros de Almadén.
- Resolución de 20 junio 1986 de la Dirección General de Régimen Jurídico de la Seguridad Social, sobre coeficiente reductor aplicable al personal de exterior de explotaciones mineras.

bonificado y que sirve para adelantar la edad de jubilación se considera además cotizado a la Seguridad Social.

6) Cotizaciones de trabajadores procedentes de regímenes especiales integrados en el Régimen General.

Sería el caso de colectivos que estaban integrados en los regímenes especiales de⁶⁴:

- Trabajadores Ferroviarios⁶⁵.
- Artistas⁶⁶.
- Toreros⁶⁷.

- Resolución de 18 agosto de 1986, sobre coeficiente reductor aplicable a los trabajadores de empresas que realicen labores de explotación y aprovechamiento de minerales como contratistas, subcontratistas o compañías auxiliares.

- Resolución de 27 octubre de 1986, de la Dirección General de Régimen Jurídico de la Seguridad Social sobre coeficiente reductor aplicable al personal de interior de las minas de espato-flúor en las categorías profesionales de vagonero y peón.

- Resolución de 20 noviembre 1991, de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, sobre alcance de la aplicación de coeficientes reductores de la edad de jubilación para los trabajadores comprendidos en el Estatuto del Minero y Régimen Especial de la Minería del Carbón.

- Circular 14/92 del INSS sobre alcance temporal de los coeficientes reductores en el sector laboral de la Minería del Carbón y Resolución de 21 de junio de 1994, de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social.

- Oficio-Circular núm. 3/92, de 28 de enero del INSS, que entiende que caso de los trabajadores incluidos en el R. Especial de la Minería del Carbón no procede durante el tiempo en que el trabajador se vea afectado por un expediente de regulación de empleo.

- Resolución de 10 de marzo de 1994, de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, sobre acceso a la pensión de jubilación de los artistas y profesionales taurinos con menos de 65 años.

Véase la Instrucción 5 de la Circular núm. 21/94, de 12 septiembre del INSS., que para los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar incluye, además del tiempo efectivamente trabajado a bordo, los períodos de desembarco debidos a enfermedad, accidente y permisos y licencia que deban ser retribuidas conforme a lo establecido en la legislación laboral y convenios colectivos aplicables.

En el caso del período de vacaciones se considera como tiempo de trabajo siempre que en dicho período el trabajador figure en alta en Seguridad Social.

Una excepción a que la actividad a bonificar deba ser la correspondiente y no otra diferente puede verse en la DA. Vigésima de la LGSS relativa a los coeficientes de la edad de jubilación de los miembros del Cuerpo de la Ertzaintza.

⁶⁴ Ver lo indicado en apartado 5 anterior y nota número 62.

⁶⁵ Normado por el D. 2824/1974, de 9 de agosto. Véase artículo 3 RD 2621/1986, de 24 de octubre, que establece reducciones en la edad mínima de jubilación por razón de trabajos excepcionalmente penosos o peligrosos 2621/1986, de 24 de diciembre.

⁶⁶ Normado por D. 2133/1975, de 24 julio. Véase el artículo 9 RD 2621, de 24 octubre, sobre consideración de días cotizados y en alta y artículo 11 sobre jubilación anticipada y reducciones en la edad mínima de jubilación.

⁶⁷ Normado por RD 1024/1981, de 22 de mayo. Véase artículo 15 del RD 2621/1986, de 24 octubre, sobre consideración de días cotizados y artículo 11 sobre edad mínima de jubilación de dichos profesionales.

7) Cotizaciones a abonar por «conversión» de una pensión en otra⁶⁸.

Los artículos 20 y 22 de la OM de 3 abril de 1973, relativas al Régimen Especial de la Minería del Carbón norman una situación singular y es que el pensionista de incapacidad permanente absoluta pueda pasar a tener una pensión equivalente a la de jubilación y los de incapacidad permanente total para la profesión habitual puedan causar una pensión de jubilación siempre, que en ambos casos reúnan las condiciones señaladas en los preceptos indicados. Uno de ellos es que para que los pensionistas de incapacidad permanente total causen nueva pensión de jubilación, tienen que satisfacer a su exclusivo cargo y de deduciéndolo de la pensión de jubilación, las cuotas de empresa y trabajador por el período comprendido entre la fecha de efectos de la incapacidad permanente y la del hecho causante de la jubilación. Por su parte el artículo 20 norma 3.ª del número 2 señala varios supuestos en los que el incapacitado permanente absoluto debe satisfacer cuotas para obtener la nueva cuantía de su pensión equivalente a la de jubilación⁶⁹.

8) Cotizaciones que falten para cubrir el período mínimo de cotización y cuyo ingreso se autorice.

El 31 de julio de 1982 se suscribió un convenio entre las Cortes Generales y el Instituto Nacional de la Seguridad Social con el objeto de formalizar la inclusión en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social de los Diputados y Senadores que lo deseen, aunque hubieran estado anteriormente incluidos en el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social. La cláusula octava párrafo preveía lo siguiente: a) Permitir a los parlamentarios que lo hayan sido durante dos legislaturas al menos y tuvieran 55 años pudieran solicitar la prórroga del convenio durante el tiempo necesario para cubrir el período de cotización necesario para alcanzar el período mínimo de cotización exigible para lucrar pensión de jubilación; y b) Si tuvieran cumplidos 65 años y no reunieren el período mínimo de cotización exigible, el INSS podrá reconocer la pensión de jubilación siempre que las Cortes Generales ingresen en la TGSS el importe a que ascienda el valor actual del capital coste de la pensión correspondiente a un período equivalente al que faltare para completar el período mínimo de cotización⁷⁰.

⁶⁸ Entendiendo por conversión la extinción de la pensión que se venía disfrutando por pasar a percibir la misma persona otra de distinta naturaleza. De interés en su entendimiento es la Resolución de 9 de marzo de 1967 de la Dirección General de Previsión, respecto a la interpretación que debe darse a los términos «revisión y conversión de pensiones».

⁶⁹ El procedimiento puede verse en Circular 68/80, de 15 julio del INSS.

⁷⁰ Véase la Circular núm. 13/1994, de 16 de julio del INSS, sobre instrucciones y procedimiento para el trámite de solicitudes de pensión de jubilación formuladas por Diputados y Senadores.

