



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

TIEMPO DE TRABAJO Y TIEMPO DE DESCANSO

Miguel Basterra Hernández



Tesis **Doctorales**

www.eltallerdigital.com

UNIVERSIDAD de ALICANTE



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

DEPARTAMENTO DE

DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

FACULTAD DE DERECHO

TIEMPO DE TRABAJO Y TIEMPO DE DESCANSO

MIGUEL BASTERRA HERNÁNDEZ

Tesis presentada para aspirar al grado de

DOCTOR POR LA UNIVERSIDAD DE ALICANTE

MENCIÓN DE DOCTOR INTERNACIONAL

DOCTORADO EN DERECHO

Dirigida por:

CARMEN VIQUEIRA PÉREZ

Alicante, junio de 2016



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

ÍNDICE

RESUMEN.....	17
RIASSUNTO IN ITALIANO.	19
I. INTRODUCCIÓN.	23
1. La centralidad de la jornada laboral dentro del contrato de trabajo.....	23
2. El contexto jurídico internacional de la jornada laboral.	26
3. La normativa comunitaria sobre tiempo de trabajo.	28
4. La regulación de la jornada laboral en España.....	32
a) Una breve panorámica de la evolución de la jornada laboral en España.	32
b) El régimen de la jornada laboral vigente en España.	37
5. Delimitación del objeto de estudio.	39
II. LA DELIMITACIÓN ENTRE EL TIEMPO DE TRABAJO Y EL TIEMPO DE DESCANSO: EL TIEMPO DE TRABAJO EFECTIVO.	45
1. Introducción.	45
2. El tiempo de trabajo efectivo.....	46
a) El concepto de trabajo efectivo.	46
b) Las actividades ex ante y ex post, previas y posteriores a la propia prestación de servicios.....	48
3. Los tiempos de disponibilidad: Un tercer tiempo entre el trabajo efectivo y el descanso.	55
a) Las guardias de presencia física.	55
b) Las guardias de localización.	58
c) Los tiempos de presencia.	60
4. Periodos de inactividad computables como tiempo de trabajo.	66
a) Los permisos retribuidos y los días de asuntos propios.....	66
b) Las horas no trabajadas por impedimentos imputables al empresario y por fuerza mayor.	70
5. Tiempo de descanso.....	73

III. LA JORNADA ORDINARIA DE TRABAJO.....	79
1. Introducción	79
2. Duración de la jornada ordinaria.	80
a) La jornada máxima.	80
b) Duración de la jornada diaria.	83
c) Duración de la jornada semanal.	89
d) Duración de la jornada anual.	94
e) Las horas complementarias (a la jornada ordinaria pactada).	100
3. La distribución de la jornada.	104
a) El aspecto cualitativo de la jornada.	104
b) Distribución regular e irregular de la jornada.	107
c) La distribución irregular y flexible de la jornada.	120
d) Límites a la distribución irregular de la jornada.	127
e) La distribución irregular de la jornada mediante el recurso a las horas extraordinarias.	135
IV. LA JORNADA EXTRAORDINARIA DE TRABAJO. LAS HORAS EXTRAORDINARIAS. 139	
1. Introducción y concepto.	139
2. Identificación de las horas extraordinarias.	140
a) El modelo de distribución de la jornada y la aparición de horas extraordinarias.	141
b) La aparición de horas extraordinarias por superación de los límites diarios de jornada y otras situaciones particulares.	146
c) Las horas extraordinarias de origen cuantitativo y de origen cualitativo.	148
d) Las horas extraordinarias en determinados ámbitos subjetivos.	150
3. Límites a la jornada extraordinaria.	150
a) Límites subjetivos.	151
b) Límites objetivos.	154
4. Tipología y características de las horas extraordinarias.	162
a) Las horas extraordinarias comunes.	162
b) Horas extraordinarias por fuerza mayor.	165
c) Horas extraordinarias estructurales y habituales.	168
5. Retribución.	169
a) El descanso compensatorio.	170
b) La retribución económica.	173
6. El plazo para reclamar la compensación de las horas extraordinarias.	177
7. Mecanismos de control.	179

V. LAS LIMITACIONES DE LA JORNADA EN ATENCIÓN A LAS NECESIDADES FAMILIARES Y PERSONALES DEL TRABAJADOR: REDUCCIONES Y ADAPTACIONES. . 185

1. Introducción.	185
2. El permiso de lactancia.....	186
a) Finalidad.	186
b) Titularidad.	188
c) Contenido.	190
d) Duración.	197
e) Ejercicio del derecho.	198
3. El derecho a la reducción de jornada para la atención de los hijos prematuros u hospitalizados tras el parto.	202
a) Finalidad y titularidad.....	203
b) Contenido.....	206
c) Duración y dinámica.	208
4. El derecho a la reducción de jornada por razones de guarda legal y cuidado directo de familiares.....	210
a) Guarda legal de menores de doce años y de discapacitados.	211
b) Cuidado directo de familiares que no puedan valerse por sí mismos.	218
c) Cuidado de menores a cargo afectados por cáncer u otra enfermedad grave.....	223
d) Ejercicio de los derechos a la reducción de jornada del art. 37.6 del ET.	226
5. El derecho a la reducción y adaptación de jornada de las víctimas de violencia de género o de terrorismo.	228
6. El derecho a la adaptación de jornada por razones personales y familiares del art. 34.8 del ET.....	230
7. Las reducciones o adaptaciones de jornada por motivos de conciliación frente a la distribución irregular de la jornada y la realización de horas extraordinarias.....	237

VI. EL DESCANSO INTRA-JORNADA Y EL DESCANSO INTER-JORNADAS. 245

1. Introducción.	245
2. El descanso intra-jornada.....	246
a) Naturaleza jurídica.	248
b) Devengo y contenido del derecho.	249
c) Disfrute.	252
d) Su consideración como tiempo de trabajo efectivo.	257
3. El descanso inter-jornadas.	260
a) Naturaleza y contenido del derecho.	261
b) Supuestos especiales de descanso inter-jornadas.....	268

VII. EL DESCANSO SEMANAL.....	273
1. Introducción y concepto.....	273
2. Duración.....	274
3. La fijación del descanso.....	281
a) El carácter ininterrumpido del descanso semanal.....	281
b) Los días concretos de descanso.....	282
c) La acumulación del descanso semanal.....	283
d) La fijación del descanso semanal en determinadas actividades específicas.....	286
4. Disfrute y carácter retribuido.....	288
a) El disfrute del derecho.....	288
b) El carácter retribuido del descanso semanal.....	291
VIII. LAS VACACIONES.....	295
1. Introducción y concepto.....	295
2. Régimen jurídico.....	296
3. Duración.....	297
4. Devengo.....	300
5. Cómputo de determinadas ausencias en relación al devengo.....	308
a) Los descansos computables como tiempo de trabajo efectivo.....	309
b) Ausencias al trabajo imputables al empresario.....	310
c) Huelga y cierre patronal.....	311
d) Suspensiones del contrato de trabajo.....	313
e) Tiempo de tramitación del despido declarado improcedente o nulo.....	317
6. Fijación y disfrute de las vacaciones.....	318
a) La fijación del periodo de disfrute de las vacaciones.....	318
b) El disfrute de las vacaciones: la imposibilidad de compensación.....	325
d) La caducidad interanual de las vacaciones.....	328
a) La suspensión por maternidad.....	332
b) La suspensión por Incapacidad Temporal.....	336
7. Retribución.....	343
a) La cuantía de la retribución de las vacaciones.....	343
b) El momento del abono de la retribución de las vacaciones.....	348
8. Un supuesto particular: El trabajo durante las vacaciones.....	349

IX. LAS FIESTAS LABORALES.	355
1. Concepto.	355
2. Clasificación y determinación.....	356
3. Régimen jurídico.....	360
a) Carácter retribuido.....	360
b) Disfrute efectivo.....	362
X. LOS PERMISOS RETRIBUIDOS DEL ART. 37.3 ET.....	369
1. Introducción y concepto.	369
2. Por matrimonio.	371
3. Por nacimiento de hijo o infortunio familiar.....	374
a) El nacimiento de un hijo.....	375
b) El supuesto de infortunios sufridos por familiares de hasta segundo grado.	377
4. Por traslado del domicilio habitual.	383
5. Para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal.	385
a) Régimen común del permiso por cumplimiento de un deber inexcusable.	385
b) Supuestos concretos de deber inexcusable con una regulación específica.	387
6. Para realizar funciones sindicales o de representación del personal.	393
7. Para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto.	395
8. Reglas comunes a los distintos permisos retribuidos contemplados en el art. 37.3 del ET.	398
a) Disfrute.....	398
b) Retribución.....	400
c) Los requisitos formales: el previo aviso y la justificación.....	402
9. Los días de asuntos propios.	405
10. Otras licencias.	406
XI. CONCLUSIONES.	413
1. Sobre la jornada laboral, en sentido amplio.	413
2. Sobre la delimitación entre el tiempo de trabajo efectivo y el tiempo de descanso.	415
3. Sobre la jornada ordinaria.....	417
4. Sobre la jornada extraordinaria.	427
5. Sobre la flexibilidad de la jornada en atención a las necesidades del trabajador.	430
6. Sobre los descansos diarios.....	437

7. Sobre el descanso semanal.	440
8. Sobre las vacaciones anuales.	443
9. Sobre los permisos retribuidos.	447
XI. CONCLUSIONI IN ITALIANO.	452
1. Verso il tempo di lavoro, in senso ampio.	452
2. Verso la delimitazione fra tempo di lavoro effettivo e tempo di riposo.	454
3. Verso il tempo di lavoro ordinario.	456
4. Verso il tempo di lavoro straordinario.	465
5. Verso la flessibilità dell'orario di lavoro in attenzione ai bisogni del lavoratore.	469
6. Verso i riposi giornalieri.	475
7. Verso il riposo settimanale.	478
8. Verso le vacanze annuali.	481
9. Verso i permessi retribuiti.	485
BIBLIOGRAFÍA.	491



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

ABREVIATURAS

AN	-Audiencia Nacional.
ATC	-Auto del Tribunal Constitucional.
BOE	-Boletín Oficial del Estado.
CC	-Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
CCAA	-Comunidades Autónomas.
CE	-Constitución Española de 1978.
Convenio 1 de la OIT	-Convenio sobre las horas de trabajo (en la industria), de 1919.
Convenio 103 de la OIT	-Convenio relativo a la protección de la maternidad (revisado en 1952).
Convenio 132 de la OIT	-Convenio relativo a las vacaciones anuales pagadas (revisado en 1970).
Directiva 92/85/CEE	-Directiva 92/85/CEE, del Consejo del 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 93/104/CE	-Directiva 93/104/CE del Consejo de 23 de noviembre de 1993 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.
Directiva 94/33/CE	-Directiva 94/33/CE del Consejo, de 22 de junio de 1994, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo
Directiva 2003/88/CE	-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.

Directiva 2010/18/UE	-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, celebrado por BUSINESSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE.
ET	-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.
IT	-Incapacidad temporal.
LEC	-Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
LECrim	-Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
LCT de 1931	-Ley de 21 de noviembre de 1931 de Contrato de Trabajo.
LCT de 1944	-Decreto de 26 de enero de 1944 por el que se aprueba el texto refundido del Libro I de la Ley de Contrato de Trabajo.
LPRL	-Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.
Ley 8/1980	-Ley 8/1980 de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (versión original del ET).
Ley 4/1983	-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.
Ley 3/1989	-Ley 3/1989, de 3 de marzo, por la que se amplía a dieciséis semanas el permiso por maternidad y se establecen medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo.

Ley 11/1994	-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 Social.
Ley 39/1999	-Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.
Ley 12/2001	-Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad.
Ley 13/2005	-Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.
Ley 39/2006	-Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.
Ley 39/2010	-Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011.
Ley 3/2012	- Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.
LGSS	-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.
LO 5/1995	-Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado.
LO 1/2004	-Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.
LOI 3/2007	-Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

LRJS	-Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.
OIT	-Organización Internacional del Trabajo.
RAE	-Real Academia Española (de la Lengua).
RD 3255/1983	-Real Decreto 3255/1983, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto del Minero.
RD 2001/1983	-Real Decreto 2001/1983, de 28 de julio, sobre regulación de la jornada de trabajo, jornadas especiales y descansos.
RD 1485/1985	-Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos.
RD 1006/1985	-Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales.
RD 605/1999	-Real Decreto 605/1999, de 16 de abril, por el que se establece la regulación complementaria de los procesos electorales.
RD 1620/2011	-Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar.
RD 1561/1995	-Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre sobre jornadas especiales de trabajo.
RD 295/2009	-Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.
RDJE	-Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre sobre jornadas especiales de trabajo.
RDL 17/1977	-Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo.

RDL 7/2011	-Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva.
RDL 16/2013	-Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores.
SAN	-Sentencia de la Audiencia Nacional.
STC	-Sentencia del Tribunal Constitucional.
STJCE	-Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
STJUE	-Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
STS	-Sentencia del Tribunal Supremo.
TSJ	-Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.
TC	-Tribunal Constitucional.
TJCE	-Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (desde 2009 pasa a denominarse Tribunal de Justicia de la Unión Europea).
TJUE	-Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TS	-Tribunal Supremo.
TSJ	-Tribunal Superior de Justicia.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

RESUMEN.

La jornada de trabajo, en sentido amplio, se compone de un conjunto de instituciones que, conectadas sinérgicamente, dotan de un régimen jurídico concreto a todos los momentos de la vida del trabajador que transcurren entre el inicio y la finalización del contrato de trabajo. Lo que sucede es que, tan intrincada tarea, colisiona con diversos obstáculos, tanto intrínsecos como extrínsecos, que generan considerables incógnitas y dificultades jurídicas. Y todo ello en un terreno tan decisivo para las partes involucradas en el contrato de trabajo como es la regulación del tiempo de trabajo.

Por ello, el objeto de análisis de esta tesis doctoral se centra en las distintas instituciones que convergen dentro del concepto amplio de la jornada de trabajo. Para, así, tras examinar con exhaustividad cada una de ellas, identificar las diversas fricciones, disonancias e incompatibilidades que aparecen entre todos estos elementos conectados sinérgicamente. Y, además, desde la óptica que ofrece el estudio en conjunto de la jornada laboral, también se valora la dinámica evolutiva de esta institución; que se sitúa en el epicentro del proceso de transformación que vive hoy en día el Derecho del Trabajo.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

RIASSUNTO IN ITALIANO.

Il tempo di lavoro, in senso ampio, è composto da un insieme di istituzioni che, collegate sinergicamente, forniscono di un regime giuridico specifico a tutti i momenti della vita del lavoratore che trascorrono fra l'inizio e la fine del contratto di lavoro. Quello che succede è che, questa attività così complessa, si scontra con vari ostacoli, sia intrinseci sia estrinseci, che generano notevoli incognite e difficoltà di ordine giuridico. E tutto questo in un'area così cruciale per le parti coinvolte nel contratto di lavoro come è la regolazione dell'orario di lavoro.

Pertanto, l'oggetto di analisi di questa tesi di ricerca si concentra sulle istituzioni che convergono all'interno del vasto concetto del tempo di lavoro. Per, così, dopo aver esaminato in completezza ciascuno, identificare i differenti attriti, dissonanze e incompatibilità tra tutti questi elementi sinergicamente collegati. E, inoltre, dal punto di vista privilegiato che offre lo studio in complesso del tempo di lavoro, si valuta anche la dinamica evolutiva di questa istituzione; che si trova nell'epicentro del processo di trasformazione che vive oggi il diritto del lavoro.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CAPÍTULO I
INTRODUCCIÓN



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

I. INTRODUCCIÓN.

1. La centralidad de la jornada laboral dentro del contrato de trabajo. 2. El contexto jurídico internacional de la jornada laboral. 3. La normativa comunitaria sobre tiempo de trabajo. 4. La regulación de la jornada laboral en España. 5. Delimitación del objeto de estudio.

1. La centralidad de la jornada laboral dentro del contrato de trabajo.

Como se sabe, el contrato de trabajo despliega una relación jurídica de tracto sucesivo en la que el factor tiempo adquiere una relevancia absolutamente crucial. En primer lugar porque, lógicamente, la relación laboral se mantendrá operativa durante un periodo de tiempo más o menos prolongado. Pero, sobre todo, porque lo que se encierra en el núcleo de este contrato sinalagmático es, precisamente, el tiempo trabajado a lo largo de ese periodo más o menos prolongado, el tiempo durante el que cada día, cada semana o cada año el trabajador presta sus servicios; esto es, la jornada de trabajo.

Para apreciar esta ubicación de la jornada de trabajo en el centro del sinalagma contractual es preciso partir de la idea de que el contrato de trabajo presenta una importante peculiaridad frente al común de los contratos cambiarios¹. Como se sabe, generalmente, la causa y el objeto del contrato coinciden en términos conceptuales; en el sentido de que el objeto no suele ser sino una concreción de la causa o, en sentido inverso, la causa una abstracción del objeto. Sin embargo, el contrato de trabajo presenta una particularidad a este respecto, señalada con gran acierto por Alarcón Caracuel², y que consiste en que en el seno del contrato de trabajo se presenta una discrepancia entre la causa y el objeto, pues ambos elementos no se conectan en términos de abstracción y concreción, tal y como ocurre con carácter general en el

¹ También llamados, como se sabe, sinalagmáticos, y que se caracterizan porque, en su seno, las prestaciones a que viene obligada una de las partes constituyen los derechos o prerrogativas de la otra y viceversa.

² ALARCÓN CARACUEL, M.R.: "La jornada ordinaria de trabajo y su distribución", en A.A.V.V. *Tiempo de trabajo*, Albacete (Bomarzo), 2007, págs. 37-39.

resto de contratos cambiarios. Es cierto que, desde la perspectiva del trabajador sí existe una coincidencia conceptual entre causa y objeto; siendo la causa la percepción de un salario en términos abstractos mientras que el objeto iría referido al montante económico efectivamente percibido. Sin embargo, y he aquí la particularidad de la relación laboral a este respecto, desde la posición empresarial se aprecia con toda claridad la mencionada desconexión conceptual entre la causa y el objeto del contrato de trabajo. En efecto, la causa, aquello que impulsa al empresario a celebrar el contrato, es la percepción de los frutos producidos por el trabajador; pero, como se sabe, éstos son variables e inciertos y, además, le son transferidos *ab initio* mediante un mecanismo de accesión desde el mismo momento de la celebración del contrato, como bien argumentaba Alonso Olea. De este modo, lo que verdaderamente se regula y se retribuye, el auténtico objeto del contrato, no son los frutos del trabajo, sino la propia actividad del trabajador, su trabajo, los servicios prestados durante un cierto tiempo. Por tanto, la prestación que, en realidad, el empresario obtiene del trabajador, en virtud del contrato de trabajo y a cambio del salario, no es otra cosa que un número determinado de horas de trabajo; y esa cantidad de trabajo medida en términos temporales es, precisamente, el objeto sobre el que recae la institución jurídica de la jornada laboral.