9) Escala de abono de años y días cotizados según la edad cumplida en 1-1-1967 a efectos de la pensión de jubilación.

Las dificultades de acreditar las cotizaciones anteriores a la entrada en vigor del sistema de Seguridad Social y la necesidad de tomar en cuenta toda la vida laboral a efectos de determinar el porcentaje de la pensión de jubilación llevó a establecer en la DT 2.^a número 3 una escala de abono de años y días cotizados a estos únicos efectos que se aplica a quienes acrediten cotizaciones a los extinguidos Regímenes de Seguro de Vejez e Invalidez y/o de Mutualismo Laboral, con anterioridad a 1-1-1967. Aplicable también a los Regímenes Especiales que tengan reconocida expresamente en sus Disposiciones Transitorias la remisión al Régimen General en esta materia ⁷¹.

10) Trabajadores encuadrados en la Mutualidad Laboral de españoles de Gibraltar.

La Orden de 9 julio de 1969 equiparó los derechos de los trabajadores incluidos en la Mutualidad Laboral de Trabajadores Españoles en Gibraltar a los del Régimen General pudiendo causar pensión de jubilación, a partir de los 60 años, con aplicación de los oportunos coeficientes reductores ⁷²

11) Cómputo del último mes trabajado en la base reguladora de la pensión de jubilación cuando se ha cesado el último día del mes.

El último día del mes en que se está en alta, en cuanto se cotiza íntegro, debe de computarse a efectos de la base reguladora ⁷³.

12) Los períodos de ejercicio sacerdotal o de profesión religiosa de sacerdotes o, religiosos y miembros laicos de los institutos seculares de la Iglesia Católica antes de 1-1-1997 ⁷⁴.

⁷¹ Circular n.º 7/1982, de 19 de febrero del INSS. Véase también el Escrito de 10 de febrero de 2003, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS, sobre aclaraciones relacionadas con el escrito de 21/11/2002, sobre aplicación de la STJUE de 3/10/2002. Cómputo de años cotizados a efectos de la pensión de vejez, relativo a la aplicación de los períodos de bonificación por edad en 1-1-1967.

⁷² Véase Resolución de 10 de mayo de 1988, de la Dirección General de Régimen Jurídico de la Seguridad Social.

⁷³ Resolución de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social de 16-2-1991.

⁷⁴ Véanse:

– RD 487/1998, de 27 de marzo; completado por RD 2665/1998, de 11 diciembre; y RD 1512/2009, de 2 de octubre que modifica los anteriores.

– Circular 78/81, de 13 de octubre del INSS, sobre instrucciones de procedimiento administrativo para la debida aplicación de los establecido en la DT 1.^a de la Orden de 19-12-1977, que regula la inclusión

La Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y de orden social, estableció, en su disposición adicional décima, que el Gobierno aprobará las disposiciones normativas que sean necesarias a los efectos de computar, para los religiosos y sacerdotes secularizados, el tiempo que estuvieron ejerciendo su ministerio o religión, y en el que no les fue permitido cotizar por su falta de inclusión en el sistema de la Seguridad Social, con objeto de que se les reconozca el derecho a la percepción de la pensión de jubilación denegada o a una cuantía superior a la que tienen reconocida. Inicialmente se abordó la situación de aquellos que carecían de pensión de jubilación a través del RD 487/1998 por el que para los sacerdotes y religiosos o religiosas de la Iglesia Católica secularizados, se consideran, como cotizados a la Seguridad Social y a efectos de completar el período mínimo de cotización actualmente exigible para la pensión contributiva de jubilación, los períodos que sean necesarios y que coincidan en el tiempo con el ejercicio del ministerio o de religión, con anterioridad a la fecha de inclusión en la Seguridad Social del colectivo de sacerdotes o de religiosos y religiosas de dicha Iglesia. Posteriormente se ampliaría: la consideración de tiempo cotizado a la actividad realizada fuera del territorio nacional ⁷⁵, el ámbito subjetivo a los miembros laicos de los institutos seculares de la Iglesia Católica ⁷⁶; e incluso los beneficios normados en el RD 1512/2009 a pensiones ya causadas ⁷⁷.

En unas condiciones muy ventajosas ya que:

– Una vez reconocidos como cotizados, los períodos de ejercicio sacerdotal o de profesión de la religión que correspondan ⁷⁸, se procederá al reconocimiento del derecho a la pensión de jubilación.

del Clero Diocesano de la Iglesia Católica; escrito de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica de 6 de abril de 2000 sobre reconocimiento, como cotizados a la Seguridad Social, de los períodos de actividad sacerdotal o religiosa de la Iglesia Católica secularizados, requisitos de la certificación que se exige; y Escrito de 20 julio de 2004 de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica sobre supresión de gastos de gestión de capitales coste de pensiones a sacerdotes secularizados de la Iglesia Católica.

⁷⁵ Artículo primero RD 1512/2009, de 2 octubre.

⁷⁶ Artículo tercero RD 1512/2009, de 2 octubre.

⁷⁷ DT única del RD 1512/2009, de 2 octubre.

⁷⁸ Véase el artículo 2 del RD 2665/1998, de 11 de diciembre, que señala que a quienes ostentaron la condición de sacerdotes o religiosos y religiosas de la Iglesia Católica y que, en la fecha de 1 de enero de 1997, se les reconocerán como cotizados a la Seguridad Social los períodos de ejercicio sacerdotal o de profesión religiosa acreditados con anterioridad a:

a) En el caso de sacerdotes secularizados: 1 de enero de 1978.

b) En el caso de personas que abandonaron la profesión religiosa: 1 de mayo de 1982.

Con un límite, en ningún caso los períodos a reconocer, sumados a los años de cotización efectiva a la Seguridad Social, podrán superar el número de 35.

– A efectos de reconocimiento de la pensión de jubilación, no será exigible el período de carencia específica establecido con carácter general.

– Para el cálculo de la pensión se tomarán, en primer lugar, si las hubiere, las bases reales de cotización acreditadas durante el período que integre la base reguladora, y las lagunas se completarán con las bases mínimas de cotización, previstas para los trabajadores mayores de dieciocho años en el régimen de que se trate, y que hubiesen correspondido a los meses que se les reconozca, contados, hacia atrás, desde la fecha de petición.