La centralidad de la jornada laboral dentro del Derecho del Trabajo es tal que, de hecho, los propios orígenes de esta rama del Derecho están intrínsecamente ligados con la limitación del tiempo de trabajo. Como se sabe, el Derecho del Trabajo nace como disciplina jurídica autónoma e independiente del Derecho Común cuando, debido a diversos factores sociales y económicos, el Derecho Civil manifiesta su incapacidad de dar una solución jurídica válida a las complejidades del trabajo dependiente y por cuenta ajena. En ese momento, aparece en la escena jurídica un nuevo contrato, el contrato de trabajo, en el que, a diferencia del contrato civil de arrendamiento de servicios, las partes ya no pueden pactar de manera omnímoda los distintos extremos de su relación jurídica en base a la autonomía de la voluntad. En efecto tras asumir, por fin, los poderes públicos que empresario y trabajador, debido a su posición asimétrica a nivel económico, social y jurídico, no concurren en igualdad de

condiciones a la celebración del contrato, se toma la decisión de jalonar la autonomía de la voluntad de las partes a través de normas de derecho necesario relativo; que constituyen una serie de parámetros máximos y mínimos que resultan del todo indisponibles para el trabajador. De este modo, mediante dichos límites, se protege su interés frente su propia voluntad que, contaminada por sus circunstancias sociales y económicas, le podría llevar, incluso, a aceptar extremos contractuales contrarios a la justicia y la paz social. Pues bien, resulta que estas primeras normas que podríamos calificar como laborales, por participar de los principios jurídicos propios del Derecho del Trabajo, versaban, precisamente, sobre la limitación del tiempo de trabajo que el operario podía poner a disposición del empleador. En efecto, ya en el s. XIX, las más tempranas protestas obreras tenían por objeto la limitación del tiempo de trabajo; y de los avances que con ellas se alcanzaron son una buena muestra la Ley Benot, de 1873, que limitaba la jornada de trabajo de los menores de quince años o la Ley de descanso dominical, de 1904. Otro hito histórico que acredita muy gráficamente la concomitancia entre la limitación de la jornada de trabajo y el nacimiento del propio Derecho del Trabajo es el de la huelga iniciada en la ciudad de Chicago el 1 de mayo de 1886 y que desembocaría, tres días más tarde, en la conocida Revuelta de Haymarket y la consiguiente ejecución de los denominados *Mártires de Chicago*. Y es que dicha huelga tuvo por objeto la reclamación de la llamada jornada de los tres ochos (ocho horas de trabajo, ocho horas de descanso y ocho horas de dedicación a la familia); siendo, precisamente, la conmemoración de estos episodios la que da origen a la festividad que cada 1 de mayo se celebra a nivel internacional durante el Día del Trabajador. Resulta, pues, del todo evidente que la institución de la jornada laboral enraíza profundamente con el nacimiento del Derecho del Trabajo como disciplina jurídica autónoma e independiente.

Por último, y al hilo de su centralidad dentro del contrato de trabajo, debe destacarse que la jornada laboral es uno de los terrenos en los que los intereses contrapuestos de las partes colisionan con mayor grado de presión. En efecto, si asumimos que el objeto del contrato de trabajo, aquello que se regula y retribuye, no es otra cosa que una cantidad de trabajo medida en horas, parece más que evidente que, sobre este punto,

empresario y trabajador defenderán sus prerrogativas con extraordinario ahínco. Pues bien, ello supone que mediante el estudio de esta institución pueda enfocarse, desde una óptica privilegiada, cuál es la tendencia evolutiva general de todo Derecho del Trabajo en su conjunto; en la medida en que las reformas normativas operadas sobre el tiempo de trabajo reflejarán, con una inestimable fidelidad, cuáles son las principales líneas de cambio en esta rama del Derecho. En este sentido es importante resaltar cómo el concepto de la flexiguridad, ideal programático de todas las normas laborales tanto nacionales como comunitarias de un tiempo a esta parte, impacta de lleno en la ordenación del tiempo de trabajo. Así pues, por todo ello, parece innegable el interés científico y jurídico de las instituciones abordadas en el presente trabajo.

2. El contexto jurídico internacional de la jornada laboral.

Dada su centralidad y su carácter fundamental dentro de la relación de trabajo dependiente y por cuenta ajena, no es de extrañar el lugar preferencial que siempre ha ocupado la regulación de la jornada laboral en el panorama jurídico internacional. En este sentido, resulta muy ilustrativo destacar la especial atención que se ha prestado a esta materia desde la Organización Internacional del Trabajo; que, como se sabe, es el principal organismo que, a nivel internacional, vela por la defensa y promoción de los derechos laborales, la protección social y el diálogo entre agentes sociales; objetivos, todos ellos, que persigue ya desde 1919, año en que fue creada por el tratado de Versalles.

En efecto, no podría ser más significativo que el primer Convenio aprobado por dicho organismo, en el mismo año de su fundación, tuviese por objeto, precisamente, la limitación de la jornada laboral. En concreto, este Convenio 1 de la OIT fijaba un máximo de ocho horas de trabajo al día y cuarenta y ocho a la semana en las empresas industriales.³ Pero es que, si atendemos a los distintos Convenios aprobados por la OIT

³ Pese a ser aprobado por la OIT en 1919, España no ratificó este Convenio nº1 hasta el 24 de mayo de 1928.

desde sus orígenes hasta hoy, se observa que la regulación de la jornada de trabajo ha sido y es, desde entonces hasta ahora, una de las principales preocupaciones de la comunidad internacional en materia de trabajo. Así, algunos años después, en 1930, se ampliaba esta previsión de las ocho horas diarias y cuarenta y ocho semanales de trabajo máximo para los empleados que prestasen sus servicios en establecimientos comerciales y oficinas.⁴ Esta demora entre la limitación de la jornada en el sector de la industria y el resto de actividades no puede sino deberse a la estrecha relación que siempre ha existido, aunque de manera todavía más marcada en los albores del Derecho del Trabajo, entre el establecimiento de normas característicamente laborales y el trabajo en las fábricas; ya que, efectivamente, esta disciplina nace en el seno del movimiento obrero surgido de la sociedad protoindustrializada. Este desarrollo del Derecho del Trabajo a dos velocidades también se aprecia respecto al descanso semanal, reconocido para los trabajadores de empresas industriales ya desde 1921, en el Convenio 14 de la OIT; pero no es hasta 1957 cuando se aprueba otro Convenio equivalente para los empleados de establecimientos comerciales y oficinas. Otros Convenios de la OIT merecedores de atención, y que dan buena fe del constante interés suscitado a nivel internacional por la limitación del tiempo de trabajo y el establecimiento de descansos periódicos, son el Convenio 47 de la OIT, de 1935, que promueve el principio de la semana de cuarenta horas, o el célebre Convenio 132 de 1970 sobre las vacaciones anuales pagadas. Este último mantiene, a día de hoy, una inusitada incidencia en la regulación de las vacaciones en el ordenamiento español, debido a que numerosos aspectos son tratados por el texto internacional con mayor nitidez y alcance que la propia normativa interna.

En fin, además de haberse mantenido, tal y como se aprecia, muy activa a la hora de plasmar en sus convenios y recomendaciones los avances en materia de tiempo de trabajo y descansos derivados del progreso social y la implementación de los derechos laborales, la OIT también se ha mostrado igualmente dinámica en la adaptación de la jornada laboral a los nuevos contextos productivos. Así lo demuestran los, más

⁴ Ratificado por España el 8 de abril de 1932.

recientes, Convenios 171 y 175, que se ocupan, respectivamente, del trabajo nocturno y el trabajo a tiempo parcial.

Al margen de la OIT, resulta necesario destacar que la preocupación de la comunidad internacional por la regulación y limitación del tiempo de trabajo se refleja, asimismo, en textos de la relevancia y entidad de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. En efecto, ésta dedica por completo su art. 24 a la limitación del tiempo de trabajo y el reconocimiento de unos descansos mínimos, expresándose, concretamente, en los siguientes términos: *“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.”* Por su parte, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales también se pronuncia sobre este particular, al reproducir el citado art. 24 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su art. 7 d) de manera prácticamente literal; con la única particularidad de que reconoce, también, el derecho a la remuneración de los días festivos.

3. La normativa comunitaria sobre tiempo de trabajo.

La relevancia socio-jurídica que, como se ha señalado, ostenta la regulación del tiempo de trabajo, lleva a que esta institución se erija entre los pilares esenciales de la Unión Europea. Así, la propia Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea hace suyos, en el art. 31.2, los términos literales, ya anteriormente expuestos, del art. 24 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Sin embargo, la construcción de un espacio político, jurídico y económico común exige llegar mucho más allá de la mera evocación de unos objetivos programáticos, vagamente definidos, sobre una materia tan crucial para tales propósitos como el régimen de la jornada laboral. En efecto, bajo estas premisas, para la UE siempre ha representado una exigencia estratégica que los distintos Estados miembro alcanzasen un mínimo grado de homogeneidad respecto a la ordenación del tiempo de trabajo.

La cuestión es que esta necesidad de equiparar en base a unos mínimos los parámetros temporales de la relación laboral, que se ha manifestado ya desde las fases iniciales de desarrollo de la Unión, resulta, si cabe, todavía más pronunciada en el actual contexto económico. Como se sabe, la presente crisis económica ha tenido unos efectos absolutamente voraces sobre el mercado de trabajo a nivel europeo; fenómeno que se ha sufrido con especial intensidad por los países de la zona sur de la Unión, como el nuestro propio, junto a Grecia, Portugal e Italia. Las empresas, al verse arrinconadas por la adversa situación que atraviesa la práctica totalidad de sectores de la actividad económica, se han visto empujadas a readaptar los recursos humanos a sus menguadas necesidades productivas mediante la amortización de puestos de trabajo; con los consiguientes efectos sociales y sus derivaciones, de nuevo, económicas asociadas a la caída del consumo. Frente a esta situación, se han planteado diversas soluciones que pasan por dotar a las empresas de mecanismos alternativos a la destrucción de empleo; y uno de los más destacables consiste, precisamente, en conferirles la posibilidad de que organicen de modo flexible el tiempo de trabajo a cargo de sus empleados, para así dar una respuesta ágil a los cambios y fluctuaciones del mercado, permitiendo, de este modo, la mejora de la competitividad empresarial al tiempo que se evitan extinciones contractuales. No obstante, resulta evidente que este tipo de soluciones también acarrear efectos gravosos sobre los trabajadores, en especial respecto a la organización de su vida personal, familiar y social.

Pues bien, dado el escenario, se plantea la necesidad de establecer a nivel comunitario unos estándares maduros sobre esta materia; y es que lo contrario podría dar lugar a que, con el objetivo de captar empresas y volumen de negocio, las legislaciones de los países integrantes cayesen en una espiral competitiva en la rebaja de condiciones laborales a este respecto. Todo lo cual, a su vez, se traduciría no sólo en un empeoramiento del propio modelo social comunitario, sino que, a la postre, revertiría sus efectos negativos sobre el panorama económico y empresarial de los países en concurso.

Así, queda del todo patente que en el seno de la UE deviene primordial fijar unos contenidos normativos mínimos sobre el tiempo de trabajo y el tiempo de descanso. De ello se encarga, concretamente, la Directiva 2003/88/CE⁵, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. En ella se establecen las condiciones mínimas de seguridad y salud relacionadas con la ordenación del tiempo de trabajo, los periodos de descanso y pausas diarias, el descanso semanal, la duración máxima del trabajo semanal, las vacaciones anuales y, asimismo, determinados aspectos del trabajo nocturno y el trabajo a turnos. Y, para aprobar esta norma comunitaria, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea se amparan en el apartado 2 del art. 137⁶ del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea; que, al efecto, establece que las mencionadas instituciones de la Unión Europea podrán adoptar, mediante directivas, las disposiciones mínimas que habrán de aplicarse progresivamente en cada uno de los Estados miembros en el ámbito de la mejora del entorno y las condiciones de trabajo y la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores.

En este punto resulta interesante destacar la diferente realidad jurídica que, pese a compartir los parámetros mínimos fijados por la citada Directiva, se aprecia entre distintos países de la Unión. Buen ejemplo de ello es que dos Estados tan cercanos, no solo en lo geográfico sino también en lo económico y social, como España e Italia hayan transpuesto la Directiva comunitaria sobre ordenación del tiempo de trabajo de un modo tan diverso; lo cual llama poderosamente la atención. Italia, por su parte, se inclinó, tras la adopción de la Directiva, por promulgar un texto en el que se recogiese de manera integral la regulación principal sobre jornada y descansos; con el que se hacía tabla rasa respecto a toda aquella normativa anterior que resultase contradictoria. Dicha norma es el Decreto Legislativo 66/2003, concerniente a diversos

⁵ Dicha Directiva vino a sustituir a la que anteriormente regulaba tales cuestiones, la 93/104/CE, debido a la necesidad de codificar adecuadamente las distintas disposiciones aparecidas tras su entrada en vigor.

⁶ Debe reseñarse que el citado Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea vino a ser sustituido por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea -que es el que ostenta plena vigencia actualmente-; y este art. 137 se corresponde con el art. 153 del nuevo Tratado Comunitario. No obstante, los términos de uno y otro artículo se mantienen exactamente idénticos.

aspectos de la organización del horario de trabajo, y que lleva a cabo una transposición eminentemente plana o “en crudo” de la norma comunitaria. En efecto, el carácter *quasi* automático de la trasposición de la Directiva Europea por el legislador italiano llega hasta el extremo de que, en determinados puntos, se reproduce el tenor literal del articulado del texto comunitario. Mientras tanto, España optó en su día por integrar la Directiva comunitaria dentro del propio Estatuto de los Trabajadores que, ya desde 1980, recogía la regulación del tiempo de trabajo y los descansos laborales. Ello pudo deberse, principalmente, a que muchos de los mínimos impuestos por la UE ya se contemplaban, e incluso se superaban, en el ordenamiento interno. Sin embargo, es esta inercia conservadurista o inmovilista en la práctica legislativa la que, probablemente junto a otros factores, ha propiciado importantes defectos de transposición en la normativa nacional. Algunos de ellos se han tenido que corregir, bien por vía jurisprudencial o bien por vía legislativa, al hilo de distintos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁷ que han declarado la oposición del Derecho Comunitario a diversas disposiciones de la normativa interna. Sin embargo, el ET todavía conserva graves defectos de transposición sobre este punto e, incluso, a raíz de las últimas reformas normativas se han introducido otros nuevos; tal y como se tendrá ocasión de analizar en el presente trabajo.

Precisamente la prolífica labor del TJUE constituye el último pilar del Derecho Comunitario en materia de jornada laboral. En efecto, la labor de la Corte de Luxemburgo ha resultado esencial para la acomodación de la legislación española a las disposiciones comunitarias sobre ordenación del tiempo de trabajo. Algunos de los asuntos sobre los que las Sentencias del TJUE han tenido mayor incidencia son la consideración como tiempo de trabajo efectivo de las guardias médicas de presencia física, la titularidad del permiso de lactancia, o determinados aspectos del régimen de las vacaciones; como su devengo proporcional en caso de que se prestasen servicios por periodos inferiores al año, o la posposición de su disfrute cuando coincidiesen en

⁷ Denominado hasta 2009 Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

el tiempo con una suspensión contractual derivada de una incapacidad temporal o la maternidad. Todas ellas serán debidamente analizadas en los subsiguientes capítulos.

4. La regulación de la jornada laboral en España.

a) Una breve panorámica de la evolución de la jornada laboral en España.

Desde los orígenes de la regulación del tiempo de trabajo y los tiempos de descanso (que, como se ha visto, son los orígenes mismos del Derecho del Trabajo) se aprecia una clara y sostenida tendencia flexibilizadora respecto a esta condición del contrato. Así, desde una concepción absolutamente rígida de los límites temporales a la prestación de trabajo asalariado se ha llegado a que, en la actualidad, esta cuestión se enfoque desde una perspectiva mucho más dinámica; lo que permite a las empresas ajustar, con mayor precisión, el tiempo de trabajo a cargo de sus empleados a las cambiantes necesidades productivas.⁸ Lo que ocurre es que, en este inexorable proceso de flexibilización, pueden distinguirse dos fases bien diferenciadas.

- Primera etapa: la progresiva ampliación de los periodos temporales de referencia para el cómputo de la jornada.

Durante una primera (y dilatada) etapa, se aprecia que la evolución se traduce en un progresivo aumento de los ciclos temporales de referencia para los que se fija una cantidad máxima de horas de trabajo. En un principio, el único periodo al que se atendía para la fijación de máximos al trabajo efectivo era el propio día⁹. Sin embargo, la temprana generalización del descanso dominical¹⁰ obligó muy pronto a atender

⁸ Es la transición que ha venido a identificarse con el cambio del modelo productivo *fordista* al modelo productivo *toyotista*: BALLESTER PASTOR, M.A.: “La flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo: jornada y distribución del tiempo de trabajo”, en *Revista de Derecho Social*, nº 62, 2013, pág. 54.

⁹ ALARCÓN CARACUEL, M.R.: “La ordenación del tiempo de trabajo”, Madrid (Tecnos), 1988, pág. 86.

¹⁰ Implantado en España por la Ley de 3 de marzo de 1904 sobre el descanso dominical.

también a la semana; y ello lleva, casi indefectiblemente, a que el empresario contemplase la conveniencia de que, en función de las circunstancias productivas, no todos los días de esa semana se trabajase exactamente el mismo número horas. Así, ya en 1920¹¹ se fijaba una jornada semanal de cuarenta y ocho horas que podían ser distribuidas de manera no uniforme. Ello evidencia que, desde los albores del trabajo asalariado, ha existido un fuerte interés del empresario en adaptar la prestación de servicios a cargo de sus empleados a las irregularidades de sus necesidades productivas. Y esta aspiración empresarial llevó a que, paulatinamente, se fuesen ampliando los ciclos temporales en los que el empresario podía compensar los incrementos y disminuciones que, en términos relativos, se hubiesen operado sobre la jornada de sus trabajadores.

Todo este fenómeno culminaría, por fin, con la posibilidad de distribuir irregularmente el tiempo de trabajo a lo largo de todo el año. Concretamente, fueron la Ley 16/1976 de Relaciones Laborales y el Estatuto de los Trabajadores¹² de 1980 los primeros textos que contemplaron una distribución anual de la jornada de trabajo en España. No obstante, tanto uno como otro fijaban un límite diario, absolutamente indisponible, de nueve horas ordinarias de trabajo efectivo; lo que constreñía enormemente las capacidades del empresario en lo que a distribución de la jornada se refiere. Ciertamente, parece obvio que si, pese a reconocer a la negociación colectiva la potestad de distribuir irregularmente la jornada a lo largo del año, se fija un límite diario de nueve horas ordinarias, el margen para adecuar el ritmo de trabajo a las circunstancias productivas resulta muy exiguo.

Por ello, no es hasta la reforma operada por la entrada en vigor de Ley 11/1994, sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación, cuando puede hablarse de la posibilidad de dibujar oscilaciones verdaderamente importantes en el ritmo de trabajo a lo largo del año. Ello se debe a que la citada Ley puso a disposición de la negociación

¹¹ Concretamente, en el RD de 15 de enero de 1920. Este mismo modelo de la jornada semanal de cuarenta y ocho horas distribuibles de manera irregular entre los distintos días de la misma semana fue el adoptado por la Ley de Jornada Máxima laboral de 1931.

¹² En adelante, ET.

colectiva, junto a la propia distribución irregular de la jornada en cómputo anual, la eliminación del tope de las nueve horas ordinarias de trabajo efectivo.¹³ Con lo que, cuando la negociación colectiva optase por combinar ambos mecanismos de flexibilización de la jornada, podrían producirse aumentos y disminuciones de la actividad de considerable entidad a lo largo del año.¹⁴

Además, debe destacarse que la misma la Ley 11/1994 introdujo otro mecanismo para la distribución irregular de la jornada, que actuaba en paralelo al recién analizado. Se trata, concretamente, del recurso a las horas extraordinarias compensables con descansos equivalentes en los cuatro meses siguientes a su realización. Como se sabe, hasta la reforma del año 94, el art. 35 del ET fijaba un límite anual para las horas extraordinarias¹⁵; y cada una de las horas extraordinarias¹⁶ efectuadas por el trabajador computaba, irremisiblemente, de cara a ese máximo anual. Sin embargo, a través de una sinuosa transposición de la Directiva comunitaria 93/104/CE¹⁷, la Ley 11/1994 modificó el art. 35 del ET sobre este punto y, desde entonces, las horas extraordinarias que se compensasen con descansos equivalentes durante los cuatro meses siguientes a su realización ya no computan de cara al límite anual fijado para las mismas. De este modo, siempre que así se hubiese acordado a nivel colectivo o individual, el recurso a las horas extraordinarias y su compensación en forma de descansos antes de que transcurriesen cuatro meses desde su realización abre una nueva vía para, de facto, distribuir irregularmente la jornada de trabajo.