– Siendo obligación de los interesados abonar el capital coste de la parte de la pensión que se derive de los años de cotización que se le hayan reconocido. Abono del capital coste a que podrá ser aplazado por un período máximo de veinte años y fraccionado en pagos mensuales, deducibles de cada mensualidad de la pensión reconocida.

13) Los períodos de actividad profesional en la enseñanza del euskera anteriores a 29-12-1978.

El RD 788/2007, de 15 de junio, va dirigido a quiénes con anterioridad a 29 de diciembre de 1978, se dedicaron profesionalmente a la enseñanza del euskera «*sin posibilidad de ser incluidos en ningún régimen de Seguridad Social, como consecuencia de la clandestinidad en que se desarrolló dicha actividad*». El ejercicio de dicha actividad se acreditará certificación del ejercicio de la actividad docente y de los períodos en que se desarrolló, expedida por el órgano competente en materia educativa de la Comunidad Autónoma del País Vasco o de la Comunidad Foral de Navarra. Los períodos de actividad profesional reconocidos como cotizados a la Seguridad Social (siempre que no se superpongan con otros cotizados) se computarán en el extinguido SOVI o en el Régimen General de la Seguridad Social, según se hubieran prestado con anterioridad a 1 de enero de 1967 o a partir de esta fecha. Los efectos de tales períodos reconocidos como cotizados a la Seguridad Social son para: a) pensiones de vejez, invalidez y viudedad del extinguido Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez; b) pensiones de incapacidad permanente y por muerte y

Asimismo, no podrán ser objeto de nuevo reconocimiento como períodos cotizados a la Seguridad social los de ejercicio de actividad sacerdotal o religiosa que hayan sido objeto de asimilación, en virtud de lo previsto en el Real Decreto 487/1998, de 27 de marzo.

Los períodos asimilados a cotizados a la Seguridad Social serán reconocidos, en el caso de sacerdotes secularizados, en el Régimen General y, en el supuesto de personas que abandonaron la profesión religiosa en el Régimen Especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos.

Los interesados deberán acreditar el tiempo de ejercicio sacerdotal o de profesión de religión, mediante certificación expedida, en el caso de los sacerdotes secularizados, por el Ordinario respectivo y, en los supuestos de religiosos o religiosas, por la autoridad competente de la correspondiente Congregación

supervivencia, derivadas de contingencias comunes, del Régimen General de la Seguridad Social; c) pensión de jubilación del Régimen General de la Seguridad Social; y d) incremento de la cuantía de la pensión de jubilación del Régimen General que el interesado viniera percibiendo.

14) Períodos trabajados y no cotizados del personal interino del Ministerio de Justicia.

Bajo la rúbrica «*Reconocimiento de las cotizaciones a la Seguridad Social al personal de la Administración de Justicia*» la DA 158 de la Ley 11/2020, 30 de diciembre, viene a disponer que «El Gobierno procederá a revisar, de oficio o a petición de las personas interesadas, y reconocer como cotizados los periodos que consten trabajados y no cotizados del personal de justicia que presente diferencias entre los períodos efectivamente trabajados que figuren en el certificado de servicios prestados y los que figuran en su certificación de cotizaciones». Se trata en definitiva de una situación privilegiada que se otorga a la propia de Administración incumplidora de sus obligaciones para con la Seguridad Social. Los períodos que se entienden afectados son los comprendidos entre el 30-6-1978 y 1-8-1990, ambos inclusive ya que este es el período contemplado en el RD 960/1990, de 13 julio, para la integración en el Régimen General de la Seguridad Social al personal interino al servicio de la Administración de Justicia y en la Orden de 18 de junio de 1992 que dicta normas para la aplicación de dicho Real Decreto⁷⁹.

15) Lagunas de cotización.

⁷⁹ El Criterio de gestión 20/2021, de 27 de julio de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS y nota aclaratoria de 5 agosto de 2021, fija los siguientes criterios:

- Período afectado del 30/06/1978 al 1/08/1990, ambos inclusive.
- No procede exigir al interesado el abono de las cuotas correspondientes al período considerado como cotizado, sin perjuicio de la responsabilidad empresarial que corresponda.
- En cuanto a las bases con las que procede integrar las faltas de cotización, esta Entidad gestora considera que en aquellos casos en los que no se constate este dato en el certificado emitido por el Ministerio de Justicia, deberán tenerse en cuenta las bases mínimas de cotización de entre todas las existentes en cada momento.
- A efectos de que se proceda a considerar como cotizado el período que conste como trabajado y no cotizado entre el 30/06/1978 y el 1/08/1990, los interesados deberán dirigirse al Ministerio de Justicia con el fin de obtener el correspondiente certificado, que presentarán en la dirección provincial competente.
- En los supuestos en los que proceda estimar las solicitudes de revisión de pensiones, los efectos de tal reconocimiento se producirán con una retroactividad máxima de tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud, de acuerdo con lo previsto en el artículo 53.1 del TRLGSS. No pudiendo retrotraerse a una fecha anterior a 2 de enero de 2021 (fecha de entrada en vigor de la Ley 11/2020, de 30 diciembre).

Los vacíos de cotización a lo largo de la vida laboral no son computables (salvo las excepciones que se han venido analizando) para cubrir el período mínimo de cotización, ni tampoco de cara al porcentaje aplicar a la base reguladora. No obstante, con el fin de evitar bases cero de las distintas mensualidades que integran la base reguladora correspondiente, el artículo 209.1 b) LGSS contempla el denominado mecanismo de integración de lagunas de cotización. Desde 1-1-2013 ello supone que si en el período que haya de tomarse para el cálculo de la base reguladora aparecieran meses durante los cuales no hubo obligación de cotizar, las primeras cuarenta y ocho mensualidades se integrarán con la base mínima de entre todas las existentes en cada momento, y el resto de mensualidades con el 50% de dicha base mínima. Para aquellos que puedan acceder a la pensión de jubilación por aplicación de la normativa anterior a la Ley 27/2011, 1 de agosto, la integración de bases es sobre la base mínima de cotización vigente en cada momento con independencia de la fecha del vacío de cotización⁸⁰.

16) Cotizaciones en el mismo régimen o en distintos regímenes.

En el caso de que se acrediten cotizaciones a varios regímenes del sistema de Seguridad Social y no se cause pensión en uno de ellos, las bases de cotización correspondientes a este último en régimen de pluriactividad podrán ser acumuladas a las del régimen en que se cause la pensión, solo a efectos de la base reguladora y teniendo en cuenta que la suma de las bases no podrá exceder del límite máximo de cotización vigente en cada momento (artículo 49 LGSS).

Si las cotizaciones son realizadas en régimen de pluriempleo, las llevadas a cabo en varias empresas se computarán en su totalidad, sin que puede exceder del límite máximo de cotización vigente en cada momento.

17) Cotizaciones de trabajadores discapacitados.

De forma similar a los trabajos realizados en actividades peligrosas, penosas, tóxicas, peligrosas o insalubres la edad ordinaria de jubilación exigida en cada momento puede verse reducida, mediante la aplicación de unos coeficientes reductores en caso de trabajadores con una discapacidad igual o superior al 65% o, también, con una discapacidad del 45% para determinadas discapacidades⁸¹.

⁸⁰ Artículo 162.1.2 LGSS/1994 en su versión anterior a la reforma llevada a cabo por la Ley 27/2011

⁸¹ Artículo 207 bis LGSS. Su desarrollo reglamentario se llevó a cabo por RD 1851/2009, de 4 diciembre, para las discapacidades en grado igual o superior al 45%; y RD 1539/2003, de 5 de diciembre,

En el caso de trabajadores con discapacidad igual o superior al 65% la edad ordinaria de acceso a la jubilación se reduce en un período equivalente al que resulte de aplicar al período efectivo de trabajo realizado en situación de discapacidad un 0,25% o del 0,50% si el discapacitado en porcentaje mínimo del 65% precisa de la ayuda de otra persona para los actos esenciales de la vida ordinaria. Si bien tales coeficientes reductores no pueden dar lugar al acceso a la jubilación a una edad inferior a los 52 años. Estos coeficientes reductores no serán tomados en cuenta para el acceso a la jubilación parcial, ni a la anticipada en cualquiera de sus modalidades. El período de tiempo en que resulte reducida la edad de jubilación se computará como cotizado a efectos de determinar el porcentaje aplicable a la base reguladora.

Para el caso de discapacitados en porcentaje del 45%, los beneficios de coeficientes reductores se llevarán a cabo con los siguientes requisitos: a) Alta o situación asimilada⁸²; b) Haber trabajado a lo largo de su vida laboral un tiempo efectivo equivalente al período mínimo de cotización para la jubilación; y c) Estar afectado por algunas de las discapacidades listadas⁸³ y que hayan determinado durante dicho tiempo un grado de discapacidad igual o superior al 45%. La edad mínima de jubilación de estos trabajadores discapacitados será la de 56 años⁸⁴. El período de tiempo en que se reduzca la edad de jubilación se computará como período cotizado

para las relativas al grado de discapacidad igual o superior al 65%.

La DA única del RD 1539/2003, de 5 de diciembre, dispone para los trabajadores afectados por una discapacidad en un grado igual o superior al 65% que, por haber tenido la condición de mutualista en cualquier mutualidad de trabajadores por cuenta ajena en el día 1-1-1967 o en otra fecha anterior, tengan derecho, de acuerdo con lo establecido en la disposición transitoria tercera.1.2.ª del texto refundido de la LGSS, a causar la pensión de jubilación a partir de los 60 años, les serán de aplicación los coeficientes establecidos del 0,25 o 0,50, a los efectos de determinar el coeficiente reductor de la cuantía de la pensión de jubilación que corresponda en cada caso, y se tendrá en cuenta, a todos los demás efectos, la edad real del trabajador. Las referencias contenidas al 1 de enero de 1967 se entenderán realizadas a la fecha que se determine en sus respectivas normas reguladoras, respecto de los regímenes o colectivos que contemplen otra fecha distinta, en orden a la posibilidad de anticipar la edad de jubilación. Igual regla será de aplicación a los trabajadores afectados por una discapacidad en un grado igual o superior al 65% que deseen jubilarse anticipadamente, de acuerdo con lo previsto en el artículo 206 del citado texto refundido, a partir de los 61 años de edad.

Para la acreditación de la discapacidad véase el artículo 2 del RD 1539/2003, de 5 de diciembre y artículo 5 RD 1851/2009, de 4 de diciembre. Véase también la Resolución de 31 de enero de 2005, de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, sobre la validez de la certificación expedida por la Organización Nacional de Ciegos Españoles con respecto a los trabajadores discapacitados afiliados a ella.

Para el cómputo de tiempo trabajado véase artículo 4 RD 1539/2003, de 5 de diciembre y artículo 4 RD 1851/2009, de diciembre.

⁸² Artículo 6 RD 1851/2009, de 4 diciembre.

⁸³ Se encuentran recogidas en el artículo 2 del RD 1851/2009, de 4 de diciembre.

⁸⁴ Para hechos causantes a partir de 1-1-2012.

al exclusivo efecto de determinar el porcentaje aplicable a la correspondiente base reguladora ⁸⁵.

La DA primera del RD 1851/2009 recoge un derecho de opción en favor de los trabajadores que reúnan los requisitos tanto del mismo como del RD 1539/2003, que podrán optar por la aplicación del que les sea más favorable.

18) Aplicación de normas internacionales.

En algunas ocasiones se puede plantear si son computables para determinadas modalidades de jubilación (por ejemplo, en la anticipada) si es período de cotización efectiva los períodos de seguro voluntario no superpuesto a otros, certificados por otros Estados miembros de los Reglamentos Comunitarios o también de otros estados en que sea de aplicación el Convenio Multilateral Iberoamericano o Convenios bilaterales.

La LGSS para acceder al derecho a la pensión de jubilación anticipada exige, en sus artículos 207.1c) y 208.1.b), un período mínimo de cotización que tiene que ser de cotización efectiva. A estos exclusivos efectos, añade que el período de prestación del servicio militar o de la prestación social sustitutoria se computará igualmente, con el límite máximo de un año.