¹³ Si bien, tal y como se desarrollará debidamente en el capítulo pertinente, no será posible, en ningún caso, sobrepasar el límite indirecto que deriva de las doce horas de descanso entre jornadas de trabajo sucesivas.

¹⁴ Lo cual se encuadra perfectamente en los objetivos declarados de la Ley 11/1994, entre los que destaca, a este respecto, el de construir un marco jurídico que posibilite la máxima eficiencia del proceso productivo.

¹⁵ Ya anteriormente el Real Decreto-Ley 1/1986 había suprimido los límites diario y mensual que, originariamente, establecía el ET.

¹⁶ A salvo, eso sí, de las realizadas por fuerza mayor, en virtud del punto 3 del propio art. 35 del ET.

¹⁷ Aspecto sobre el que se incidirá en los pertinentes capítulos de este trabajo.

- Segunda etapa: la autonomía empresarial en la gestión del tiempo de trabajo.

Una vez que la reforma de 1994 erige al año como el periodo de referencia para distribuir irregularmente la jornada de trabajo, culmina la primera fase en el proceso de flexibilización de la gestión del tiempo de trabajo. Llegados a este punto, ese proceso comienza a transitar por una nueva vía: el aumento, cada vez mayor, de la autonomía empresarial en la ordenación del tiempo de trabajo.

Desde la importante reforma operada en el año 94, se produjo una cierta estabilización normativa de esta materia; que duró hasta la revolución desencadenada por el RDL 7/2011, primero, y, sobre todo, la Ley 3/2012. No obstante, durante ese periodo sí se produjo un fenómeno que, en cierta medida, prepararía el terreno para la venidera metamorfosis que experimentaría la gestión del tiempo de trabajo en los años 2011 y 2012.

En un principio, podría pensarse que la distribución irregular de la jornada de trabajo, entendida en los términos recogidos por el ET tras la reforma de 1994, únicamente permitiría dibujar en el calendario de la empresa periodos de mayor y menor intensidad a lo largo del año; pero que una vez ya fijados, ese ritmo de trabajo previsto únicamente podría alterarse mediante la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Sin embargo, casi desde el mismo momento de la aparición de la Ley 11/1994¹⁸, tanto la doctrina científica como la judicial llegaron a la conclusión de que la nueva configuración del apartado 2 del art. 34 del ET no solo autorizaba a acordar colectivamente una distribución irregular de la jornada; sino que también comprendía la posibilidad de que la negociación colectiva le concediese al empresario la facultad de operar cambios en la distribución de la jornada después de que ésta hubiese sido ya trazada en el calendario laboral. Así, de esta manera, el empresario podría acomodar la utilización de recursos humanos a las necesidades de la actividad, según cambiasen éstas a lo largo del año respecto al patrón inicialmente previsto. Como puede

¹⁸ BALLESTER PASTOR, M.A.: "La flexibilidad...", *op. Cit.*, pág. 71.

observarse, a través de esta interpretación de la reforma operada por la Ley 11/1994, se asumía que la negociación colectiva podía dejar en manos del empresario la capacidad de alterar unilateralmente una condición absolutamente esencial del contrato; sin necesidad de ajustarse a las causas requeridas ni el procedimiento previsto por el art. 41 del ET para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Pues bien, a este modelo de ordenación del tiempo de trabajo en el que la jornada de trabajo inicialmente prevista puede variarse a lo largo del año se le ha denominado la distribución irregular *flexible*.

Un nuevo hito en esta segunda fase evolutiva vendría marcado por el RDL 7/2011. Concretamente, se reformó el art. 85.3 del ET que, desde entonces¹⁹, establecía como contenido mínimo del convenio colectivo un porcentaje máximo y mínimo de la jornada de trabajo que podría ser distribuido irregularmente; porcentaje que, salvo pacto en contrario, sería de un cinco por ciento de la jornada anual.

Y ya con la Ley 3/2012 se terminó de culminar, definitivamente, este excepcional aumento del poder de dirección del empresario en la gestión del tiempo de trabajo. Efectivamente, la citada Ley continuaba por la línea iniciada por el RDL 7/2011, pero llegó a extremos mucho más elevados. La auténtica metamorfosis que la Ley 3/2012 provocó en la ordenación del tiempo de trabajo podría sintetizarse en tres medidas concretas. En primer lugar, se eleva del cinco al diez por ciento el porcentaje de la jornada anual que podrá ser distribuido irregularmente salvo acuerdo en contrario en la negociación colectiva. En segundo lugar, cambia el mecanismo por el que dicho porcentaje de jornada anual entrará en la esfera individual y unilateral de decisión del empresario. En efecto, el RDL 7/2011 fijaba como contenido mínimo del convenio colectivo el establecimiento de un determinado porcentaje de la jornada anual para la distribución irregular de la jornada que, salvo pacto en contrario, sería del cinco por ciento. Pero, por su parte, la Ley 3/2012 va mucho más allá, en tanto en cuanto lo que hace es, directamente, conferir al empresario en la propia Ley una cuota de

¹⁹ Dado que, como se verá a continuación, la reforma de la Ley 3/2012 absorbió la medida introducida por el RDL 7/2011, ese punto del art. 85 del ET se encuentra ya derogado.

distribución irregular de la jornada del diez por ciento; que solo mediante convenio colectivo, o acuerdo entre la propia empresa y los representantes de los trabajadores, podría ser minorado o, directamente, suprimido (algo, desde luego, difícilmente imaginable). La última medida que compone la transformación operada por la Ley 3/2012 en materia de ordenación del tiempo de trabajo guarda relación con la distribución irregular *flexible*. Anteriormente se analizó que, tras su entrada en vigor, tanto la doctrina científica como la judicial interpretaron que la Ley 11/1994 también comprendía la posibilidad de que la negociación colectiva autorizase al empresario a alterar la distribución irregular inicialmente prevista en función de las variaciones que, inopinadamente, experimentasen sus necesidades productivas. Pues bien, la reforma de 2012 revistió con toda la fuerza de la Ley este modelo de jornada irregular *flexible*, que ahora se consagra en el segundo párrafo del art. 34.2 del ET. Además, la ubicación sistemática del precepto implica que esa cuota del diez por ciento de la jornada anual que, salvo disposición colectiva en contrario, podría distribuir irregularmente el empresario va a compartir este carácter *flexible*. Todo lo cual supone, en suma, una definitiva degradación del tiempo de trabajo como elemento sustancial del contrato.²⁰

En fin, habrá ocasión a lo largo del presente trabajo de verter las pertinentes valoraciones y reflexiones. Por ello, baste señalar aquí, simplemente, que resulta difícil comprender la urgencia y necesidad de propagar así, de un modo absolutamente indiscriminado e independientemente de las necesidades productivas reales de los distintos sectores productivos, este sistema de organización del tiempo de trabajo.

b) El régimen de la jornada laboral vigente en España.

La configuración legal del tiempo de trabajo y los descansos laborales parte, como no podía ser de otra manera, de la Constitución Española de 1978. En ella, concretamente en el art. 40. 2, dentro de los principios rectores de la política social y económica, se conmina a los poderes públicos a fomentar una política que garantice la seguridad en

²⁰ BALLESTER PASTOR, M.A.: “La flexibilidad...”, *op. Cit.*, pág. 70.

el trabajo mediante el descanso necesario, la limitación de la jornada laboral y el disfrute de vacaciones periódicas retribuidas.

De acuerdo a estas directrices constitucionales, el legislador dedicó a la regulación del tiempo de trabajo toda la Sección Quinta, del Capítulo II, del Título I de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores. Así, entre los artículos 34 y 38 del ET se recogen las principales disposiciones legales en materia de jornada y descansos. Es precisamente aquí donde se alberga el régimen jurídico general de la jornada ordinaria, la jornada extraordinaria, la pausa y el descanso diario, las vacaciones, los festivos, los permisos retribuidos y las adaptaciones y reducciones de jornada en atención a las necesidades personales y familiares del trabajador.

Es importante destacar, también, la relevancia jurídica que, a este respecto, ostenta el RD 1561/1995, sobre jornadas especiales de trabajo. Como se sabe, a través de los arts. 34.7, 36.1 y 37 del ET se faculta al Gobierno para establecer ampliaciones o limitaciones en la ordenación y duración de la jornada de trabajo y los descansos para aquellos sectores y trabajos que, por sus peculiaridades, así lo requieran. Así, es este RD 1561/1995 el que se encarga de fijar importantes especialidades en materia de jornada y descansos para los trabajadores nocturnos o que presten sus servicios en turnos rotatorios; los empleados de fincas urbanas, guardas y vigilantes no ferroviarios; el trabajo en el campo; el sector del comercio y la hostelería; el sector transportes y el trabajo en el mar; el trabajo expuesto a riesgos ambientales; o, también, el trabajo en el interior de minas o cámaras frigoríficas.

En fin, por último es menester referirse a la normativa y la jurisprudencia comunitaria, por un lado, y, por otro, a los Convenios de la OIT. En esta introducción se ha apuntado ya, sucintamente, la incidencia que estas disposiciones tienen en el Derecho interno; pero será, sobre todo, a lo largo de los distintos apartados y capítulos de este trabajo donde se tenga ocasión de comprobar hasta qué punto resultan fundamentales dentro del sistema jurídico de la jornada laboral en España.

5. Delimitación del objeto de estudio.

Como se sabe, el legislador estructura la regulación del tiempo de trabajo a través de todo un conjunto de instituciones jurídicas, entre las que encontramos la jornada ordinaria, la jornada extraordinaria, los descansos diarios y el semanal, las vacaciones, los festivos, los permisos retribuidos o las reducciones y adaptaciones de jornada en función de las necesidades personales y familiares del trabajador. El objetivo de la Ley es clasificar y dotar de un régimen jurídico característico a todos y cada uno de los instantes de la vida profesional del trabajador y, a la vez, separar su vida profesional de su vida privada. De este modo, habrá situaciones en las que, en virtud del contrato de trabajo, el tiempo del trabajador esté, o pueda llegar a estar, a disposición de los designios productivos del empresario; otras en las que su tiempo sea absolutamente indisponible para el empresario, pues se encuentre firmemente sellado frente a la prestación de servicios; y, finalmente, una tercera categoría jurídica en la que el tiempo del trabajador se encuentre vinculado a la actividad profesional, pero solo en términos relativos. De esta forma, mediante el perfecto encaje y sincronización del conjunto de elementos que conforman la jornada de trabajo en sentido amplio debería ser posible deslindar jurídicamente todos aquellos espacios temporales que pertenecen a la vida profesional del trabajador de aquellos otros que pertenecen, estrictamente, a su esfera personal y privada; así como identificar perfectamente cuál es el régimen concreto de unos y otros.

Sin embargo, esta intrincada empresa tropieza con numerosas dificultades, que implican que las metas propuestas por el legislador solo puedan alcanzarse parcialmente. Entre ellas podríamos destacar las propias complejidades que algunas actividades productivas fuertemente relacionadas con la tecnología, como el trabajo a distancia, presentan respecto a la separación del tiempo de trabajo y el tiempo de descanso; o la necesidad de regular el factor temporal de las relaciones laborales con unos mínimos estándares de homogeneidad en un contexto productivo tan heterogéneo como el actual; o, por último, la necesidad de adaptar la regulación del tiempo de trabajo a las nuevas exigencias empresariales y productivas propias de la

competencia globalizada. Por todo ello, se constata que las distintas instituciones que convergen dentro del concepto amplio de la jornada de trabajo no funcionan con toda la precisión y la sincronización que debieran; pues, en efecto, la jornada laboral dista mucho de formar ese conjunto sinérgico ideal al que aspira y entre las distintas categorías jurídicas que lo conforman se aprecian importantes disonancias y fallas que dan pie a abusos e irregularidades, en uno y otro sentido. Y todo ello en un terreno tan decisivo y delicado para las partes del contrato como es la regulación jurídica del tiempo de trabajo.

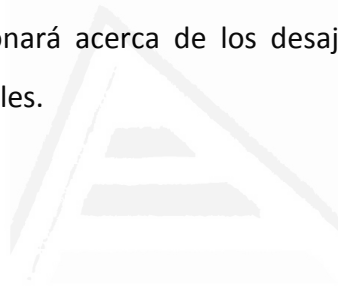
Por tanto, el objetivo declarado de esta tesis doctoral es, en primer lugar, analizar con la requerida exhaustividad cada una de las distintas instituciones que convergen dentro del concepto amplio de la jornada de trabajo. Pero el propósito final será el de realizar, en paralelo a este análisis particularizado, un examen transversal de las diversas fricciones, disonancias e incompatibilidades que aparecen entre todos estos elementos que se conectan sinérgicamente dentro de la ordenación del tiempo de trabajo. Tras su identificación, se plantearán posibles soluciones o reinterpretaciones que, en la medida de lo posible, alivien esta problemática. Y, por último, gracias a la perspectiva privilegiada que ofrece un estudio de conjunto de la jornada laboral, se valorará la dinámica evolutiva de esta institución; que se sitúa en el mismísimo epicentro de las tensiones ambientales que someten el Derecho del Trabajo a su actual proceso de transformación.

Así, en la presente tesis doctoral se partirá de un capítulo inicial en el que se trate la delimitación jurídico-conceptual del tiempo de trabajo efectivo, el tiempo de descanso y los tiempos de disponibilidad (una tercera categoría jurídica que se sitúa entre las dos anteriores y en la que encontramos los tiempos de presencia, espera y puesta a disposición). A continuación se estudiarán las dos grandes instituciones propias del tiempo de trabajo efectivo; esto es, la jornada ordinaria y la jornada extraordinaria. Seguidamente, en relación a la jornada de trabajo, se analizarán las reducciones y adaptaciones de jornada en atención a las necesidades familiares y personales del trabajador; pues, pese a que durante el transcurso de estas situaciones el trabajador

no preste finalmente trabajo efectivo, en principio sí se había comprometido a ello y así estaba previsto.

A continuación se examinarán detalladamente todos los tiempos de descanso, ordenados en función de la extensión temporal de su devengo y disfrute. Así, se comenzará con los descansos de ciclo diario, la pausa diaria y el descanso diario; se seguirá con el descanso semanal; y se finalizará con los descansos anuales, las vacaciones y los festivos. Por último, junto a los verdaderos tiempos de descanso, se estudiarán los permisos retribuidos; ya que, si bien no constituyen auténticos tiempos de descanso, presentan una innegable cercanía con ellos.

De este modo, se abarcarán todas las instituciones que convergen dentro de la jornada de trabajo. Pero lo que es casi más importante, durante el estudio particularizado de cada una de ellas se reflexionará acerca de los desajustes y problemas operativos existentes en términos generales.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CAPÍTULO II

LA DELIMITACIÓN ENTRE EL TIEMPO DE TRABAJO Y EL TIEMPO DE DESCANSO: EL TIEMPO DE TRABAJO EFECTIVO



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

II. LA DELIMITACIÓN ENTRE EL TIEMPO DE TRABAJO Y EL TIEMPO DE DESCANSO: EL TIEMPO DE TRABAJO EFECTIVO.

1. Introducción. 2. El tiempo de trabajo efectivo. 3. Los tiempos de disponibilidad: Un tercer tiempo entre el trabajo efectivo y el descanso. 4. Descansos computables como tiempo de trabajo. 5. Tiempo de descanso.

1. Introducción.

Como se sabe, el contrato de trabajo tiene por objeto la venta del trabajador al empresario de una determinada cantidad de trabajo, medida en términos temporales, a cambio de un salario. No obstante, es obvio que dicha prestación de servicios no es, ni mucho menos ilimitada y, además, no puede llevarse a cabo en cualquier momento. Por ello, a la hora de analizar la jornada de trabajo se hace necesario identificar, desde el principio, una serie de conceptos y categorías que permiten clasificar jurídicamente cada uno de los momentos de la vida del trabajador en función de qué relación guardan con sus obligaciones laborales. De este modo, habrá situaciones en las que, en virtud del contrato de trabajo, el tiempo del trabajador esté a disposición de los intereses productivos del empresario; otras en las que su tiempo sea absolutamente indisponible para el empresario, pues se encuentre fuertemente sellado frente a la prestación de servicios; y, finalmente, una tercera categoría en la que el tiempo del trabajador se encuentre, de algún modo, vinculado a la actividad profesional, pero solo potencialmente.

Por tanto, dentro de la jornada laboral, entendida en sentido amplio, confluyen los conceptos de tiempo de trabajo efectivo; tiempos de presencia, espera y puesta a disposición; periodos de inactividad computables como tiempo de trabajo y, finalmente, tiempo de descanso. Cada uno de ellos presenta unas características propias y, mediante su correcta identificación, resulta posible estructurar y compartimentar la vida personal y profesional del trabajador. Sin embargo, tal y como se verá, el análisis e identificación de estos conceptos no resulta, en absoluto, sencilla,

pues las distintas disposiciones legales vigentes sobre la materia resultan abiertamente deficitarias a la hora de definirlos con la requerida precisión.

La configuración legal de los conceptos de tiempo de trabajo efectivo y tiempo de descanso tiene su base en la Directiva 2003/88/CE, que, en su art. 2, recoge las pertinentes definiciones. En primer lugar, se considera como *tiempo de trabajo* todo periodo durante el que el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en el ejercicio de su actividad o de sus funciones. Y, a continuación, en el apartado 2.2, se define residualmente el periodo de descanso como todo aquél que no sea tiempo de trabajo. De este modo, la Directiva desarrolla dos conceptos que se excluyen mutuamente: el tiempo de trabajo y el tiempo de descanso. Lo que ocurre es que, como puede fácilmente imaginarse, este exceso de síntesis hace que el texto legal resulte insuficiente a la hora de ilustrar la realidad que ordena; demasiado compleja y matizable como para simplificarla en tales términos.

Por su parte, el art. 34 del ET arroja algo más de luz sobre la cuestión, aunque tampoco la suficiente. Por lo que aquí interesa, el apartado 1 del citado artículo establece que la duración de la jornada de trabajo será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo, con una duración máxima de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual. Y a continuación, en el apartado 5, se especifica 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.

2. El tiempo de trabajo efectivo.

a) El concepto de trabajo efectivo.

Cuando el artículo 34 del ET fija la duración máxima de la jornada de trabajo, esto es, del tiempo durante el cual el trabajador prestará sus servicios, lo hace en relación a horas de “trabajo efectivo”; de modo que solo aquél tramo temporal que tenga tal consideración se computará dentro de los límites máximos previstos para la jornada de trabajo; resultando excluidos todos aquéllos otros espacios temporales que, pese a

guardar una relación más o menos directa con el trabajo, no merezcan tal consideración. Además, esta diferenciación pasa a encuadrarse en el centro del nexo causal del contrato de trabajo, pues conecta con el célebre análisis de que, dentro del contexto del sinalagma contractual, lo que el trabajador debe al empresario no es un tiempo de trabajo, sino el trabajo realizado durante un cierto tiempo²¹.

Para delimitar el concepto tiempo de trabajo efectivo, es conveniente rescatar las definiciones legales de la Directiva 2003/88/CE, según las cuales se entiende que tiempo de trabajo efectivo es aquél durante el cual el trabajador permanece en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o sus funciones. Pese a que el concepto del tiempo de trabajo efectivo es, según algunas opiniones, un concepto jurídico indeterminado, susceptible de ser matizado e interpretado para cada sector, empresa e, incluso, grupo de trabajadores, y que, además, puede ser cambiante²², no cabe duda, a mi juicio, de que el art. 2 de la Directiva 2003/88/CE aclara satisfactoriamente el concepto estricto de trabajo efectivo (como mínimo en términos generales) que queda constituido por tres elementos concurrentes: permanencia física en el lugar de trabajo, disponibilidad frente al poder de dirección del empresario y ejercicio activo de las propias funciones.²³ De este modo serán horas de trabajo efectivo todas aquéllas en las que el trabajador, además de encontrarse en su puesto de trabajo, se halle a disposición del empleador y ejerciendo las funciones acordadas en su contrato de trabajo. No obstante, es oportuno recordar que las funciones y obligaciones propias de un buen número de trabajos implican que durante la propia prestación de servicios habrá determinados momentos en que los trabajadores no hagan otra cosa que estar presentes y pendientes, vigilar, custodiar o esperar; por lo que pese a que el trabajo no produzca resultados materiales

²¹ ALONSO OLEA, M.: "La jornada de trabajo y temas conexos", en RPS, nº 141, 1984, pág. 77.