En virtud del principio de totalización de periodos (artículo 6 del Reglamento (CE) n.º 883/2004 y Decisión n.º H6 de la Comisión Administrativa), para la adquisición del derecho a las pensiones se computan en principio todos los períodos de seguro o de residencia certificados por los otros Estados, ya sean obligatorios o voluntarios, asimilados o equivalentes, sin cuestionar su valor. Efectuada la totalización en los términos descritos, procede determinar la validez de estos períodos a efectos del cumplimiento de otros requisitos, distintos del de carencia.

Por tanto, para acceder a la pensión de jubilación anticipada únicamente se computarán los períodos certificados por otros Estados miembros que puedan considerarse como de cotización efectiva. Los periodos equivalentes o asimilados no se computan a estos efectos, a excepción de los certificados como períodos de servicio militar, que se computarán en los términos antes señalados.

Los períodos de seguro voluntarios no superpuestos certificados por otros Estados miembros son periodos cotizados, por lo que tendrán la consideración de periodos de cotización efectiva a efectos del acceso a la pensión de jubilación anticipada, al igual que los periodos de seguro certificados como obliga-

⁸⁵ Artículo 7 RD 1851/2009, de 4 diciembre.

torios y los de residencia que se correspondan con el ejercicio de una actividad laboral.

El cómputo de los periodos considerados como de cotización efectiva y de los certificados como de servicio militar, a efectos del acceso al derecho a la pensión de jubilación anticipada, se realizará, dependiendo del tipo de jubilación anticipada de que se trate, de la siguiente manera:

Si es una pensión de jubilación anticipada involuntaria, se computarán únicamente los periodos que sean anteriores a la fecha del cese involuntario o que puedan ubicarse (si son intemporales) antes de la citada fecha.

Si es una pensión de jubilación anticipada voluntaria, se computarán los períodos de seguro que sean anteriores a la fecha del hecho causante o que puedan ubicarse (si son intemporales) hasta la citada fecha ⁸⁶.

19) Cómputo recíproco de cotizaciones.

El cómputo recíproco de cotizaciones facilita, al efecto de cubrir el período de cotización, exigible, que se computen las cotizaciones efectuadas por una persona a lo largo de su vida laboral al Régimen General, Regímenes Especiales y Clases Pasivas del Estado ⁸⁷ El RD 691/1991, de 12 de abril ⁸⁸, nor-

⁸⁶ Véanse Criterios 3/2016, de 12 de febrero y 14/2016, de 11 julio, Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS. Si se certificaran como intemporales entonces los períodos de seguro se recogerían en la vida laboral.

También son de interés los Criterios 16/2016, de 7 septiembre, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica relativo a la coordinación en la prorrata con los coeficientes reductores y con el porcentaje adicional por demora; y 37/2015, de 28 diciembre o en la jubilación por totalización a prorrata.

⁸⁷ En este régimen con algunas limitaciones temporales, véase la DA 3.^a RD 691/1991, de 12 abril.

⁸⁸ Véase también:

- Decreto 2957/1973, de 16 noviembre.
- Resolución de 12 julio 1974, de la Dirección General de la Seguridad Social sobre régimen de compatibilidades de las pensiones del Régimen Especial de la Minería del Carbón.
- Resolución de 5 de mayo de 1977, de la Dirección General de Gestión y Financiación de la Seguridad Social, sobre cotizaciones al Régimen Agrario a tener en cuenta a efectos de lo dispuesto sobre cómputo de cotizaciones a distintos regímenes en el artículo 68, n.º, ap. C), del Reglamento de aquél.
- Resolución de 9 de agosto de 1978, de la Dirección General de Prestaciones, sobre alcance de la aplicación de lo dispuesto en el número dos del artículo único del Decreto 2957/1973, de 16 de noviembre, sobre cómputo recíproco de cotizaciones en el Sistema de la Seguridad Social.
- Resolución de 14 de noviembre de 1988, de la Dirección General de Régimen Jurídico de la Seguridad Social, sobre Convenios Especiales suscritos por quienes, de forma simultánea, se hallaban en alta en alguno de los montepíos exceptuados o sustitutorios.
- Resolución de 8 agosto de 1996, de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, sobre cómputo recíproco de cuotas entre regímenes del sistema de la Seguridad Social y el Régimen de Clases Pasivas del Estado.
- Resolución de 22 marzo 1999 de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, sobre reconocimiento del derecho a la pensión de jubilación al amparo del derecho transitorio cuando es necesario acudir al cómputo recíproco de cotizaciones.

ma el denominado cómputo recíproco de cuotas entre regímenes de Seguridad Social. Son de aplicación para quienes acrediten cotizaciones en más de uno de los regímenes siguientes: Clases Pasivas del Estado, Régimen General y Regímenes Especiales del sistema de Seguridad Social o sustitutorios de aquellos (art. 1). El cómputo recíproco se entiende referido a las pensiones de común naturaleza que estén comprendidas en la acción protectora de los regímenes de cuyo cómputo recíproco se trate (art. 2). Por ello quedan excluidas las prestaciones siguientes (arts. 2.2 y 3.2): La pensión de jubilación parcial del Sistema de la Seguridad Social; y las prestaciones en favor de familiares que otorgan los regímenes referidas a nietos, hermanos, abuelos e hijos sin derecho a pensión de orfandad; o cuando las cotizaciones acreditadas a uno de ellos surtan efectos respecto de Convenios o Acuerdos Internacionales que no fueran aplicables a los restantes regímenes. Y obviamente quedan excluidos los períodos superpuestos quedando comprendidos los períodos asimilados en cada régimen. Se totalizan a solicitud del interesado, siempre que no se superpongan, para la adquisición del derecho a pensión, así como para determinar, en su caso, el porcentaje por años de cotización o de servicios aplicable para el cálculo de la misma (art. 4.1). Si procede el cómputo recíproco la pensión será reconocida por el órgano o entidad gestora del régimen al que el causante hubiera efectuado las últimas cotizaciones. Si hubiera sido simultánea, la competencia para la resolución corresponderá al régimen respecto del cual aquél tuviera acreditado mayor periodo cotizado. La entidad u órgano resolverá aplicando sus propias normas, pero teniendo en cuenta la totalización de períodos. Y finalmente si en tal régimen el interesado no cumpliera las condiciones exigidas para obtener derecho a pensión, procederá que resuelva el otro régimen con aplicación de sus propias normas y teniendo en cuenta, asimismo la totalización (art. 4.2)⁸⁹.

20) Trabajo a tiempo parcial.

Tras la publicación la STC de 3 de julio de 2019, el gabinete de comunicación del TC vino a emitir una nota en la se informaba que el Pleno del Tribunal Constitucional por unanimidad había estimado una cuestión interna de inconstitucionalidad planteada por la Sala Segunda del propio Tribunal, declarando la inconstitucionalidad y nulidad del precepto que regula la cuantía de la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial por considerar que

⁸⁹ Sobre el cálculo y determinación de la pensión véase el art. 4.3 RD 691/1991, de 12 abril.

vulnera tanto el derecho a la igualdad como el principio de no discriminación de la mujer.

Precisaba que la nulidad alcanza al inciso «*de jubilación y*» del párrafo primero de la regla tercera, letra c), de la disposición adicional séptima, apartado 1, del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en la redacción dada al precepto por el artículo 5.2 del Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social. Lo que en definitiva supone que el actual artículo 248.2 LGSS se vea afectado por dicha declaración de nulidad.

La sentencia, consideraba que dicho inciso vulnera el derecho a la igualdad entre los trabajadores a tiempo completo y los trabajadores a tiempo parcial en el cálculo de la cuantía de la pensión por el modo de computar el periodo de cotización. Y que, además, constituye una discriminación indirecta por razón del sexo, al evidenciarse estadísticamente que la mayoría de los trabajadores a tiempo parcial son mujeres, lo que ocasiona impacto adverso sobre los trabajadores de un determinado sexo.

La resolución consideraba que el precepto impugnado produce una desigualdad de trato al faltar los requisitos de «*justificación objetiva y razonable*» de las diferencias que establece. Además, «*se rompe también con la proporcionalidad desde el momento en el que, a una reducción razonable de la base reguladora para el trabajador a tiempo parcial en función de su menor base de cotización, añade una reducción también del periodo de cotización para fijar la cuantía de la prestación (porcentaje sobre la base), lo que no se hace con el trabajador a tiempo completo*». «*... lo que no resulta justificado es que se establezca una diferencia de trato entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial, no ya en cuanto a la reducción de la base reguladora para el trabajador a tiempo parcial en función de su menor base de cotización, sino en cuanto a la reducción adicional de la base reguladora mediante un porcentaje derivado de un «coeficiente de parcialidad» que reduce el número efectivo de días cotizados, diferenciación que no solo conduce a un resultado perjudicial en el disfrute de la protección de la Seguridad Social para los trabajadores contratados a tiempo parcial, sino que afecta predominantemente a las mujeres trabajadoras, como revelan los datos estadísticos*». Esta afectación predominante a las mujeres trabajadoras es considerada expresamente en la sentencia como discriminación indirecta, conforme a la definición incluida en el artículo 6.2 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Dos precisiones u observaciones podrían hacerse a las razones que llevaron al Tribunal acordar la nulidad de ese inciso de la DA. 7.^a ap. 1 de la LGSS/1994.

La primera es la relativa a si está o no justificado esa forma de cálculo y esa doble penalización que denuncia el TC. Para constatar esta supuesta discriminación, carente de justificación, se indica que el método de cálculo lleva a que un trabajador a tiempo parcial sólo alcanzará el porcentaje del 100 % de la base reguladora si su porcentaje de parcialidad durante su vida laboral es del 67 %. De forma muy gráfica se expone que el demandante de amparo del que trae causa la cuestión interna de inconstitucionalidad vio que tras 37 años y 10 meses cotizados que a un trabajador a tiempo completo le supondrían el 100 % de la base reguladora, a él por efectos de esa doble penalización, se le reducía a 33 años y 4 meses, reduciéndosele la cuantía de la pensión en un 4,94 %, en definitiva, le quedaría una pensión del 95,06 % de la base reguladora. Lo que dice el TC es cierto, pero omite que un trabajador a tiempo completo durante 37 años ha hecho un mayor esfuerzo contributivo al sistema que otro con el mismo tiempo a tiempo parcial. Por otro lado, un trabajador a tiempo completo que cotice sobre la base máxima de cotización, llegado el momento final de percibir una pensión se verá, probablemente, penalizado con la aplicación del tope máximo de las pensiones, algo que a un trabajador a tiempo parcial no le afectará. La regulación podrá ser cuestionable, pero tiene una cierta dosis de objetividad y razonabilidad determinada por los principios de nuestro sistema de Seguridad Social de contributividad, proporcionalidad y equidad del mismo. Y no se olvide que a los trabajadores a tiempo parcial se les garantizan pensiones mínimas en los misma extensión, términos y condiciones que para el resto de los trabajadores.

La segunda está relacionada con una posible discriminación indirecta por razón de sexo en tanto que el mayor colectivo afectado serían las mujeres predominantes en esta modalidad de relación laboral. No es la primera vez que a la normativa específica de Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial se le imputa tal defecto (recuérdese lo dicho anteriormente a propósito del RD 1131/2002) y en esta ocasión y pese a que el afectado era un hombre se vuelve a traer a colación, quizás influenciado por la reciente sentencia de 8 de mayo de 2019 del TJUE (asunto C-161/18), sobre cálculo de la pensión de jubilación de una trabajadora española a tiempo parcial en la que se declaró que la normativa española (en este caso la recogida en los arts. 247, letra a), y 248.3 LGSS) se oponía al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, sobre la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social y en