²² GARCÍA NINET, J.I.: "La ordenación del tiempo de trabajo", en Tribuna Social, nº 43, 1994, pág. 40; CABEZA PEREIRO, J.[et al.]: "La ordenación del tiempo de trabajo", Santiago de Compostela (CGRL), 2004, pág. 48.

²³ Art. 2.1 de la Directiva 2003/88/CE: *tiempo de trabajo: 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.*

inmediatamente evaluables, tales actividades constituyen tiempo de trabajo efectivo. Célebres ejemplos de ello son los casos de los dependientes, los bomberos o los músicos²⁴.

El concepto del trabajo efectivo resuelve satisfactoriamente el aspecto cualitativo de la jornada laboral (es decir, qué horas de trabajo se computarían de cara al cálculo de la jornada máxima anual); pero esta categoría, de carácter cualitativo, se complementa con otra, de carácter cuantitativo, que hace referencia a desde cuándo y hasta qué momento se computan estas horas de trabajo efectivo.²⁵ A esta pregunta da respuesta el art. 34.5 ET, que establece 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. Así, el inicio del cómputo de la jornada no comenzará hasta que el trabajador esté ya en su puesto de trabajo y concluirá cuando todavía se encuentre empeñado en la prestación de sus servicios.

b) Las actividades ex ante y ex post, previas y posteriores a la propia prestación de servicios.

De todo lo anterior se deduce que aquéllas actividades relacionadas *ex ante* o *ex post* con la prestación laboral, pero independientes de ella, quedan eliminadas del cómputo de la jornada.²⁶ Son ejemplos típicos de ello el tiempo dedicado a los desplazamientos hasta y desde el lugar de trabajo, el cambio de ropa o el tiempo invertido en el aseo personal. Todos estos supuestos constituirían tiempos que, en principio y a salvo de las especificaciones que a continuación se desarrollarán, quedarían fuera del cómputo de

²⁴ IGLESIAS CABERO, M.: “Cómputo de la jornada efectiva de trabajo”, en A.A.V.V. Estudios sobre la jornada de trabajo, Madrid (ACARL), 1991, pág. 292.

²⁵ En un sentido similar: VALDÉS DAL-RE, F.: “Jornada laboral y horarios de trabajo”, en A.A.V.V. Diecisiete lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales, Madrid (Universidad de Madrid), 1977, págs. 267-269.

²⁶ ROQUETA BUJ, R.: “La jornada de trabajo y su determinación”, en A.A.V.V. El tiempo de trabajo en la negociación colectiva, Dir. José María Goerlich Peset, Madrid (Ministerio de Trabajo e Inmigración), 2008, pág. 80.

la jornada; lo que no significa que dichos periodos no se puedan remunerar, sino, simplemente, que no se integrarían dentro de los parámetros de jornada máxima y que, por ello, la Ley no obliga a remunerarlos.²⁷

Sin embargo, parece perfectamente aceptable que, ya sea mediante la negociación colectiva o la autonomía individual, se acuerde expresamente la retribución de estas actividades²⁸ *ex ante* y *ex post* y, bajo mi punto de vista, resulta también posible su inclusión dentro de la categoría de “tiempo de trabajo efectivo”. Así lo señala con acierto la doctrina científica, cuando reconoce al art. 34.5 del ET una naturaleza de derecho necesario relativo²⁹, que permite por tanto su mejora. Además, en sustento de dicha tesis acude la conexión analógica de este caso con el del descanso intra-jornada, también conocido como “pausa del bocadillo”, para el que el propio art. 34.4 ET sí recoge expresamente la posibilidad de que, convencional o individualmente, se compute dicho tiempo como de trabajo efectivo.³⁰

²⁷ CABEZA PEREIRO, J.[et al.]: “La ordenación...”, *op. Cit.*, pág. 78. Si bien la STS de 4-10-2012 (Réc. 3402/2011) considera tiempo de trabajo el empleado por el trabajador en el vestuario, hace tal consideración “...en atención a ciertas circunstancias relevantes...” y a efectos de dar cabida a la presunción de laboralidad de los accidentes acaecidos durante el tiempo y el lugar de trabajo contenida en el art. 115.3 LGSS. Pues la cuestión a dilucidar en el caso es el carácter laboral del accidente. Y, en ningún caso, la calificación como trabajo efectivo del tiempo transcurrido en el vestuario, a efectos de su cómputo en los máximos relativos a la jornada de trabajo. Así, “...la doctrina del TS de aplicar estrictamente el artículo 34.5 para determinar lo que debe entenderse por tiempo de trabajo debe ser matizada, permitiendo hacer jugar la presunción de laboralidad del accidente establecida en el artículo 115.3 de la LGSS (RCL 1994, 1825).” Además, incluso los efectos exclusivamente referidos a la “laboralidad” del accidente, por mor de la presunción contenida en el art. 115.3 de la LGSS, han sido, por su parte, objeto de fervientes críticas doctrinales: VALDÉS ALONSO, A.: “La conflictiva valoración del tiempo de trabajo en la presunción de existencia de accidente laboral. (Comentario de la STS de 4 de octubre de 2012)”, en *Relaciones Laborales*, nº 12, 2014, edición digital, págs. 9-14.

²⁸ STS 12-12-1994 (Rec. 1320/1994) “...sin perjuicio de que las normas sectoriales y Convenios Colectivos, puedan dictar normas más favorables para los trabajadores retribuyendo en alguna forma el tiempo de desplazamiento...”.

²⁹ ROQUETA BUJ, R.: “La jornada...”, *op. Cit.*, pág. 80.

³⁰ Art. 34.4 ET “Siempre que 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. Este período de descanso se considerará tiempo de trabajo efectivo cuando así esté establecido o se establezca por convenio colectivo o contrato de trabajo.”

Cabe destacar, en este punto, que la conceptualización como trabajo efectivo del tiempo invertido en estas actividades *ex ante* y *ex post* tiene unas consecuencias exorbitadas si se compara con la opción de, únicamente, retribuirla. Como se sabe, el hecho de que una actividad, que por su propia esencia no formaría parte de la categoría de trabajo efectivo, sea artificialmente incluida en la misma (vía convencional o contractual), supone no sólo la obvia necesidad de retribuir el tiempo empleado en la misma, sino que además este tiempo habría de computarse necesariamente de cara al límite de la jornada máxima anual. Sin embargo, en sentido contrario, la mera retribución de unos tiempos que, en principio, quedaban fuera del tiempo de trabajo efectivo, no implica *per se* que se computen de cara a la jornada máxima de trabajo; sino que simplemente serían retribuidos, pero no se tendrían en cuenta para el cálculo cuantitativo de la jornada. Por estas razones, se ha llegado a valorar en términos de oportunidad que sería, quizás, excesivo que estas actividades *ex ante* y *ex post* se considerasen parte de la jornada efectiva de trabajo; y, por ello, sería más coherente con la regulación legal que el convenio colectivo o acuerdo individual se limitase a conceptualizar estos tiempos como “de presencia”, de acuerdo al

régimen previsto por el art. 8 RD 1561/1995³¹; de modo que, pudiese acordarse su remuneración, pero nunca computasen de cara a la jornada máxima anual.³²

Por otra parte, es necesario referir que la inclusión expresa de una determinada actividad *ex ante* o *ex post* como tiempo de trabajo efectivo también puede tener su origen en un mandato legal. En este sentido es especialmente significativa la conceptualización como tiempo de trabajo efectivo, que hacen distintas disposiciones reglamentarias, de ciertas interrupciones en la jornada, como, por ejemplo, de los tiempos de aseo personal “dentro de la jornada laboral” a disposición de los trabajadores en actividades que suponen la exposición a agentes biológicos o cancerígenos, o la utilización de sustancias tóxicas, irritantes o infecciosas. Así lo contemplan los RRDD 664 y 665/1997, que prevén, para estas actividades, que los trabajadores 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.

En otro orden de ideas, debe destacarse que la jurisprudencia ha llegado a aprobar, excepcionalmente, que la negociación colectiva, de un modo expreso e inequívoco, situase fuera del tiempo de trabajo efectivo una actividad limítrofe o de dudosa

³¹ Art. 8 RD 1561/1995: 1. Para el cómputo de la jornada en los diferentes sectores del transporte y en el trabajo en el mar se distinguirá entre tiempo de trabajo efectivo y tiempo de presencia. Se considerará en todo caso tiempo de trabajo efectivo 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. Se considerará tiempo de presencia aquel en el que el trabajador se encuentre a disposición del empresario sin prestar trabajo efectivo, por razones de espera, expectativas, servicios de guardia, viajes sin servicio, averías, comidas en ruta u otras similares. En los convenios colectivos se determinarán en cada caso los supuestos concretos conceptuales como tiempo de presencia. 2. Serán de aplicación al tiempo de trabajo efectivo la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo prevista en el artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores y los límites establecidos para las horas extraordinarias en su artículo 35. Los trabajadores no podrán realizar una jornada diaria total superior a doce horas, incluidas, en su caso, las horas extraordinarias. 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.

³² CABEZA PEREIRO, J.[et al.]: “La ordenación...”, *op. Cit.*, pág. 79.

ubicación. En efecto, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 12 de diciembre de 1994 (Rec. 1320/1994), avala la validez de la cláusula del convenio que excluye de la jornada diaria de trabajo el tiempo que los trabajadores empleaban en coger y dejar el vehículo de la empresa en el garaje en que se encontraba el mismo. Para situar cabalmente la cuestión debe tenerse en cuenta que, paralelamente, el convenio establecía una jornada semanal más favorable para los trabajadores, en términos globales, y recogía un complemento salarial compensatorio³³. De este modo, en mi opinión, no pueden extraerse conclusiones generales de este pronunciamiento y el criterio del TS debe ser valorado en el marco de las circunstancias concurrentes en ese caso concreto.

Una situación particular que debe ser aquí objeto de análisis es la del trabajador que anticipa su horario de trabajo, a fin de realizar la actividad concreta ordenada en un determinado lugar, o su jornada se prolonga por desplazamiento desde el centro de trabajo al lugar en que se efectúe el mismo. Pues bien, la jurisprudencia entiende que en estos casos sí existe un verdadero y real trabajo efectivo.³⁴ Ésta postura es pacíficamente sostenida por el Tribunal Supremo en sus SSTs de 18/09/2000 (Rec. 1696/1999) y 24/09/2009 (Rec. 2033/2008); que consideran, respectivamente, como trabajo efectivo el tiempo empleado por los vigilantes de seguridad para recoger y

³³ STS 12-12-1994 (Rec. 1320/1994) “Lo que se pide en la demanda de conflicto colectivo es que se declare como comprendido dentro de la jornada laboral del personal del Ente Público «Retevisión» afectado por el presente conflicto «el tiempo empleado en coger y dejar el vehículo de la empresa en el garaje en que se encuentra el mismo»; la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en Sentencia de 2 marzo 1994 desestimó la demanda, razonando, partiendo de sus hechos probados que dado que el acuerdo proclamado en el Anexo III del Convenio, por el que se establecía que la jornada diaria comienza y concluye en la sede de cada centro de trabajo, es consecuencia de los acuerdos tomados libremente por las partes negociadoras del convenio colectivo de acuerdo con los artículos 82 y 85 del ET, y su fuerza vinculante, dadas las características especiales de la actividad de la patronal que tiene por objeto atender la red de transmisiones de las bandas de televisión, al estar sus centros de trabajo ubicados en zonas altas, alejadas de cascos urbanos, lo que también determinó se fijara una jornada semanal y su duración inferior a la normal y más favorable para los trabajadores, dicho acuerdo debe respetarse, sin que quepa alterarla por tener los trabajadores que acudir al taller a recoger los vehículos, ya que esta labor complementaria está compensada con el complemento salarial llamado de polivalencia.” Así, la Sala resuelve que “...no cabe vigente el convenio colectivo y olvidando la interpretación global que debe hacerse, así como lo expresamente estipulado y su fuerza vinculante, modificar lo allí pactado, acudiendo a normas supletorias, como serán las contenidas en el artículo 34.3 del ET dada la claridad de la normativa pactada...”

³⁴ STS 24/06/1992 (Rec. 2010/1991).

depositar el arma reglamentaria del armero antes y después de la jornada habitual y el tiempo dedicado a tomarse medidas y recoger los nuevos uniformes en los establecimientos designados. El criterio determinante, a juicio del tribunal, es que esos desplazamientos no son los propios de ida y vuelta al trabajo desde el domicilio o residencia del trabajador, sino que están determinados por un deber impuesto por la empresa en atención a necesidades o conveniencias del servicio; por lo que constituyen un tiempo de trabajo efectivo. Además, dentro ya de la categoría del tiempo de trabajo efectivo, el TS entiende que esos intervalos merecen la consideración de horas extraordinarias, bajo el entendimiento de que son horas extraordinarias no sólo las que sobrepasen la jornada máxima legal de cuarenta horas semanales en cómputo anual, sino también aquéllas que rebasan las jornadas máximas pactadas en convenio colectivo o contrato de trabajo. Pues “así resulta de los distintos criterios o cánones de interpretación. Y así lo viene entendiendo también la doctrina científica, y es también la tónica en Derecho comparado”³⁵. Todo ello no obstante, sobre la controvertida cuestión de la calificación de las horas de trabajo como extraordinarias, se volverá en el correspondiente apartado del presente trabajo.

En fin, en relación con la conceptualización como tiempo de trabajo o tiempo de descanso de las actividades *ex ante* y *ex post*, quedaría todavía un último supuesto merecedor de un análisis particularizado. Como se sabe, los desplazamientos entre el domicilio del trabajador y su centro de trabajo no reciben, en principio, la consideración de tiempo de trabajo efectivo y, por tanto, no se computan dentro de la jornada. Sin embargo, ello no resulta tan claro cuando nos encontramos ante trabajadores que carecen de un centro de trabajo fijo o habitual y, diariamente, deben

³⁵ STS 18/09/2000 (Rec. 1696/1999). “Los cánones de la interpretación gramatical y de la interpretación finalista apuntan en el sentido indicado, ya que la idea de horas extraordinarias surge por contraposición a la de trabajo ordinario u horas ordinarias, y es más lógico referir éstas en concreto a las practicadas en las distintas empresas y sectores de actividad que al módulo legal abstracto establecido con carácter general. A ello debe añadirse, por vía de interpretación sistemática, que el propio legislador utiliza esta referencia de la jornada convencional o pactada, y no la de la jornada legal, en la definición del trabajo a tiempo parcial (art. 12.1 del ET), e implícitamente en la prohibición en el mismo de las horas extraordinarias (art. 12.4.b ET). La delimitación del concepto de horas extraordinarias por referencia a las horas ordinarias acordadas en convenios colectivos es también la tónica en Derecho comparado.”

desplazarse desde su domicilio particular hasta el lugar en el que la empresa les ha ordenado llevar a cabo sus servicios.

Pues bien, sobre este particular ha tenido ocasión de pronunciarse el TJUE en su Sentencia de 10 de septiembre de 2015 (Asunto C-266/14); que analiza el caso de unos trabajadores que, cada día, se desplazaban desde su propio domicilio a la residencia de los distintos clientes asignados por la empresa para llevar a cabo las tareas de instalación y mantenimiento de los sistemas de alarma. Sobre este punto el TJUE entiende, a mi juicio acertadamente, que el primer desplazamiento del día (domicilio propio-residencia del primer cliente) y el último (residencia del último cliente-domicilio propio) constituyen, a todos los efectos, tiempo de trabajo efectivo, pues durante tales trayectos concurren los tres elementos configuradores del trabajo efectivo del art. 2.1 de la Directiva 2003/88/CE: permanencia en el puesto de trabajo, puesta a disposición del empresario y ejercicio activo de las propias funciones. Ciertamente, cabría objetar que esta STJUE analiza un supuesto de hecho muy particular, pues el litigio se origina en el momento en que la empresa afectada toma, unilateralmente, la decisión de cerrar todas las oficinas provinciales y adscribir orgánicamente a sus trabajadores a las oficinas centrales de Madrid; y, por ello, cabría albergar dudas de si este criterio interpretativo debe mantenerse, o no, en aquellos otros casos en los que la carencia de un centro de trabajo fijo o habitual no se deba a una decisión sobrevenida de la empresa, sino a que ésta se constituyese, ya desde un inicio, en base a este modelo organizativo.

No obstante, a mi juicio, en estos otros casos debería sostenerse exactamente la misma conclusión; pues todas y cada una de las pautas interpretativas seguidas en esta STJUE para calificar como trabajo efectivo el tiempo invertido por los trabajadores afectados en el primer y el último desplazamiento del día resultan perfectamente extrapolables al supuesto de un trabajador que, de acuerdo al modelo organizativo implantado originariamente en la empresa, debiese desplazarse a diario desde su propio domicilio al lugar indicado para prestar servicio a los distintos clientes.

3. Los tiempos de disponibilidad: Un tercer tiempo entre el trabajo efectivo y el descanso.

Hasta aquí, se ha delimitado en sentido positivo cuándo y de qué manera un determinado intervalo temporal pasará a ser considerado como de “trabajo efectivo”. Pues bien, se hace ahora necesario esclarecer el carácter de aquellos periodos en los que el trabajador se encuentra estrechamente conectado al trabajo pero no está trabajando en sentido estricto, si no que dicha conexión con el trabajo se produce en términos de disponibilidad. Se trata de analizar la naturaleza de los tiempos de presencia, espera y puesta a disposición.

Así, la disponibilidad se identifica con un tercer tiempo que trasciende la dicotomía entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso, pues, pese a que el trabajador no esté en ejercicio de su actividad o de sus funciones, no puede equipararse a un verdadero tiempo de descanso. Esto es lo que acontece en tres supuestos: las guardias de presencia física, las guardias de localización y los tiempos de presencia. Como se verá en presente apartado, el verdadero problema que plantean estos intervalos temporales, relacionados con la prestación de servicios pero carentes de los elementos definitorios del trabajo efectivo, es si deben retribuirse, o no, e, incluso, si pueden llegar a ser considerados como tiempo de trabajo efectivo; cuestiones éstas que han sido específicamente abordadas por la jurisprudencia comunitaria y nacional.

a) Las guardias de presencia física.

Las guardias de presencia física vienen constituidas por aquellos periodos durante los que el trabajador se encuentra en su puesto de trabajo, en actitud atenta y vigilante, y preparado para desempeñar las funciones que le son propias; pero no ejecutándolas de modo real y activo. A este respecto se plantea la disyuntiva de si tales periodos deben considerarse, o no, tiempo de trabajo efectivo; cuestión que ha sido resuelta de manera técnicamente satisfactoria por la jurisprudencia (tanto comunitaria como nacional) para el supuesto de los servicios de atención continuada con presencia en el

centro correspondiente prestados por personal sanitario. A tal efecto, la trascendente sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 3/10/2000 (TJCE 2000/234, asunto SIMAP) entiende que, en contra de lo previsto por un Estado miembro, el tiempo dedicado a la atención continuada por parte de los médicos de los Equipos de Atención Primaria, que implican su presencia física en el centro sanitario, debe considerarse tiempo de trabajo en su totalidad.³⁶

Ahondando en dicha postura, de nuevo el TJCE en su sentencia de 9/9/2003 (TJCE 2003/250, asunto Norbert Jaeger) resuelve que “...el factor determinante para considerar que los elementos característicos del concepto de tiempo de trabajo se dan en los períodos de atención continuada que efectúan los médicos en el propio hospital es el hecho de que están obligados a hallarse físicamente presentes en el lugar determinado por el empresario y a permanecer a disposición de éste para poder prestar sus servicios inmediatamente en caso de necesidad.” Por ello, el tribunal considera que los servicios de atención continuada efectuados por los médicos en régimen de presencia física en el hospital constituyen, en su totalidad, tiempo de trabajo a efectos de la Directiva 2003/88/CE; incluso cuando se permitiese a dichos trabajadores descansar en su lugar de trabajo durante los períodos en que no se soliciten sus servicios.

Pese a que estos razonamientos se circunscriben a casos de personal médico que se rige por normas no laborales en sentido estricto, sus conclusiones deben considerarse extrapolables a cualquier régimen de prestación de servicios en virtud de la normativa de la que traen causa; esto es, la Directiva 2003/88/CE. En efecto, la Directiva

³⁶ STJCE de 3-10-2000 (TJCE 2000/234, asunto SIMAP): apartados 47: “Procede recordar que dicha 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. Además, dentro del sistema de la Directiva 93/104, dicho concepto se concibe en contraposición al de período de descanso, al excluirse mutuamente ambos conceptos.” Y 48 “En el asunto principal, los elementos característicos del concepto de tiempo de trabajo se dan en los períodos de atención continuada de los médicos de Equipos de Atención Primaria en régimen de presencia física en el centro sanitario. Las partes están de acuerdo en que los períodos de atención continuada prestados en dicho régimen cumplen los dos primeros requisitos. Además, aun cuando la actividad efectivamente realizada varíe según las circunstancias, la obligación impuesta a dichos médicos de estar presentes y disponibles en los centros de trabajo para prestar sus servicios profesionales debe considerarse comprendida en el ejercicio de sus funciones.”

comunitaria sobre ordenación del tiempo de trabajo se aplica por mor de su art. 1.3 a todos los sectores de la actividad, privados y públicos, a salvo de determinadas excepciones³⁷. Y todo ello sin perder de vista que la esencia de esta norma es, conforme a su art. 1, establecer las disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo³⁸. Así, dicha interpretación jurisprudencial del asunto, debe considerarse válida también para otros casos en los que, pese a tratarse de otro sector de la actividad, las circunstancias consideradas por la interpretación del TJCE sean análogas. Ello, claro está, con la salvedad de las distintas excepciones previstas por la normativa comunitaria y contempladas, también, en nuestro derecho interno.

Por su parte, la jurisdicción nacional se hace eco de esta postura, tal y como demuestran diversas sentencias dictadas con fecha posterior a las del TJCE. Así, la STS 21/02/2006 (Rec. 3338/2004) da por superado el debate sobre la calificación como

³⁷ Art. 1.3 Dir. 2003/88/CE: “La presente Directiva se aplicará a todos los sectores de actividad, privados y públicos, en el sentido del artículo 2 de la Directiva 89/391/CEE, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 14, 17, 18 y 19 de la presente Directiva.” Por su parte, el Art. 2 Dir. 89/391/CEE: “1. La presente Directiva se aplicará a todos los sectores de actividades públicas o privadas (actividades industriales, agrícolas, comerciales, administrativas, de servicios, educativas, culturales, de ocio, etc.). 2. La presente Directiva no será de aplicación cuando se opongan a ello de manera concluyente las particularidades inherentes a determinadas actividades específicas de la función pública, por ejemplo, en las fuerzas armadas o la policía, o a determinadas actividades específicas en los servicios de protección civil. En este caso, será preciso velar para que la seguridad y la salud de los trabajadores queden aseguradas en la medida de lo posible, habida cuenta los objetivos de la presente Directiva.”

³⁸ En este sentido se pronuncia la STJCE de 9-9-2003(TJCE 2003/250, asunto Norbert Jaeger): Apartado 58 “En cualquier caso, los conceptos de «tiempo de trabajo» y de «período de descanso» en el sentido de la Directiva 93/104 no deben interpretarse en función de las disposiciones de las diferentes normativas de los Estados miembros, sino que constituyen conceptos de Derecho comunitario que es preciso definir según características objetivas, refiriéndose al sistema y a la finalidad de dicha Directiva, como hizo el Tribunal de Justicia en los apartados 48 y 50 de la sentencia Simap, antes citada. Sólo 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.” Y 59: “Por tanto, la circunstancia de que la definición del concepto de tiempo de trabajo haga referencia a las «legislaciones y/o prácticas nacionales» no significa que los Estados miembros puedan determinar unilateralmente el alcance de este concepto. Dichos Estados tampoco pueden someter a condición alguna el derecho de los trabajadores a que los períodos de trabajo y, correlativamente, los de descanso sean tomados debidamente en cuenta, pues tal derecho resulta directamente de las disposiciones de esta Directiva. Cualquier otra interpretación haría peligrar el objetivo de la Directiva 93/104 de armonizar la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores mediante disposiciones mínimas (véase la sentencia de 12 de noviembre de 1996, Reino Unido/Consejo, C-84/1994, Rec. pg. I-5755, apartados 45 y 75).”

tiempo de trabajo efectivo de las guardias de presencia física, pues asume como pacífica la lectura, ya expuesta, que el TJCE hace sobre el particular.³⁹ Pero, además, la sentencia incide sobre dicha cuestión, aportando nuevos y valiosos matices a la lectura del TJCE. En efecto, el órgano nacional resuelve que, en relación al 34.7 ET y el RD 1561/1995 de jornadas especiales de trabajo, el ET no habilita a los convenios colectivos para crear esas jornadas especiales, sino al Gobierno, y en segundo lugar el trabajo en hospitales no está previsto como especial a estos efectos ni en aquella ni en ninguna otra disposición legal o reglamentaria. Siendo ello así, no resultaría válido sustraer del cómputo del trabajo efectivo el tiempo dedicado a las guardias de presencia, ya que el trabajador se encuentra a disposición del empresario y en el centro de trabajo; con la particularidad de que si bien el trabajo realizado durante esas guardias puede ser ciertamente irregular, dependiendo de factores imprevisibles, también cabe decir que se trata de un trabajo prestado en horas y circunstancias más incómodas.

b) Las guardias de localización.

Cuando se alude a las guardias de localización se hace referencia a todos aquellos periodos durante los que el trabajador, que se encuentra fuera de su lugar y de su tiempo de trabajo y no desempeña efectivamente sus funciones, pero sí está en cierto modo vinculado y a disposición de la empresa, en tanto en cuanto debe estar localizable a través de medios electrónicos y telemáticos (principalmente el teléfono móvil). Y, en caso de requerirse sus servicios por parte de la empresa, el trabajador debería incorporarse a su puesto o bien desempeñar sus funciones desde el lugar pertinente. Por tanto, podemos hablar de que en estos casos el trabajador se encuentra “potencialmente” vinculado al trabajo; de suerte que, si terminan por requerirse sus servicios, dicha vinculación se materializará y éste se incorporará a sus

³⁹ En el mismo sentido, entre otras muchas: STS de 21 diciembre 2007. RJ 2008\1544, STS de 18 septiembre 2007. RJ 2007\8491, STS de 1 febrero 2007. RJ 2008\5343 y STSJ de Cataluña Sentencia núm. 3255/2004 de 26 abril.

obligaciones. Durante este tiempo, el trabajador organiza su tiempo libremente, con la única premisa de que sea posible su efectiva incorporación al servicio en caso de ser requerido y que dicha incorporación pueda producirse dentro de los parámetros temporales acordados.

Pues bien, la respuesta a qué calificación deba recibir este periodo de alerta localizable del trabajador la encontramos, ya en primer lugar, en la propia jurisprudencia del TJCE antes expuesta. En efecto, la STJCE de 3 de octubre de 2000 (TJCE 2000/234, asunto SIMAP), tras aportar la solución ya estudiada para las guardias de presencia física, afirma que la situación en la que se encuentran los médicos de Equipos de Atención Primaria que prestan la atención continuada en régimen de localización, sin que sea obligatoria su presencia en el centro sanitario, tiene una naturaleza diferente. En efecto, a juicio del TJCE, los médicos que realizan estas guardias de localización, si bien están a disposición de su empresario puesto que deben estar localizables, pueden organizar su tiempo con menos limitaciones y dedicarse a sus asuntos personales. Y así, en estas circunstancias, sólo debe considerarse tiempo de trabajo en el sentido de la Directiva 2003/88/CE el correspondiente a la prestación efectiva de servicios de atención primaria. Por su parte, la STJCE de 9 de septiembre de 2003 (TJCE 2003/250, asunto Norbert Jaeger) mantiene el mismo criterio. De este modo, la jurisprudencia comunitaria se muestra firme a la hora de excluir las guardias de localización del tiempo de trabajo efectivo.

Por su parte, la jurisprudencia nacional también comparte esta visión sobre la materia. En efecto, la STS de 29 de noviembre 1994 (Rec. 752/1994) se pronuncia sobre esta cuestión al resolver que la mera situación de disponibilidad, en la que el trabajador tan sólo está localizable y a disposición de la empresa, no implica, por sí sola, el desarrollo de ningún trabajo y, por ende, está claramente fuera de la jornada laboral y no puede ser calificada ni como tiempo de trabajo ni como horas extraordinarias. Ahora bien, si el operario es requerido, en ese tiempo de disponibilidad, para la realización de un trabajo, habrá de llevarlo a cabo y, en tal caso, sí percibirá por el tiempo invertido en el mismo la remuneración propia de las horas extraordinarias. Además, en un sentido

similar a estos efectos, la STS de 7 febrero de 2001 (Rec. 132/2000) se apoya en esa misma argumentación para excluir la presunción de laboralidad del art. 115 de la LGSS en un caso de infarto de miocardio acaecido en el domicilio del trabajador durante una guardia de localización^{40 41}.

c) Los tiempos de presencia.

Queda, en fin, tratar en este apartado la naturaleza de los tiempos de presencia. Dicho concepto temporal, debe su naturaleza no a la necesidad de atender imprevistos o cubrir servicios que se prestan durante las veinticuatro horas del día, como sucedía en los casos de guardias de localización y presencia, sino en la circunstancia de que una prestación de servicios anterior, o una posterior, exige la previa presencia del trabajador en el lugar en el que la prestación se toma y se deja⁴². El caso paradigmático de esta situación se encuentra en el sector del transporte y el trabajo en el mar; que es precisamente el ámbito de aplicación del art. 8 del RD 1561/1995 de jornadas especiales de trabajo y que regula estos “tiempos de presencia”. Aquí, la dicotomía entre tiempo de trabajo efectivo y tiempo de descanso se rompe con la aparición de un tercer tiempo, ahora denominado de “presencia”, que el propio art. 8 del RD de jornadas especiales se encarga de definir y contraponer al tiempo de trabajo efectivo.⁴³ Así, en estas actividades *se considerará en todo caso tiempo de trabajo*

⁴⁰ ...«la mera situación de disponibilidad, en la que el trabajador tan sólo está localizable y a disposición de la empresa, no implica por sí sola el desarrollo de ningún trabajo y por ende está claramente fuera de la jornada laboral y no puede en absoluto, ser calificada ni como tiempo de trabajo ni como horas extraordinarias».

⁴¹ En cualquier caso, debe reiterarse, tal y como hacen las SSTS 27-02-2001 (Rec. 2827/2000) y 11-10-2006 (Rec. 1641/2005), que la exclusión del cómputo de la jornada sólo puede realizarse cuando se trata de tiempo de guardias de localización en la fracción que no tiene consideración de trabajo efectivo, incidiendo en que esta exclusión no puede realizarse respecto al trabajo efectivo o al tiempo de presencia en el centro de trabajo.

⁴² CABEZA PEREIRO, J.[et al.]: “La ordenación..., *op. Cit.*, pág. 85.

⁴³ También en algunas Relaciones Laborales Especiales, los correspondientes Reales Decretos regulan los tiempos de presencia. Así El RD 1331/2006 no considera tiempo de trabajo efectivo los periodos de espera y desplazamiento de los abogados. Al igual que sucede con el RD 1006/1985 en relación con las

efectivo 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. Y, por su parte, se considerará tiempo de presencia aquel en el que el trabajador se encuentre a disposición del empresario sin prestar trabajo efectivo, por razones de espera, expectativas, servicios de guardia, viajes sin servicio, averías, comidas en ruta u otras similares. Debido a la siempre difícil tarea de discernir los límites existentes entre figuras tan afines, el propio artículo hace un llamamiento a la negociación colectiva para que se establezcan en cada caso los supuestos concretos conceptuales como tiempo de presencia. Eso sí, resulta necesario aclarar ya en este punto que cuando entre el final de un servicio y el inicio del siguiente el trabajador se encuentre descansando sin realizar ningún servicio ni ser requerido por la empresa, que además le abona las correspondientes dietas, dicho intervalo no será considerado como tiempo de presencia. Ello será así incluso cuando el trabajador no pueda retornar a su domicilio, bajo el entendimiento de que en estos casos el trabajador puede organizar libremente este tiempo sin ninguna sujeción a la empresa. Así, según argumentan los tribunales, el requisito que caracteriza a dicho tiempo es que el trabajador, aunque no preste trabajo efectivo, se halle a disposición de la empresa; lo que, a *sensu contrario* lleva a pensar que no puede hablarse de tiempo de presencia ni valorarse como tal aquel en el que el trabajador dispone de un tiempo absolutamente libre no teniendo obligación alguna para con la empresa.⁴⁴ Sin embargo, cuando la empresa no acredite el abono de dichas dietas de hospedaje y manutención, los intervalos de tiempo entre las horas conducidas no son de pernoctación y descanso, y

concentraciones y desplazamientos de los deportistas profesionales. Y, por su parte, el RD 1620/2011 remite la regulación de los tiempos de presencia al propio acuerdo de las partes.

⁴⁴ STSJ de Cataluña de 19-04-2001 (Rec.9074/2000) y también STSJ de Galicia de 8-07-2005 (Rec. 596/2003).

cabe, por tanto, conceptuarlos como tiempo de presencia ya que el trabajador estaría adscrito al vehículo y a disposición de la empresa⁴⁵.

El propio art. 8 del RD 1561/1995 fija un máximo temporal de veinte horas semanales en cómputo mensual para estos periodos de presencia; que se distribuirán con arreglo a lo pactado colectivamente y deberán respetar los correspondientes descansos inter-jornadas y semanal. Dicho límite se ubica en paralelo y de forma independiente a los previstos para las horas ordinarias y extraordinarias, ya que las horas calificadas como tiempo de presencia no son consideradas como trabajo efectivo (recuérdese la contraposición que efectúa el RD) y, por tanto, no computan de cara la duración máxima de la jornada.

Respecto a la remuneración de estas horas de presencia, se señala que, salvo que se hubiese acordado su compensación con periodos equivalentes de descanso retribuido, se abonarán con un salario de cuantía no inferior al correspondiente a las horas ordinarias. Dado el tenor literal y la contundencia del precepto, la norma debe entenderse de manera unívoca; esto es, que el precio de la hora de presencia nunca sea inferior al de la hora ordinaria⁴⁶. Y es que, si el tiempo de presencia se regula a través de límites específicos e independientes de los previstos para la jornada ordinaria y extraordinaria, en virtud del art. 8.3 del RD 1561/1995, resultaría disfuncional y contrario a lo programado por la Ley disolver dicha independencia y confundir ambos módulos temporales; para, tal y como ha sostenido un sector importante de la doctrina científica, así como la propia jurisprudencia en un primer

⁴⁵ Así lo sostienen doctrina científica y judicial: ROQUETA BUJ, R.: “La jornada...”, *op. Cit.*, pág. 84. STSJ de C. Valenciana de 4-07-2006 (Rec. 261/2006).

⁴⁶ Voto Particular en STS 20/02/2007 (Rec. 3657/2005) “El tenor literal y contundente de la norma reglamentaria («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»: art. 8.3 RD 1561/95), de contenido prácticamente idéntico al que la Ley quiso dar en el art. 35.1 del ET al régimen retributivo mínimo de las horas extraordinarias), obliga también aquí a secundar la misma pauta interpretativa seguida por esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo tras la entrada en vigor de la Ley 11/1994 (entre otras, STS 28/11/2004 , Rec. 976/04) con respecto a aquellas; esto es: que el precio de la hora extraordinaria nunca puede ser inferior al establecido para la hora ordinaria.”

momento,⁴⁷ reconocer esa retribución equiparada a las horas ordinarias sólo a aquellas horas de presencia que, sumadas a las ordinarias y, en su caso, extraordinarias, excediesen del límite de la jornada máxima legal. Por ello, no resulta sorprendente que el Tribunal Supremo haya corregido el rumbo en este sentido y actualmente sostenga que los tiempos de presencia, como lo es el de “toma y deje”, no se corresponden con la jornada normal; sino que atienden a un exceso en la duración de ésta y, por tanto, no podrán reputarse, en ningún caso, como jornada ordinaria⁴⁸. Así, como horas extraordinarias que efectivamente son, deberán ser remuneradas, al menos, con el mismo valor que las horas ordinarias, en virtud de lo dispuesto por el art. 35.1 del ET. Además, de nuevo, la jurisprudencia ha venido recientemente a ahondar en esta postura, manifestando que, si en un convenio colectivo se fija el valor de la hora extraordinaria y en los posteriores esa cuantía no se revisa ni actualiza, el valor de dichas horas extraordinarias deberá ser, al menos, equivalente al de la hora ordinaria actualizada. De manera que, pese a que no se hubiese revisado su valor en el último convenio colectivo, las horas de presencia siempre se retribuirán, al menos, en igual cuantía que las horas ordinarias, ya una vez actualizas en términos salariales.⁴⁹

⁴⁷ ROQUETA BUJ, R.: “La jornada...”, *op. Cit.*, pág. 86. Y SSTS 20-02-2007 (Rec. 3657/2005), en su decisión mayoritaria, y 12-02-2002 (Rec. 1355/2001) y 18-03-2003 (Rec.1681/2003).

⁴⁸ SSTS de 23/12/2011 (Rec. 1056/2011), 07/02/2012 (Rec. 1309/2011), 20/02/2012 (Rec. 2241/2011), 29/02/2012 (Rec. 2240/2011), 02/04/2012 (Rec. 2661/2011), 17/01/2012 (Rec. 1234/2011) y 18/07/2012 (Rec. 2689/2011). En todos estas Sentencias, el TS resuelve en el caso de los trabajadores de ADIF, para los que el convenio colectivo aplicable dispone que las “horas de toma y deje” se retribuirán con el mismo valor que las horas extraordinarias. Y, a raíz del recurso interpuesto por los trabajadores, la Sala dictamina que no cabe hacer disquisiciones artificiales sobre las horas de “toma y deje” que no excedieran de la jornada anual; por lo que debían retribuirse, siempre y sin margen alguno de excepción, de acuerdo a lo fijado por la norma, que en este caso coincidía con el valor de las horas ordinarias. Pero los esquemas jurídicos seguidos admiten, perfectamente, su extrapolación a cualesquiera otros supuestos en los que el tenor literal y contundente de la norma, ya fuese estatal o pactada, fijase, con total claridad, la retribución correspondiente a las horas de presencia. Y, así, de esta forma, no cabrán interpretaciones restrictivas sobre la retribución a percibir cuando esas horas de presencia o de “toma y deje” se encontrasen dentro de los umbrales de la jornada máxima en cómputo anual.

⁴⁹ SSTS 13/11/2013 (Rec. 2310/2012), 21/01/2014 (Rec. 1024/2013), 08/04/2014 (Rec. 3230/2012), 02/06/2014 (Rec. 1605/2012), 04/06/2014 (Rec. 1713/2013), 30/06/2014 (Rec. 1533/2013) y 19/11/2014 (Rec. 2859/2013).