el que los efectos sobre la cuantía final de la pensión de jubilación eran los mismos que los examinados por el TC. Ambos altos Tribunales se han pronunciado en similares términos, sobre el carácter discriminatorio. Ahora bien, surge una duda a continuación. Ese criterio ¿es trasladable a otras situaciones? Es decir, si una concreta prestación está normada con una serie de requisitos, aparentemente objetivos, pero que producen un efecto limitativo en el acceso o en la cuantía de la pensión y ellos afectan mayoritariamente a mujeres ¿resultarían discriminatorios y por tanto vulneradores de la Directiva 79/7/CEE. Señalemos un ejemplo: los requisitos de acceso a la pensión de viudedad para ex cónyuges son bastantes restrictivos desde la reforma de la Ley 40/2007, 4 de diciembre, ya que se les exige ser acreedores de pensión compensatoria (separación o divorcio) o en su caso haber percibido indemnización especial prevista para los casos de nulidad y que esta se extinga al fallecimiento⁹⁰. La nueva exigencia se pretende justificar en que se objetiva la dependencia económica respecto al causante, si bien es cuestionable ya que la pensión compensatoria no presupone ninguna dependencia económica, recuérdese que su finalidad en el ámbito civil es en cierta forma mantener el estatus previo matrimonial, ni tampoco la indemnización por nulidad matrimonial lo que busca es sancionar legalmente aquellos casos en que exista un vicio grave en la forma de celebrar un matrimonio que ha afectado a la capacidad de los contrayentes o al consentimiento prestado y se impone a uno de los contrayente, lo que no tiene nada que ver con la dependencia económica. Pues bien, el llamado a ser beneficiario, superado este requisito luego se enfrenta una penalización y es que la cuantía de la pensión de viudedad final, no puede superar el importe de la pensión compensatoria (la norma no dice nada respecto a la indemnización, luego en principio solo afectaría a los casos de separación o divorcio). Pues bien, partiendo de esos condicionantes y teniendo en cuenta que el colectivo de beneficiarios de pensión de viudedad afectado es mayoritariamente mujeres (un 92,5 % a 2017)⁹¹ ¿vulnerarían esas previsiones normativas la Directiva 79/7/CEE? Al menos en esa limitación que se impone en cuanto a la cuantía final de la pensión.

La situación tras la STC de 3 de julio de 2019 es la siguiente:

A) No hay variación respecto a la determinación de período cotizado. Se aplicarán las reglas contenidas en el artículo 247 LGSS, a saber:

⁹⁰ Sin perjuicio de las excepciones previstas para los supuestos de violencia de género o hechos causantes anteriores a 1-1-2008.

⁹¹ Ver <http://www.mtramiss.gob.es/es/estadisticas/anuarios/2017/PEN/PEN.pdf>.

a) Se tendrán en cuenta los distintos períodos durante los cuales el trabajador haya permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, cualquiera que sea la duración de la jornada realizada en cada uno de ellos.

A tal efecto, el coeficiente de parcialidad, que viene determinado por el porcentaje de la jornada realizada a tiempo parcial respecto de la jornada realizada por un trabajador a tiempo completo comparable, se aplicará sobre el período de alta con contrato a tiempo parcial, siendo el resultado el número de días que se considerarán efectivamente cotizados en cada período.

Al número de días que resulten se le sumarán, en su caso, los días cotizados a tiempo completo, siendo el resultado el total de días de cotización acreditados computables para el acceso a las prestaciones.

b) Una vez determinado el número de días de cotización acreditados, se procederá a calcular el coeficiente global de parcialidad, siendo este el porcentaje que representa el número de días trabajados y acreditados como cotizados, de acuerdo con lo establecido en la letra a) anterior, sobre el total de días en alta a lo largo de toda la vida laboral del trabajador.

c) El período mínimo de cotización exigido a los trabajadores a tiempo parcial para cada una de las prestaciones económicas que lo tengan establecido, será el resultado de aplicar al período regulado con carácter general el coeficiente global de parcialidad a que se refiere la letra b).

d) En los supuestos en que, a efectos del acceso a la correspondiente prestación económica, se exija que parte o la totalidad del período mínimo de cotización exigido esté comprendido en un plazo de tiempo determinado, el coeficiente global de parcialidad se aplicará para fijar el período de cotización exigible. El espacio temporal en el que habrá de estar comprendido el período exigible será, en todo caso, el establecido con carácter general para la respectiva prestación.

Respecto la cuantía de las pensiones, las reglas previstas en el art. 248 LGSS que siguen estando en vigor son: 1) La base reguladora de la pensión de jubilación se calculará conforme a la regla general⁹²; y b) La integración de lagunas se llevará a cabo con la base mínima de cotización de entre las aplicables en cada momento correspondiente al número de horas contratadas en último término⁹³.

La previsión establecida en el artículo 248.3 LGSS relativa a la determinación de la cuantía de la pensión por la aplicación de determinados coeficientes es inaplicable por efecto de la STC ya que tiene el mismo contenido que la

⁹² Artículo 248.1. a) LGSS.

⁹³ Artículo 248.2 LGSS.

recogida en el párrafo primero de la letra c) de la regla tercera de la DA. 7.^a ap. 1 de la disposición de la declarada inconstitucional y nula. De aquí, salvo que se norme otra cosa sobre el particular habrá que estar en la cuantía de las prestaciones a las reglas generales de la pensión de jubilación.

El propio INSS, mientras no haya una reforma de la LGSS que adapte el texto a la interpretación dada por el Tribunal Constitucional, ha impartido unas instrucciones provisionales en 12-8-2019 para la aplicación de dicha sentencia en el sentido siguiente «... *en aquellos supuestos en los que el trabajador haya desempeñado trabajos a tiempo parcial, para la determinación del porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión de jubilación se tomen consideración los períodos en los que dicho trabajador hubiera permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, cualquiera que sea la duración de la jornada*»⁹⁴.

Otra singularidad es la del trabajador que, de forma alternativa o sucesiva, fue trabajador por cuenta ajena a tiempo parcial y trabajador autónomo, debiéndose acudir al cómputo recíproco de cotizaciones para determinar el régimen conforme al cual se reconocerá el derecho a la pensión de jubilación. En este caso deberá de procederse de la siguiente forma⁹⁵:

– Para determinar el régimen conforme a cuya legalidad se reconocerá la pensión de jubilación, habrá de aplicarse la normativa reguladora del cómputo recíproco de cotizaciones, estableciendo los periodos carenciales (15 años de cotización, de los cuales dos han de comprenderse en el periodo de los últimos 15 años) en función del cociente global de parcialidad correspondiente a toda la vida laboral del trabajador.

De esta forma, si en alguno de los regímenes que prevén la anticipación de la pensión de jubilación, aunque no se haya sido mutualista, el interesado cotizó -sin tener en cuenta lo cotizado a otros regímenes- el periodo carencial que corresponda calculado sobre la vida laboral del trabajador, se reconocerá la jubilación anticipada prevista en el artículo 161 bis.2 A) LGSS/1994 (actual artículo 207 LGSS) si se cumplen el resto de requisitos legalmente establecidos. También se podrá reconocer el derecho a esta anticipación de la edad de jubilación, aunque en ninguno de los regímenes que la prevén –aisladamente considerado cada uno– se haya acumulado el periodo carencial que correspon-

⁹⁴ Pauta de actuación 2 del Criterio de gestión 17/2019, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS.