No obstante todo lo anterior, es necesario clarificar que la idiosincrasia de estas horas de presencia sí puede determinar ciertas rebajas retributivas respecto a las horas comunes de trabajo efectivo. Así, el Tribunal Supremo⁵⁰ ha llegado a excluir, por ejemplo, el abono del plus de nocturnidad para las horas presencia prestadas entre las 22 y las 6 horas; pues el hecho de que durante esos tiempos los trabajadores “no lleven a cabo una actividad o trabajo” en sentido estricto impediría la percepción del complemento salarial derivado de la nocturnidad.⁵¹

Es conveniente, al tratar la regulación de esta figura, justificar las diferencias expuestas entre el régimen jurídico de estos tiempos de presencia y el de las anteriormente estudiadas guardias de localización. De ello se encarga, con buen criterio, la STS de 27 de enero de 2009 (Rec. 27/2008), cuando señala que el diferente tratamiento de ambas figuras se fundamenta en el hecho de que en el caso de las guardias de localización cabe, en principio, que el trabajador mantenga, aunque con limitaciones, determinadas opciones personales o familiares; lo que no resulta posible en las guardias de presencia, sometidas a restricciones más gravosas. Y, así, no deberá darse la consideración de tiempos de presencia a los que deban ser propiamente calificados como guardias de localización, aun cuando en éstas se viese afectada la libertad de movimientos y de actividad del trabajador⁵².

Para terminar el análisis de los tiempos de espera, conviene hacer una última reflexión acerca de su ámbito de aplicación y los posibles riesgos de olvidar, a nivel legislativo, a los trabajadores de determinados sectores. En términos generales, nada impide que en cualquier sector de la actividad se pacten, individual o colectivamente, ciertas

⁵⁰ STS de 26/11/2012 (Rec. 244/2011).

⁵¹ Que el propio TS, en sus SSTS de 10/12/2004 (Rec. 63/2004) y 01/12/1997 (Rec. 1709/1996), circunscribe a las horas de actividad llevadas a cabo entre las 22 y las 6 horas.

⁵² “...pues el hecho de estar disponible durante la guardia siempre implica limitación, ya que el trabajador debe estar en condiciones no sólo de ser avisado, sino de comenzar a prestar servicios en un plazo razonable. La referencia a la libertad de movimientos y de actividad debe entenderse dentro de la finalidad propias de la localización y como exclusión de los supuestos en que esa libertad es más severamente restringida porque se espera en el centro de trabajo o en el lugar previamente designado por el empresario.” STS de 27-01-2009 (Rec. 27/2008).

limitaciones y/o compensaciones para periodos de tiempo asimilables a estos “tiempos de presencia” regulados por el art. 8 del RD 1561/1995 para el sector del transporte y el trabajo en el mar. Sin embargo, si se atiende a su naturaleza, se aprecia que dichos periodos no serían, por sus propias características, conceptuales como tiempo de trabajo efectivo; y, por tanto, no sería necesario remunerarlos, limitarlos, ni, mucho menos, computarlos a efectos de la duración máxima de la jornada. En efecto, no se impondría *per se* la aplicación de las previsiones efectuadas por el art. 34.1 y 5 del ET; pues, como se sabe, en estos intervalos de tiempo no concurre el tercer requisito exigido por el art. 34 del ET en relación al trabajo efectivo: el ejercicio activo de las propias funciones.

De este modo, debe apreciarse que lo que en realidad hace el art. 8 del RD 1561/1995 no es sino proveer a los trabajadores del sector del transporte y el mar de una cobertura normativa específica, que limita y remunera dichos periodos de tiempo atendiendo a la idiosincrasia de estas actividades. Y es que, de no existir el citado reglamento, el empresario podría, en virtud del art. 34.1.2ª, no computar aquellos tiempos en los que no existiese trabajo efectivo. De este modo, la especialidad de dicha previsión, que se circunscribe al sector del transporte y el trabajo en el mar, responde a la certeza de que averías e imprevistos similares son frecuentes en dichas actividades y se hace necesario recurrir habitualmente a tales horas de presencia. Así, por una cuestión de oportunidad, el legislador se ha preocupado de regular esta situación a la que, casi con total seguridad, estos trabajadores se enfrentarán frecuentemente.

Sin embargo, como es obvio, este régimen no es automáticamente extensible a otros sectores no amparados por la propia Ley; conclusión que lleva a alertar sobre el peligro que supone el recurso a estos tiempos de presencia en ciertos sectores ligados a las nuevas tecnologías, como puede ser el caso del teletrabajo⁵³. Y es que, pese a que, a mi entender, la situación de estos trabajadores reviste la suficiente particularidad como para gozar de un régimen de garantías paralelo al de los trabajadores del

⁵³ MONREAL BRINGSVAERD, E.: “La Jornada...”, *op. Cit.*, págs. 126 y 127.

transporte y el mar, a nivel legislativo no se les ha conferido, todavía, una protección específica a este respecto. De este modo, a falta de pacto individual o convencional sobre el particular, estos trabajadores podrían verse afectados por un recurso descontrolado a estas horas de presencia; lo que difuminaría gravemente los contornos de su vida personal y profesional.

4. Periodos de inactividad computables como tiempo de trabajo.

Es menester, ahora, referirse a una serie de periodos que, pese a no ser, en realidad, trabajados, pueden ser computados como tiempo de trabajo efectivo. Concretamente, comparten esta singularidad los permisos retribuidos y los días de asuntos propios, así como también las horas no trabajadas por fuerza mayor. En los correspondientes apartados se analizará cuáles son las razones que dan lugar, en cada caso, a este particular régimen jurídico.

a) Los permisos retribuidos y los días de asuntos propios.

En primer lugar, encontramos los permisos retribuidos recogidos en el art. 37.3 del ET, durante los que el trabajador no presta servicios, pero que sí van a computarse como tiempo de trabajo efectivo.⁵⁴ Este precepto recoge un conjunto heterogéneo de supuestos que, a juicio del legislador⁵⁵ y en aras de la protección de determinados intereses jurídicos, tienen el extraordinario efecto de eximir al trabajador de su prestación de trabajo, sin privarle del derecho a la retribución correspondiente, durante el tiempo que los mismos prevean. Así, precisamente por esa naturaleza excepcional que tienen los supuestos contemplados en el 37.3 ET (matrimonio,

⁵⁴ Esta institución recibirá un tratamiento específico en el capítulo correspondiente de este trabajo. Por ello, aquí se efectuará, simplemente, un acercamiento a conceptual a fin de valorar la naturaleza que debe reconocerse a estos permisos en relación al cómputo de la jornada.

⁵⁵ Tal y como se verá en el capítulo correspondiente a los permisos retribuidos, además de los supuestos que recoge la norma, cabe añadir aquellos otros que la negociación colectiva considerase oportunos.

nacimientos o decesos de familiares, traslado de domicilio, cumplimiento de deberes públicos, la realización de funciones sindicales y exámenes prenatales), el tiempo transcurrido durante el permiso retribuido se tendrá en cuenta y computará dentro de los máximos fijados en la jornada laboral. Se produce, de este modo, una ficción jurídica por la que se consideran trabajados unos periodos de tiempo en los que, de facto, el trabajador no se encontraba adscrito a su obligación principal, esto es, la prestación de trabajo⁵⁶. Y, de este modo, el espacio temporal transcurrido durante tales situaciones será entendido como tiempo efectivamente trabajado a todos los efectos.

La negociación colectiva, con frecuencia, aumenta la duración de estos permisos y, además, tampoco es infrecuente que reconozca a los trabajadores un determinado número de días al año, denominados usualmente como *de asuntos propios*, durante los que el trabajador podrá ausentarse de su puesto de trabajo sin necesidad de que concurra una causa justificativa específica; por lo que podrá dedicarlos a atender las cuestiones personales que considere oportunas.

No obstante, debe destacarse que se trata de una figura que, en su caso, nace del propio convenio colectivo por lo que, lógicamente, éste le conferirá el régimen que libremente se acuerde por las partes negociadoras. Es obvio, por ello, que estos días de asuntos propios no comparten el régimen jurídico anteriormente expuesto para los permisos retribuidos; y, así, se plantea la disyuntiva de si computan como tiempo de trabajo efectivo o, por el contrario, se excluyen del cálculo de la jornada máxima.

En primer lugar, debe aclararse que el convenio colectivo podría declarar explícitamente el carácter no recuperable de los llamados días de asuntos propios, de manera que su disfrute se equipararía a la realización de trabajo efectivo. Tal hipótesis

⁵⁶ STSJ Castilla y León de 30-3-2006 (Rec. 218/2006): "...ya que si en el Convenio se establece el carácter de retribuidos, con derecho a percibir el salario íntegro real, ello determina claramente su equiparación a prestación de trabajo efectiva, pues sino el concepto «retribuido» no tendría razón de ser, siendo además de destacar, que de seguirse el criterio de la recurrente, podría darse el supuesto de que un trabajador que hubiere precisado hacer uso de varios de referidos permisos, podría encontrarse con no haber alcanzado al año el número de horas de jornada establecido..." "...y en ese caso, según la tesis recurrente, el efecto entonces tendría que ser de descuento de las horas no trabajadas..."

resulta perfectamente legítima y, en ese caso, no se plantearía problema alguno. En sentido opuesto, también sería perfectamente válido que el convenio colectivo, en el que libremente se reconocen a los trabajadores esos días de asuntos propios, estableciese con total claridad que, tras su disfrute, deberían ser recuperados; pues no se considerasen como efectivamente trabajados.

Por lo tanto, la verdadera controversia aparece solo cuando el propio convenio colectivo no declarase expresamente el carácter, recuperable o no, de los días de asuntos propios. Y es entonces cuando emerge el criterio de los tribunales, que, al contrario de lo que sucedía en el caso de los permisos retribuidos del art. 37.3 Del ET, sitúa los días de asuntos propios fuera de la categoría del “tiempo de trabajo efectivo”.⁵⁷ El hecho diferencial radica en que, tal y como arguye la doctrina judicial, mientras en los supuestos contemplados en el art. 37.3 ET (ampliables, recordemos, por la negociación colectiva), la justificación del permiso retribuido es el acaecimiento de un hecho hipotético e imprevisible en un momento que, en principio, estaba previsto como de trabajo; en el caso de estas otras licencias conocidas como *días de asuntos propios* la exención del trabajo se producirá en todo caso, como en las vacaciones. De este modo, sí parece del todo coherente separar, en este sentido, a los días de asuntos propios del régimen jurídico de los permisos retribuidos.

Otra posibilidad es que el convenio colectivo, pese a no declarar expresamente este carácter no recuperable, sí dedujese de la jornada máxima anual las horas relativas al disfrute de los días de asuntos propios; en cuyo caso tampoco existiría problema alguno, pues, aun haciendo uso de todos los días de asuntos propios que tuviese reconocidos, el trabajador cumpliría con perfecta exactitud la jornada establecida. Sin embargo, para el supuesto de que, además de guardar silencio sobre el carácter, recuperable o no, de los días de trabajo efectivo, el convenio colectivo tampoco dedujese de la jornada máxima anual las horas relativas al disfrute de los días de asuntos propios, resulta necesario, de nuevo, atender al criterio de los tribunales; los cuales entienden que, cuando la jornada fijada por el convenio no dedujese las horas

⁵⁷ SSTs de 14/03/2011 (Rec. 125/2010) y 20/09/2011 (Rec. 165/2010).

relativas al día de asuntos propios, la parte de la jornada correspondiente a tal día de permiso deberá recuperarse, no computando como trabajo efectivo a efectos de la jornada máxima anual⁵⁸. Y, además, para todos aquéllos casos en que existiese confusión entre la jornada fijada anualmente y la deducción, o no, de la misma de estos días de asuntos propios, la STS de 29 de mayo de 2007 (Rec. 113/2006)⁵⁹ acude a un análisis hermenéutico de los arts. 1281 a 1289 del CC; según el cual deberá prevalecer la jornada anual establecida, en detrimento del posible cómputo del día de asuntos propios como trabajo efectivo. De manera que, en caso de que existiesen dudas sobre su carácter, el día de asuntos propios no se equiparará a tiempo de trabajo efectivo y será recuperable. Como puede constatarse, los tribunales mantienen una línea interpretativa absolutamente coherente y pacífica sobre este particular.

En fin, en su labor clarificadora, el Tribunal Supremo ha aportado un último matiz a toda esta escalera interpretativa. Y éste consiste en que, aun en el caso de que no se hubiesen deducido de la jornada máxima anual, los días de asuntos propios serán no recuperables cuando la empresa, *de facto*, les confiera tal valor; por tratarse de una condición más beneficiosa de origen tácito. De este modo, cuando la práctica sostenida y deliberada de la empresa sea la de no exigir las horas libradas por el disfrute de los días de asuntos propios, será indiferente que se hubiese declarado expresamente, o no, su carácter recuperable, o se hubiesen deducido de la jornada máxima anual. Pues, tal hábito evidenciaría, a la luz del art. 1282 del CC, que la intención de las partes era que esos días, además de retribuidos, se considerasen como jornadas efectivamente trabajadas.⁶⁰

⁵⁸ SSTs de 26/4/1995 (Rec. 3448/1993) y 26/09/2011 (Rec. 744/2011).

⁵⁹ Y, en el mismo sentido, STS 17/05/2011 (Rec. 147/2010).

⁶⁰ SSTs 16/10/2012 (Rec. 269/2011) y 09/04/2014 (Rec. 76/2013).

b) Las horas no trabajadas por impedimentos imputables al empresario y por fuerza mayor.

El supuesto contemplado en el art. 30 ET tiene también, en cierto sentido, cabida en este apartado de los periodos de inactividad computables como trabajo efectivo. Como se sabe, el precepto establece que, *si el trabajador no pudiera prestar sus servicios una vez vigente el contrato porque el empresario se retrasare en darle trabajo por impedimentos imputables al mismo y no al trabajador, éste conservará el derecho a su salario, sin que pueda hacersele compensar el que perdió con otro trabajo realizado en otro tiempo.*

Así pues, cuando el trabajador no pudiese cumplir su obligación de prestar servicios fruto de un impedimento imputable al empresario, se romperá, análogamente a lo ya expuesto para los permisos, el sinalagma contractual. Y el precepto establece explícitamente el carácter no recuperable de las horas así perdidas, por lo que las mismas computarán de cara al cálculo de la jornada efectivamente realizada por el trabajador.

Con todo, a pesar de la identidad de consecuencias entre los anteriormente examinados permisos retribuidos y estas horas no trabajadas por impedimentos imputables al empresario, ambos supuestos cuentan con destacables diferencias. En primer lugar, que, como se sabe, mientras en un permiso retribuido el trabajador se encuentra absolutamente abstraído de su obligación laboral, en el caso de la imposibilidad de prestar servicios recogido en el art. 30 del ET sí puede verse obligado a permanecer a disposición del empresario en tanto en cuanto se supera el impedimento en cuestión. Y además, el fundamento que motiva estas excepcionales figuras es sustancialmente diferente, pues los permisos retribuidos constituyen una institución típica del principio "*favor laboratoris*", que busca la salvaguarda de

determinados bienes jurídicos; mientras que en el caso de la imposibilidad se está aplicando el principio del “riesgo de empresa”⁶¹.

El único aspecto que plantea verdaderas dudas en relación a este precepto es cuándo deberá entenderse que el impedimento en cuestión es imputable al empresario, tal y como se exige, y, por tanto, no podrá requerirse al trabajador la recuperación de las horas no trabajadas. En principio, no cabe duda de que, cuando el trabajador no pudiese prestar servicios por una interrupción que tuviese su origen en la propia organización de la empresa⁶², conservará su derecho al salario y no le será exigible recuperar esas horas dejadas de trabajar; pues en tales supuestos se entenderá que la imposibilidad de prestar servicios le es claramente imputable al empresario.

Sin embargo, cuando los hechos en los que trae causa la imposibilidad de prestar servicios fuesen identificables como *fuerza mayor*, el análisis no resulta, ya, tan sencillo. Como se sabe, el concepto de fuerza mayor abarca todo acontecimiento de origen externo a la organización empresarial que fuese imprevisible o, al menos, inevitable; y que, en este caso, impidiese la prestación de trabajo. Son ejemplos característicos los fenómenos naturales como incendios, inundaciones o terremotos, o los actos de la autoridad o *factum principis*; aunque también cabría identificar como causa de fuerza mayor cualquier otro acontecimiento imprevisible, insuperable o inevitable en el que no interviniese culpa alguna por parte del empresario⁶³. La cuestión es que la norma no establece qué hacer en este caso, pero, en mi opinión, una interpretación *a sensu contrario* del art. 30 del ET lleva a entender que, en el

⁶¹ ALARCÓN CARACUEL, M.R.: “La jornada ordinaria de trabajo y su distribución”, en A.A.V.V. *Tiempo de trabajo*, Albacete (Bomarzo), 2007, pág.53.

⁶² MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., GARCÍA MURCIA, J.: “Derecho del Trabajo”, 24ª Ed., Tecnos (Madrid), 2015, pág. 628.

⁶³ MORENO SOLANA, A.: “Artículo 30. Imposibilidad de la prestación.”, en A.A.V.V. *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 3ª edición, Valladolid (Lex Nova), 2014, pág. 371.

supuesto de que la imposibilidad de la prestación no sea imputable al empresario, éste sí podría exigir al trabajador la realización efectiva de las horas dejadas de trabajar.⁶⁴

No obstante, resulta absolutamente pacífico entre la doctrina científica y la jurisprudencia que el concepto de fuerza mayor debe interpretarse de manera restrictiva. Por ello, en la mayoría de los casos, los acontecimientos imposibilitantes podrán ser atribuibles, en mayor o menor grado, a la responsabilidad del empresario; lo que significa que éste ostenta una responsabilidad *cuasi* objetiva ante la imposibilidad de que el trabajador prestase servicios.⁶⁵

Llegados a este punto queda, únicamente, determinar a través de qué mecanismos podría solventarse el supuesto de que, en virtud de un hecho imposibilitante que no fuese en absoluto imputable al empresario, el trabajador no pudiese prestar servicios. En su momento, el art. 5 del RD 2001/1983⁶⁶ sí recogía un régimen específico para la recuperación de las horas no trabajadas por fuerza mayor; sin embargo, dicha norma carece ya de toda vigencia. Por tanto, en mi opinión, cabrían únicamente tres posibilidades. La primera de ellas, y la más deseable, sería que el propio convenio colectivo aplicable previese un régimen concreto para la recuperación de las horas dejadas de trabajar ante impedimentos absolutamente inimputables al empresario.⁶⁷ En su defecto, a mi juicio, también sería posible, dado el sistema vigente de

⁶⁴ En este mismo sentido: ALONSO OLEA, M: "Derecho del Trabajo", 23ª Ed., Madrid (Civitas), 2005, pág. 393, MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., GARCÍA MURCIA, J.: "Derecho...", *op. Cit.*, págs. 628-629.

⁶⁵ Así, tanto la doctrina científica como los tribunales aplican la comúnmente denominada "teoría del riesgo de empresa": ALARCÓN CARACUEL, M.R.: "La jornada...", *op. Cit.*, pág. 53, MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., GARCÍA MURCIA, J.: "Derecho...", *op. Cit.*, pág. 628, MORENO SOLANA, A.: "Artículo 30...", *op. Cit.*, págs. 370-371 y STS 20/06/1995 (Rec. 2440/1994).

⁶⁶ Art. 5 del RD 2001/1983: *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, podrán recuperarse a razón de una hora diaria, como máximo en los días laborables siguientes. Con carácter previo, el empresario deberá comunicar a los representantes de los trabajadores la causa concreta invocada para proceder a tal recuperación. Tal comunicación deberá efectuarse asimismo a la Inspección de Trabajo.*

⁶⁷ Efectivamente, sería del todo válido (y de hecho deseable) que en la negociación colectiva se previese tal eventualidad; posibilidad que queda avalada por el propio TS: STS 20/06/1995 (Rec. 2440/1994).

distribución irregular y flexible del tiempo de trabajo⁶⁸, solventar esta situación generando una *bolsa de horas* durante la persistencia del acontecimiento imposibilitante que se recuperarían posteriormente, conforme a los límites propios de la distribución irregular de la jornada. Y, finalmente, la última posibilidad, más traumática que las anteriores, sería, directamente, suspender la relación laboral por causa de fuerza mayor, de acuerdo al art. 47.3 del ET.

5. Tiempo de descanso.

Dentro de la regulación legal del tiempo de trabajo encontramos, por último, una serie de periodos previstos para que el trabajador descanse de los esfuerzos realizados, se evada del trabajo y se dedique a la atención de su vida privada y familiar. Con lo que se da cumplimiento del mandato constitucional de garantizar el descanso necesario contenido en el art. 40.2 CE, así como de la directiva comunitaria 2003/88.

Así, resulta necesario aclarar qué carácter ostentan, en relación al cómputo de la jornada y la estimación del “trabajo efectivo”, los descansos retribuidos y no recuperables que, cíclicamente, disfruta el trabajador: el descanso semanal, los días festivos y las vacaciones anuales.

Tal y como se desprende de todo lo anteriormente expuesto, estos periodos de descanso no cumplen ninguno de los requisitos exigidos para catalogar un determinado espacio temporal como “trabajo efectivo”. Así, si tenemos en cuenta que el art. 34.1 del ET fija la jornada máxima en función de las horas de trabajo efectivo, resulta obvio que dichos descansos, pese a ser retribuidos y no recuperables, no computan de cara a los máximos previstos para la jornada laboral.

Esta diferencia de trato entre los permisos retribuidos del art. 37.3 del ET (que, recuérdese, sí se consideraban como efectivamente trabajados a efectos de calcular la

⁶⁸ Aspecto que será desarrollado con todo detenimiento durante el capítulo correspondiente a la jornada ordinaria.

jornada máxima) y estos descansos radica, en la justificación de unos y otros. En efecto, mientras los descansos periódicos se encuentran programados desde un inicio en el calendario laboral, los permisos retribuidos son fruto de un acontecimiento excepcional e imprevisible, al menos hasta cierto punto, como el matrimonio, el nacimiento de un hijo o el fallecimiento de un familiar. De este modo, la diferencia esencial estriba en que el periodo durante el que el trabajador está en situación de permiso retribuido (o a la espera de retomar la actividad tras un impedimento imputable al empresario) era tiempo que, en principio, estaba fijado como de trabajo; mientras que en los descansos periódicos la prestación no es debida, y su acaecimiento es absolutamente cierto⁶⁹.

En fin, resulta destacable, respecto del presunto carácter retribuido del descanso semanal, fiestas y vacaciones, aquella postura doctrinal que rechaza la base de dicha concepción. Según ésta, el carácter retribuido de estos periodos de descanso no es sino una mistificación, si bien sostenida por la práctica totalidad de Constituciones y textos internacionales. Pero, en realidad, se trata de un tiempo no vendido o no contratado; pues lo verdaderamente vendido y retribuido es el número de horas al año que efectivamente se trabajen y dicha retribución resultará de dividir entre tal número de horas el montante dinerario anual. De esta forma, lo que ocurre es, simplemente, que dichos descansos son tiempos previstos por el legislador o el convenio como “no trabajables”; de suerte que, en aplicación del espíritu limitador de la autonomía individual que impregna todo el derecho laboral, el trabajador no podrá “vender trabajo” en tales periodos⁷⁰.

Sirviéndonos de esta tesis, podemos ahondar en el razonamiento anterior y clarificar aún más las causas de que los llamados “descansos retribuidos” y los permisos retribuidos tengan distintos efectos en términos de trabajo efectivo. Al hilo de lo que postula su autor, la diferencia primaria entre ambas figuras jurídicas es, precisamente, que en realidad fiestas, vacaciones y descanso semanal no son propiamente

⁶⁹ ALARCÓN CARACUEL, M. R.: “La ordenación del tiempo de trabajo”, Madrid (Tecnos), 1988, pág. 96.

⁷⁰ ALARCÓN CARACUEL, M. R.: “La ordenación...”, *op. Cit.*, págs.91-110.

retribuidos; sino que se trata, meramente, de tiempo libre, no contratado y no vendido al empresario, y como tal no cabe siquiera plantearse su cómputo en términos de tiempo trabajado.

Por último, también cabría plantearse aquí qué ocurre con los descansos compensatorios de las horas extraordinarias a efectos de cómputo de la jornada. No obstante, tal y como se tratará en el capítulo correspondiente, los descansos compensatorios por las horas extraordinarias anteriormente realizadas no interfieren, en realidad, en el cálculo de la jornada máxima. En efecto, cuando, tras haber realizado unas horas de trabajo por encima de la jornada ordinaria, se descansa un número de horas equivalente dentro del horario habitual, no se está haciendo más que neutralizar un exceso de jornada anterior; y, si se observa, los parámetros cuantitativos de la jornada no se habrían, entonces, alterado lo más mínimo.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CAPÍTULO III

LA JORNADA ORDINARIA DE TRABAJO



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

III. LA JORNADA ORDINARIA DE TRABAJO.

1. Introducción. 2. Duración de la jornada ordinaria. 3. La distribución de la jornada.

1. Introducción

Una vez sentada la diferencia entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso, es momento de examinar cómo se articula y qué límites encuentra el tiempo de trabajo efectivo; esto es, la jornada de trabajo en sentido estricto.

Es un lugar común afirmar que la jornada de trabajo se erige como uno de los pilares fundamentales sobre los que se asienta la propia esencia de la relación laboral. Como se sabe, el contrato de trabajo presenta una importante particularidad respecto al común de los contratos de naturaleza privada: mientras lo general en cualquier contrato privado es que la causa y el objeto tengan una relación directa (siendo éste una concreción de aquélla), en el contrato de trabajo se produce una disociación de la causa y el objeto. En efecto, si se observa, el verdadero motivo que impulsa a las partes al concierto de la relación laboral es la cesión remunerada de los frutos del trabajo; pero el objeto de la relación no son esos frutos, adquiridos *ab initio* por el empresario a cambio de una remuneración, sino el trabajo en sí. Es éste el que se regula y retribuye, ya que se trata de un elemento cierto y fijo, a diferencia de los frutos.⁷¹ Pues bien, este servicio a cargo del trabajador, y que constituye el objeto mismo de la relación laboral, se traduce en aquélla cantidad de tiempo que éste “vende” o pone a disposición del empresario. Y a dicha cantidad de tiempo, estructurada en diversos módulos de cómputo, se le denomina jornada de trabajo. Ello obstante, y aun a riesgo de caer en la evidencia, conviene señalar que no debe pensarse en esta cantidad de tiempo como una obligación vacía en sí misma de

⁷¹ ALARCÓN CARACUEL, M.R.: “La ordenación...”, *op. Cit.*, págs. 64-70 y “La jornada...”, *op. cit.*, págs. 37-39.

contenido, pues lo que el trabajador debe al empresario no es el tiempo de trabajo como tal, sino el trabajo prestado durante dicho tiempo.⁷²

Partiendo de esta base, puede definirse la jornada de trabajo como el tiempo que en cada día, semana, año o parámetro temporal de que se trate, se dedica por parte del trabajador a la ejecución del contrato de trabajo⁷³; o bien, el tiempo de trabajo a lo largo de una unidad cronológica convencional⁷⁴.

A lo largo de los siguientes apartados se analizarán las dos esferas que conforman la jornada ordinaria de trabajo: por un lado, el *quantum* de la jornada, el montante cuantitativo de horas durante las que se prestan servicios (la vertiente cuantitativa) y, por otro, la colocación a lo largo del año de todas las horas durante las que el trabajador prestará sus servicios (la vertiente cualitativa de la jornada). De esta forma, puede observarse que ambas vertientes de la jornada están indisolublemente unidas, pues pueden considerarse planos interdependientes entre sí.⁷⁵

2. Duración de la jornada ordinaria.

a) La jornada máxima.

Desde sus orígenes históricos, una de las características definitorias del Derecho del Trabajo como disciplina autónoma ha sido la limitación de la autonomía de las partes del contrato en lo tocante al tiempo de trabajo.⁷⁶ De ello son fieles muestras, por

⁷² ALONSO OLEA, M.: “La jornada...”, *op. Cit.*, pág. 77.

⁷³ ROQUETA BUJ, R.: “La jornada...”, *op. Cit.*, pág. 47.

⁷⁴ SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Artículo 34. Jornada”, en A.A.V.V. *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Cizur Menor (Navarra) (Aranzadi), 2010, pág. 378.

⁷⁵ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: “Significación del tiempo de trabajo, fuentes reguladoras y dinámica de la negociación colectiva”, en *Relaciones Laborales*, I 1999, pág. 313.

⁷⁶ En efecto, puede afirmarse que las limitaciones legislativas en materia de ordenación del tiempo de trabajo son, en todos los países, las primeras expresiones del derecho del trabajo como disciplina protectora de la persona del trabajador: CARINCI, F., DE LUCA TAMAJO, R., TOSI, P., TREU, T.: “Diritto del lavoro, il rapporto di lavoro subordinato”, 7ª edizione, Lavis, Trento (UTET), 2011, pág. 180.

poner un ejemplo, la Ley Benot, de 1873, o el Convenio 1 de la OIT, de 1919, sobre las horas de trabajo en la industria; que tienen por objeto, precisamente, acotar la cantidad de trabajo, medido en tiempo, que el trabajador podrá vender al empresario.

En línea con tales antecedentes, el panorama legal actual refleja un notable interés en todo lo referido a la jornada de trabajo y, de manera muy especial, en el establecimiento de límites cuantitativos a la prestación de servicios a cargo del trabajador; esto es, en la jornada máxima de trabajo. Tan es así, que se llega a afirmar que la jornada máxima legal es, junto al salario mínimo interprofesional, una de las instituciones clave del Derecho del Trabajo⁷⁷.

Así, la jornada máxima opera como una frontera para la empresa, en el sentido de que viene a limitar el número de horas que un trabajador puede poner a disposición de un mismo empresario. Sin embargo, el trabajador, por su parte, tiene plena libertad para decidir en qué emplea su propio tiempo e incluso, en virtud del art. 35 de la CE, puede perfectamente trabajar para otro empresario⁷⁸. Aparece así la figura del *pluriempleo*⁷⁹, situación en la que una misma persona celebra distintos contratos de trabajo con distintos empresarios; pues un trabajador podrá desarrollar cuantas prestaciones de servicios considere oportunas y sea capaz de soportar⁸⁰, siempre que respecto a cada una de esas relaciones no se superen los límites previstos en materia de jornada.

⁷⁷ Hasta el punto de que se llega a afirmar, incluso, que su desaparición implicaría la propia muerte de esta disciplina como tal: ALARCÓN CARACUEL, M.R.: "La jornada...", *op. Cit.*, pág. 40.

⁷⁸ CABEZA PEREIRO, J. [et al.]: "La ordenación...", *op. Cit.*, pág. 67.

⁷⁹ También cabría hablar de *pluriactividad*, supuesto en el que el trabajador por cuenta ajena, fuera de su jornada laboral, realiza una actividad por cuenta propia. *Pluriempleo* y *pluriactividad* son dos conceptos provenientes de la Seguridad Social. *Pluriempleo*, por su parte, hace referencia a la situación en que se encuentra aquel trabajador por cuenta ajena que presta sus servicios profesionales a dos o más empresarios distintos y en actividades que den lugar a su alta obligatoria en un mismo Régimen de la Seguridad Social. En cambio, el término *pluriactividad*, por la suya, se refiere la situación del trabajador por cuenta propia y/o ajena cuyas actividades dan lugar a su alta obligatoria en dos o más Regímenes distintos del Sistema de la Seguridad Social.

⁸⁰ A salvo de los trabajadores menores de dieciocho años que, tal y como se verá, no pueden trabajar más allá de los máximos legales aunque sea para distintos empresarios.

Respecto a su régimen jurídico, la jornada máxima fluye a través de un sistema normativo estructurado en distintas esferas. En primer término, debe atenderse a la Constitución; que en su art. 40 incide en esta materia al conminar a los poderes públicos a que velen por la seguridad en el trabajo y garanticen el descanso necesario. Y no cabe duda de que el cumplimiento de dichos objetivos requiere, necesariamente, establecer límites máximos a la duración de la jornada de trabajo.

Lo cual nos lleva, ya en un plano más concreto, al ordenamiento comunitario y al interno, arrojándose éste las directrices de aquél; que han venido a cristalizar ese genérico objetivo de limitar la deuda de trabajo que, en términos cuantitativos, puede asumir el trabajador. A nivel comunitario, la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo desarrolla las disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo en materia de ordenación del tiempo de trabajo que los Estados miembros deberán incorporar, mediante la pertinente transposición, a su legislación interna. Y, por su parte, el ordenamiento español recoge los términos cuantitativos de la jornada ordinaria de trabajo, principalmente, en el art. 34 del ET.

En este punto conviene diferenciar entre la duración máxima de la jornada y el módulo para computar dicha jornada⁸¹. Como se sabe, toda la regulación de la jornada laboral se estructura en torno a parámetros temporales de ciclo creciente; en términos generales: el día, la semana y el año. En efecto, cuando el art. 34 fija la jornada máxima ordinaria en cuarenta horas semanales en cómputo anual, ya, de entrada, recoge dos parámetros, la semana y el año; y a éstos habría que sumar el día, por ser el otro parámetro temporal sobre el que se establecen límites máximos y tiempos de descanso mínimos. En consecuencia, el análisis de la duración de la jornada vendrá referido a esos módulos diario, semanal o anual; ya que habrá una jornada máxima para cada uno de dichos parámetros temporales. Por tanto, la estructura lógica de este apartado seguirá esa pauta; y se estudiará progresivamente la duración de la jornada diaria, la semanal y, finalmente, la anual.

⁸¹ VALDÉS DAL-RE, F.: "Jornada...", *op. Cit.*, pág. 266.

b) Duración de la jornada diaria.

El primer módulo temporal al que atender en el análisis de la duración de la jornada es el día. De hecho, desde un punto de vista histórico, el día fue inicialmente la única medida temporal de referencia para fijar la duración de la jornada. Así, en los albores del Derecho del Trabajo como realidad jurídica y social, el límite de la jornada de trabajo coincide, de manera exclusiva, con el número máximo de horas durante las que cada día el trabajador presta sus servicios en favor del empresario.⁸² Ciertamente, fijar la duración de la jornada atendiendo en exclusiva al módulo diario resulta, hoy en día, completamente anacrónico⁸³.

En efecto, distintos factores han provocado que en la actualidad el módulo diario se muestre insuficiente para contener, por sí solo, todo el abanico de circunstancias que intervienen en la ordenación del tiempo de trabajo⁸⁴. La aparición generalizada del descanso semanal o las vacaciones, así como las necesidades empresariales de distribuir irregularmente el tiempo de trabajo para adecuar la utilización de sus recursos humanos a un mercado cada vez más fluctuante, determinaron que a nivel jurídico se recurriese a módulos temporales de ciclo más amplio: la jornada semanal y la jornada anual. Así, en la actualidad, estos otros parámetros temporales de mayor duración, combinados con la propia jornada diaria, permiten que la estructura general del tiempo de trabajo sea capaz de sustentar todas las tensiones y necesidades, tanto individuales y sociales como empresariales, que inciden en esta condición de la relación laboral.

La duración de la jornada diaria viene referida en el art. 34.3 del ET, precepto que establece que el número de horas ordinarias de trabajo efectivo no podrá ser superior a nueve diarias. Por tanto, la duración de la jornada diaria no podrá exceder, en

⁸² Véase la reivindicación de “los tres ochos” de los mártires de Chicago: ocho horas de trabajo, ocho de descanso y ocho destinadas al desarrollo integral de la personalidad.

⁸³ En este mismo sentido: ALARCÓN CARACUEL, M.R.: “La ordenación...”, *op. Cit.*, págs. 86 y ss.

⁸⁴ Véase: CABEZA PEREIRO, J. [et al.]: “La ordenación del tiempo de trabajo”, Santiago de Compostela (CGRL), 2004, pág. 68.

principio, de dicho tope cuantitativo. El establecimiento de este límite directo a la jornada diaria resulta singular, ya que en la normativa comunitaria de aplicación no existe un precepto equivalente; sino que sólo limita la jornada diaria de un modo indirecto a través del descanso diario.⁸⁵ De esta forma, el ET resulta más garantista a la hora de proteger la salud y seguridad del trabajador en materia de tiempo de trabajo. La Directiva 2003/88 limita la jornada diaria sólo de manera indirecta, a través del descanso mínimo entre jornadas (art. 3). Mientras tanto, el ET desarrolla un sistema de exclusiones a la hora de velar por el trabajador en materia de jornada diaria: en primer lugar, un límite directo consistente en un máximo diario de nueve horas de trabajo efectivo y, a continuación, un límite indirecto, el del descanso inter-jornadas, que supondrá la necesidad de que entre dos jornadas sucesivas de trabajo medien doce horas de descanso.

El primero de estos límites, el tope máximo de nueve horas diarias de trabajo, resulta absolutamente inquebrantable para la autonomía individual en el contrato de trabajo, pero ostenta naturaleza dispositiva para la negociación colectiva. Así, en sede convencional puede establecerse un límite de horas diarias inferior al legal, como resulta obvio y adecuado al principio de norma más favorable; pero también podrá implantarse una jornada diaria de duración superior a esas nueve horas.⁸⁶ Sin embargo, aun en caso de que colectivamente se disponga del tope de las nueve horas diarias, la duración máxima de la jornada diaria quedará indirectamente limitada por el descanso entre jornadas; que el propio art. 34.3 ET fija en doce horas entre el final de

⁸⁵ Haciéndose eco de esta imposibilidad para contrastar la normativa interna y la directiva comunitaria: MONREAL BRINGSVAERD, E.: "La jornada...", *op. Cit.*, pág. 100.

⁸⁶ Cabe reseñar que esta posibilidad abierta a la negociación colectiva de disponer del límite diario de nueve horas supuso una importante novedad de la reforma del ET operada por la Ley 11/1994. Con anterioridad a la entrada en vigor de dicha norma, el originario artículo 34.2 del ET de 1980 establecía, en su párrafo 4º, un límite a la duración de la jornada diaria cuantitativamente idéntico al vigente (nueve horas), pero con una diferencia cualitativa sustancial: dicho tope resultaba absolutamente indisponible tanto para la autonomía individual como para la colectiva. Como se ve, con la citada reforma, este precepto pasó de conformar una norma de derecho necesario a ostentar, en el sentido ya analizado, una naturaleza parcialmente dispositiva [ALFONSO MELLADO, C. L., GARCÍA ORTEGA, J.: "Jornada y ordenación del tiempo de trabajo", Valencia (Tirant lo Blanch), 1994, pág. 31]. Así, el límite diario de nueve horas de trabajo constituye una norma half mandatory, o supletoria, para la negociación colectiva; lo cual instaura una relación de supletoriedad entre la Ley y el convenio colectivo [MONREAL BRINGSVAERD, E.: "La jornada...", *op. Cit.*, pág. 102].

una jornada y el comienzo de la siguiente. Porque, a diferencia de lo que ocurre con el límite directo de las nueve horas, este otro límite indirecto del descanso entre jornadas ostenta naturaleza de derecho necesario relativo (tanto de cara a la autonomía individual, como de cara a la colectiva) y en ningún caso podrá ser objeto de minoración.

De esta forma, la norma instaura una regulación de la duración máxima de la jornada diaria que despliega plenos efectos y ostenta una aplicabilidad directa. Pero al mismo tiempo faculta a la negociación colectiva a establecer un régimen cuantitativo de la jornada diaria diferente, que, eso sí, quedará siempre limitado de manera indirecta por el necesario respeto al descanso entre jornadas.