Dicho criterio de gestión también fija pautas de actuación de los expedientes de jubilación pendientes de resolución y de aquellos otros cuyas resoluciones a 12 de agosto (fecha publicación en el BOE de la sentencia del Tribunal Constitucional) no sean todavía firmes.

⁹⁵ Criterio 19/2015, de 16 de marzo, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS.

da calculado según se ha expuesto anteriormente, siempre que la mayor parte de todo lo cotizado a lo largo de la vida laboral se haya hecho a alguno de aquellos regímenes.

– Si en aplicación de la regla anterior resultara que el régimen conforme a cuya legalidad se reconocerá la pensión de jubilación no prevé la posibilidad de anticipación que nos ocupa, podrá no obstante reconocerse el acceso anticipado si con el coeficiente global de parcialidad, calculado esta vez sólo sobre los periodos cotizados y en alta en regímenes que contemplen la jubilación anticipada por cese no voluntario, se determinan unas carencias proporcionales a la de 33 años y 2 en los últimos 15 que se cumplen con esas cotizaciones. Si así fuese, el régimen competente sería aquél en el que se cumplan dichas carencias o se computen más cotizaciones. En tal caso, las cotizaciones de RETA no tendrían ningún efecto.

La nota común a las dos reglas anteriores es que el coeficiente global de parcialidad, ya sea obtenido con toda la vida laboral del trabajador (regla primera), ya sea obtenido solo con la vida laboral del trabajador por cuenta ajena (regla segunda) es el único aplicable para determinar las carencias mínimas exigibles para causar derecho a una pensión y el régimen competente para reconocerlo. No cabe, por tanto, la posibilidad de obtener un coeficiente global de parcialidad absoluto para obtener el periodo mínimo cotización proporcional al de 33 años (que de acuerdo con la regla primera se obtendría por totalización) y otro coeficiente global de parcialidad relativo a los periodos de alta y cotizados a cada uno de los regímenes que prevén la jubilación anticipada no voluntaria para verificar si, con las cotizaciones respectivas, se alcanza un periodo mínimo proporcional a los 15 años y 2 en los últimos 15.

5. BIBLIOGRAFÍA

- AA. VV.: *Jóvenes y Empleo. Una mirada desde el Derecho, la Sociología y la Economía*, editor ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., 2016, accesible en <https://www.adolescenciayjuventud.org/publicacion/jovenes-y-empleo-una-mirada-desde-el-derecho-la-sociologia-y-la-economia/>
- CONDE GUTIÉRREZ DEL ÁLAMO, F.; CEBRIÁN LÓPEZ, I.; ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.; MOLERO MARAÑÓN, M. L.; MORENO RAYMUNDO, G.; NIETO ROJAS, P., y RODRÍGUEZ SAN JULIÁN, E.: *Jóvenes y empleo. Una mirada desde el Derecho, la Sociología y la Economía*, Madrid, Centro Reina Sofía sobre Adolescencia y Juventud, 2016. Fad. DOI: <http://doi.org/10.5281/zenodo.3663607>.
- LUQUE, S., PANADERO, H., SANZ, J. y COLL, C.: *Trayectorias Laborales de los y las jóvenes y mantenimiento de la protección social. Un análisis comparado*, 2011,

■ LA REORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO

Investigación del programa de fomento de la Investigación de la Protección Social FIPROS, al amparo de la Orden TIN/1512/2010, 1 de junio, accesible en <https://www.seg-social.es>.

MALDONADO MOLINA, J. A.: «La cotización acreditada: sus efectos en orden al derecho y cuantía de las prestaciones. Novedades legislativas», *Revista Digital CE-MCI*, número. 20, julio a septiembre de 2013, pp. 1-28.

MONEREO PÉREZ, J. L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: *La pensión de jubilación*, Ediciones Laborum. Murcia, 2020.

El «tiempo» es siempre inseparable del trabajo, pero su importancia como criterio de determinación de la prestación laboral y su imbricación en el propio objeto del contrato de trabajo varían a medida que se desarrolla.

Se habla normalmente de flexibilidad del tiempo de trabajo por referencia a la acomodada a la exigencias productivas de la empresa (poder de dirección, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, distribución irregular de la jornada, horas extraordinarias compensables con descanso, descuelgue de convenio, etc.). Pero lo cierto es que un fenómeno similar acaece desde la perspectiva de la contraparte, por razones personales de quien la ocupa; la creciente necesidad social de hacer compatibles las obligaciones laborales con los deberes familiares posee reflejo normativo evidente (suspensión del contrato, permisos, reducción de jornada, derecho de adaptación), lo que a su vez es inseparable de la elemental exigencia de igualdad entre personas trabajadoras sea cual sea su sexo. Baste recordar que está por completo abierto el debate sobre la soberanía del tiempo de trabajo, por utilizar una locución querida para la OIT.

Cambios en suma numerosos y trascendentes, que no rompen la caracterización del contrato de trabajo ni el ámbito de la disciplina jurídica laboral, pero sí matizan el modo de entender la dependencia, requisito de laboralidad tan vivo como dinámico. Además de numerosos, todos estos cambios son lentos y graduales, porque tocan aspectos culturales de hondo arraigo en la sociedad industrial que moldeó la relación laboral y que es ya muy distinta. Suponen en conjunto una compleja reordenación del tiempo de trabajo.

El presente libro cumple el objetivo de recoger y sistematizar toda esa reordenación, tanto en lo que toca la clase de negocio jurídico existente (atendiendo a su temporalidad) como en lo que afecta la distribución de la actividad a lo largo de las distintas unidades cronológicas (jornada, descanso semanal, vacaciones, festivos, horas extras, etc.); desde otra perspectiva, se atiende tanto al llamado Derecho común del trabajo como a las relaciones laborales de carácter especial o con peculiaridades; por descontado, han sido tenidas en cuenta las reglas internacionales, eurocomunitarias y españolas; en fin, se ha procurado exponer tanto los fundamentos dogmáticos de cada institución como su dimensión más práctica.