En este punto se hace necesario ahondar en la cuestión de cuál es la fuente colectiva habilitada para disponer de la previsión legal de las nueve horas diarias de trabajo. Como se sabe, la Ley prevé que se inaplique el límite cuantitativo de la jornada diaria cuando así se establezca por convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores.⁸⁷ El tenor literal del precepto, cuando utiliza la expresión “en su defecto”, conduce a concluir que la relación operativa que existe entre las dos vías de negociación colectiva mencionadas es de subsidiariedad. De este modo, el acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores para eludir la aplicación directa de la norma sólo tendrá cabida cuando el convenio colectivo guarde silencio, o bien, remita expresamente la regulación cuantitativa de la jornada diaria al propio acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. Es más, no parece que éste pueda tener lugar, ni

⁸⁷ Pese a que se ha planteado la posibilidad de extender las previsiones referidas al acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores a ámbitos funcionales inferiores, como el pacto de centro de trabajo, no parece que ello sea posible: ALBIOL MONTESINOS, I: “Los acuerdos de empresa”, en A.A.V.V. *Estructura de la negociación colectiva*, Madrid (Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales), 1996, págs. 86 y 87; en contra: MONREAL BRINGSVAERD, E.: “La jornada...”, *op. Cit.*, pág. 101.

En mi opinión, sí cabría un pacto a nivel de centro de trabajo que estableciese una jornada diaria de duración superior a las nueve horas, pero sólo cuando el convenio colectivo o el acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores lo habilitase a ello de una manera expresa. De esta forma, en realidad, la legitimación de tal medida sí partiría de la fuente negocial que prevé la Ley: el convenio colectivo o, en su defecto, el acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

siquiera, cuando el convenio colectivo reproduzca sin mayor especialidad el límite de las nueve horas diarias que fija la Ley.⁸⁸ Y, por lo tanto, siempre que el convenio colectivo implante una duración concreta de la jornada diaria (ya sea esta inferior, igual o superior a las nueve horas previstas en la Ley), no tendrá cabida el pacto de empresa; pues la autosuficiencia de la norma convencional hace innecesario que el pacto de empresa la complete o desarrolle^{89 90}.

Todo este régimen general de ordenación de la jornada diaria tiene su excepción con respecto a los trabajadores menores de dieciocho años, pues para este caso concreto aparecen una serie de límites específicos. En efecto, el propio art. 34.3 del ET, en su párrafo 3º, así lo prevé que los trabajadores menores de 18 años no podrán realizar más de ocho horas diarias de trabajo efectivo, incluyendo, en su caso, el tiempo dedicado a la formación. Además, para el cómputo de este máximo diario se tiene en cuenta el tiempo trabajado para cada uno de los distintos empresarios en caso de pluriempleo, de manera que dicha suma no podrá superar nunca las referidas ocho horas diarias. Por ello, el empresario que contrate a un trabajador menor de dieciocho años deberá vigilar no sólo el cumplimiento de los límites en materia de jornada respecto al tiempo trabajado en su propia empresa, sino que también deberá

⁸⁸ CABEZA PEREIRO, J. [et al.]: "La ordenación...", *op. Cit.*, págs. 68 y 69; ALFONSO MELLADO, C. L., GARCÍA ORTEGA, J.: "Jornada...", *op. Cit.*, pág. 32.

⁸⁹ MONREAL BRINGSVAERD, E.: "La jornada...", *op. Cit.*, pág. 103.

⁹⁰ Sin perjuicio de un desarrollo específico y particularizado en el epígrafe correspondiente de este capítulo, es conveniente destacar que la realidad evidencia, principalmente, dos posibilidades abiertas a la negociación colectiva a la hora de instaurar una jornada diaria de duración superior a la prevista en la ley. Por una parte, fijar una jornada diaria superior a la legal solamente para algunos días específicos de la semana (por ejemplo, once horas de trabajo los lunes y viernes) que se viese compensada con una jornada inferior en el resto (seis horas los martes, miércoles y jueves). Con ello, se establecería una distribución irregular de la jornada a lo largo de la semana (o lo que es lo mismo, una jornada semanal irregular), según la cual no todos los días de la semana se trabaja el mismo número de horas. Y, por otro lado, resulta también relativamente frecuente que el convenio colectivo o acuerdo de empresa prevea un posible incremento de la duración de la jornada diaria cuando se den una serie de circunstancias determinadas, sin que ello suponga, tampoco en este caso, un aumento de la jornada semanal en términos cuantitativos. Aquí nos encontraríamos ante una jornada semanal irregular y, además, flexible.

averiguar si el trabajador está pluriempleado; en cuyo caso deberá informarse de la jornada que desempeña en cualesquiera otras empresas.⁹¹

Todo ello diferencia a los menores de dieciocho años del resto de trabajadores, habida cuenta de que fuera de este colectivo particular los límites de jornada juegan únicamente frente a un empresario concreto. El fundamento de esta diferenciación se halla en la Directiva 94/33/CE relativa a la protección de jóvenes en el trabajo. En ella, el Consejo de la Unión Europea insta a los Estados miembros a adaptar las condiciones de trabajo a las particulares circunstancias de los jóvenes, con especial atención a cuestiones de seguridad y salud, así como a la duración del trabajo y los descansos. Y entre las medidas exigidas, concretamente en el art. 8.2, se requiere a los Estados miembros que limiten la jornada de los adolescentes⁹² a ocho horas diarias y cuarenta semanales.

Por último, es preciso hacer referencia, también, al RD 1561/1995 sobre jornadas especiales de trabajo, pues en él se establecen límites específicos a la duración de la jornada diaria para determinados sectores y trabajos. Así, se prevén jornadas máximas diarias de hasta doce horas para los guardas y vigilantes no ferroviarios⁹³; para las labores agrícolas, forestales y pecuarias⁹⁴; o con carácter general, para los transportes

⁹¹ CABEZA PEREIRO, J. [et al.]: "La ordenación...", *op. Cit.*, pág.71.

⁹² El art. 3 c) de la propia Directiva 94/33/CE define como "adolescente" a todo joven de quince años como mínimo, pero menor de dieciocho años, que ya no esté sujeto a la escolaridad obligatoria a tiempo completo impuesta por la legislación nacional.

⁹³ Art. 4 del RD 1561/1995: 1. El tiempo de trabajo de los guardas o vigilantes no ferroviarios que, sin exigírseles una vigilancia constante, tengan asignado el cuidado de una zona limitada en la que exista un lugar destinado a que puedan descansar en condiciones adecuadas, podrá extenderse durante un período de tiempo diario de duración no superior a doce horas. 2. Resultarán de aplicación a los trabajadores a que se refiere este artículo las disposiciones especiales en materia de descansos durante la jornada laboral, entre jornadas y semanal previstas en el artículo anterior.

⁹⁴ Art. 5 RD del 1561/1995: 1. La distribución y modalidades de cómputo de la jornada de trabajo en las labores agrícolas, forestales y pecuarias 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. 2. En las labores agrícolas, 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, podrá ampliarse la jornada hasta un máximo de veinte horas semanales, sin que la jornada diaria pueda exceder de doce horas de trabajo efectivo. Las horas de exceso que se realicen sobre la jornada

y trabajo en el mar⁹⁵. Por contra también se prevén jornadas máximas diarias inferiores a la establecida de manera genérica por el art. 34.3 del ET: es el caso de los trabajos en el campo⁹⁶ y el interior de las minas⁹⁷ cuando concurren circunstancias de

ordinaria pactada conforme a lo dispuesto en el artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores se compensarán o abonarán según lo establecido en el apartado 1 del artículo 35 de dicha Ley. 3. Los trabajadores a que se refieren los apartados anteriores deberán 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 apartado 3 del artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores por períodos de hasta cuatro semanas. Del mismo modo, podrá acumularse por períodos de hasta cuatro semanas el medio día del descanso semanal previsto en el apartado 1 del artículo 37 de la Ley citada, o separarse respecto del correspondiente al día completo para su disfrute en otro día de la semana.

⁹⁵ Art. 8 del RD 1561/1995: 1. Para el cómputo de la jornada en los diferentes sectores del transporte y en el trabajo en el mar se distinguirá entre tiempo de trabajo efectivo y tiempo de presencia. Se considerará en todo caso tiempo de trabajo efectivo 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. Se considerará tiempo de presencia aquel en el que el trabajador se encuentre a disposición del empresario sin prestar trabajo efectivo, por razones de espera, expectativas, servicios de guardia, viajes sin servicio, averías, comidas en ruta u otras similares. En los convenios colectivos se determinarán en cada caso los supuestos concretos conceptuales como tiempo de presencia. 2. Serán de aplicación al tiempo de trabajo efectivo la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo prevista en el artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores y los límites establecidos para las horas extraordinarias en su artículo 35. Los trabajadores no podrán realizar una jornada diaria total superior a doce horas, incluidas, en su caso, las horas extraordinarias. 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.

⁹⁶ Art. 24 del RD 1561/1995: 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 seis horas y veinte minutos diarios y treinta y ocho 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 seis horas diarias y treinta y seis semanales de trabajo efectivo. En los convenios colectivos se podrá acordar la determinación de tales faenas en zonas concretas, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 23 de este Real Decreto.

⁹⁷ Art. 25 del RD 1561/1995: 1. En los trabajos de interior en minas, la duración de la jornada será de treinta y cinco horas de trabajo efectivo semanal, sin perjuicio de que en la negociación colectiva puedan 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 a bocamina de los primeros que salgan, salvo que a través de la negociación colectiva se estableciere otro sistema de cómputo. El cómputo del descanso intermedio en jornadas continuadas se regirá por lo previsto en el artículo 34.4 del Estatuto de los Trabajadores. 2. La jornada de trabajo subterránea se verá reducida a seis horas diarias cuando concurren circunstancias de especial

especial penosidad, en los que la jornada diaria no podrá exceder de seis horas y media y seis horas respectivamente.

c) Duración de la jornada semanal.

El segundo módulo o parámetro temporal para el cómputo de la jornada, por orden de extensión, es la semana. Resulta evidente que, debido factores productivos u organizativos, la empresa puede verse interesada en establecer jornadas diarias de duración superior a la habitual que se compensen con otras jornadas diarias de duración inferior; lo cual obliga a contemplar un ciclo temporal de referencia lo suficientemente amplio como para efectuar esa compensación entre los días que se realizan más horas de trabajo y los que se realizan menos⁹⁸. De este modo, como respuesta a la necesidad empresarial de manejar un ciclo temporal superior al diario para distribuir irregularmente el tiempo de trabajo, aparece la jornada semanal.

No obstante, al igual que sucede con la jornada diaria, resulta necesario fijar límites cuantitativos a esa jornada de trabajo semanal. A este respecto, la Directiva 2003/88/CE, que establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo, dispone que la duración media del trabajo no deberá exceder de cuarenta y ocho horas, incluidas las horas extraordinarias, por cada periodo de siete días. Y el periodo de referencia para computar esa duración media

penosidad, derivadas de condiciones anormales de temperatura o humedad o como consecuencia del esfuerzo suplementario derivado de la posición inhabitual del cuerpo al trabajar. 3. En las labores de interior en que el personal haya de realizar el trabajo completamente mojado desde el principio de la jornada, esta será de cinco horas como máximo. Si la situación comenzase con posterioridad a las dos horas del inicio de la jornada, la duración de esta no excederá de seis horas. 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. 4. 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.

⁹⁸ Véase: ALARCÓN CARACUEL, M.R.: "La ordenación...", *op. Cit.*, pág. 88.

será de cuatro meses, según el art. 16 de la propia Directiva. En síntesis, el texto comunitario establece una jornada máxima semanal de cuarenta y ocho horas de media en cómputo cuatrimestral, para la que computarán tanto las horas ordinarias como las extraordinarias.

La transposición de la norma comunitaria se lleva a cabo en el ordenamiento interno español a través del art. 34 del ET, concretamente en sus puntos 1 y 2. En su punto 1, el art. 34 del ET fija la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo en cuarenta horas semanales de promedio en cómputo anual. Y, por su parte, el punto 2 prevé que, mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se podrá establecer una distribución irregular de la jornada a lo largo del año. Con lo que, en realidad, el art. 34.2 ET viene a dispositivizar la distribución prevista por el art. 34.1 ET.⁹⁹

Este primer acercamiento, siquiera superficial, a la normativa interna revela, ya de inicio, dos importantes carencias técnicas en la transposición de la Directiva comunitaria. En efecto, mientras la Directiva fija una duración media de la jornada semanal dentro de un periodo de referencia cuatrimestral, el ET utiliza un periodo de referencia mucho más amplio para promediar la duración de la jornada semanal: nada menos que el año. Pero es que, además, la Directiva fija la duración de la jornada semanal en atención a las horas ordinarias y extraordinarias, mientras el ET limita, separada e independientemente, la jornada ordinaria y la extraordinaria.

Una vez ya identificados estos desajustes técnicos en la transposición de la normativa comunitaria, es preciso analizar en profundidad el régimen de jornada semanal previsto por el art. 34 del ET, fuente normativa directa del régimen de la jornada de trabajo semanal aplicable en nuestro país. En relación a su estructura general, se afirma que la norma manante de los puntos 1 y 2 del art. 34 del ET tiene una doble naturaleza.¹⁰⁰ Por una parte, cuantifica la jornada de trabajo (cuarenta horas

⁹⁹ MONREAL BRINGSVAERD, E.: "La jornada...", *op. Cit.*, pág. 171.

¹⁰⁰ MONREAL BRINGSVAERD, E.: *ibidem*, pág. 172.

semanales de promedio en cómputo anual) y, por otra, se ocupa del régimen de su distribución. La primera vertiente ostenta naturaleza de norma mínima, de suerte que, tanto contractual como convencionalmente, sólo podrá modificarse esta norma en beneficio del trabajador, mediante la minoración del tiempo durante el que el trabajador prestará sus servicios. En cambio, respecto su segunda vertiente, la norma tiene una naturaleza supletoria o de *half mandatory* para la negociación colectiva cuando distribuye la jornada de trabajo. En efecto, en principio, fija una distribución *regular* de la jornada de trabajo que despliega plena operatividad: todas las semanas laborales se trabajarán cuarenta horas, independientemente de las horas que se trabajen cada día de esa semana laboral. Pero, paralelamente, en el 34.2, la Ley abre la puerta a que el convenio colectivo, o en su defecto, el acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, establezca una distribución irregular de la jornada a lo largo del año, de manera que unas semanas se trabajen más de cuarenta horas y otras menos. Pese a la aparente claridad del precepto, en mi opinión, el legislador no define con toda nitidez los límites que deben acotar esta herramienta de gestión del tiempo de trabajo, lo que puede dar lugar a un fenómeno que cabría denominar como *la jornada semanal extrema*.

Como se recuerda, la duración de la jornada diaria encuentra un límite directo (las nueve horas del art. 34.3 del ET) que resulta disponible para la negociación colectiva y otro tope, ahora indirecto, en el descanso de doce horas entre un día de trabajo y el siguiente, que resulta inamovible para la negociación colectiva. Y, por su parte, la duración de la jornada semanal sigue un esquema similar en este sentido: existe un límite directo (las cuarenta horas a la semana del art. 34.1 del ET) que resulta disponible para la negociación colectiva y otro indirecto, conformado por la combinación de los descansos inter-jornadas (doce horas entre el final de un día de trabajo y el siguiente) e intra-jornada (la denominada *pausa del bocadillo*) y el descanso semanal; que resultan de respeto necesario en todo caso.

La cuestión, es que las consecuencias de que a nivel colectivo se suprima únicamente el límite directo de la jornada diaria (las nueve horas diarias de trabajo) son muy

distintas a las que tendría que, además del límite directo a la jornada diaria, se suprima, también, el límite directo de la jornada semanal (las cuarenta horas semanales de trabajo efectivo). Si la negociación colectiva únicamente suprime el límite legal de las nueve horas de trabajo diario, pero no altera la duración máxima prevista legalmente para la jornada semanal, los trabajadores podrán realizar jornadas diarias de larga duración (hasta doce horas), pero serían compensadas con otras inferiores dentro de esa misma semana, pues el límite de las cuarenta horas semanales mantendría su operatividad; de modo que, a mi juicio, las condiciones de seguridad y salud derivadas de la jornada no se verían afectadas en exceso. Sin embargo, en el caso de que, además de eliminar el límite directo de la jornada diaria, se suprimiese el límite semanal de cuarenta horas, el panorama sería bien distinto porque, como se sabe, el descanso semanal puede acumularse por períodos de hasta catorce días en virtud del art. 37.1 del ET; lo que podría llegar a situar al trabajador ante una *jornada semanal extrema* que consistiría en once días de trabajo consecutivos, a razón de doce horas por día con la única pausa de quince minutos prevista por el 34.4 ET, seguidos de tres días de descanso.¹⁰¹ Situación que, ciertamente, podría llegar a ser alarmante en términos de extenuación y agotamiento físico y psíquico

Desde luego, parece difícil afirmar que una ordenación del tiempo de trabajo semejante pueda ser compatible con los principios de seguridad y salud en el trabajo que, como bien manifiesta la Directiva comunitaria, deben regir esta materia. Por ello, además de por otras razones de orden personal, familiar y social, creo que sería más que conveniente que la Ley garantizase, incluso frente a la negociación colectiva, una duración máxima de la jornada semanal a través de un límite propio, específico y absolutamente indisponible, semejante al de las doce horas de trabajo efectivo al día. Sobre todo, si se valora que los acuerdos colectivos conducentes a esta coyuntura podrían tener lugar, perfectamente, en sede empresarial, pues la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa contemplado por la vigente redacción del art. 84.2 del ET así lo permite. En fin, no parece, con todas estas condiciones y un tejido

¹⁰¹ Sobre el peligro que representa este extenuante sistema de jornada laboral: ROQUETA BUJ, R.: “La jornada...”, *op. Cit.*, pág. 69.

productivo formado eminentemente por pequeñas empresas, que la Ley sea capaz de garantizar las condiciones ideales de trabajo, a este respecto, para una gran mayoría de trabajadores de nuestro país.

Para terminar el estudio de la duración de la jornada semanal es preciso atender (como ya se hizo en relación a la jornada diaria) a las especificidades de ciertos colectivos de trabajadores. En concreto, de los menores de dieciocho años y los pertenecientes a determinados sectores de la actividad.

El ET, a diferencia de la jornada diaria, no explicita ningún límite específico para la duración de la jornada semanal de los trabajadores menores de dieciocho años. Lo cual, verdaderamente, llama la atención, pues la Directiva 94/33/CE sí exhorta, en su art. 8.2, a los Estados miembros a limitar a cuarenta las horas semanales de trabajo de los adolescentes. Sin embargo, la conjunción del límite diario del párrafo 3º del art. 34.3 ET y el descanso mínimo semanal de dos días del art. 37.1 ET¹⁰² para los menores de dieciocho años arroja, de facto, una jornada máxima semanal de cuarenta horas para estos trabajadores. En efecto, si cada día de trabajo sólo pueden prestarse ocho horas de servicios y dentro del ciclo semanal hay que disfrutar, como mínimo, de dos días ininterrumpidos de descanso semanal, a lo largo de cada semana no podrán trabajarse nunca más de cuarenta horas. De este modo, puede afirmarse que la normativa interna sí se adapta, finalmente, a los parámetros exigidos por el texto comunitario sobre esta cuestión.

En fin, el RD 1561/1995 sobre jornadas especiales también prevé especialidades respecto a la duración de la jornada semanal de determinados colectivos. Así, se permiten ampliaciones de la jornada semanal para las labores agrícolas cuando las circunstancias estacionales exijan intensificar el trabajo (hasta veinte horas semanales más, art. 5) o reducciones, como en el caso de la minería de interior (con una jornada semanal máxima de treinta y cinco horas, art. 25).

¹⁰² Que, como se sabe, a diferencia de lo que ocurre con el resto de los trabajadores, no resulta acumulable por periodos de catorce días y deberá disfrutarse siempre dentro del ciclo semanal.

d) Duración de la jornada anual.

Como se sabe, el art. 34.1 del ET establece que la duración de la jornada de trabajo será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo; sin que, en ningún caso, se superen las cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual. Como se observa, la Ley no cuantifica directamente la jornada máxima anual, sino que lo hace a través de la duración media de la jornada semanal a lo largo del propio año.

De esta manera, la Ley adiciona, tras los ya estudiados día y semana, un tercer parámetro temporal para computar la duración de la jornada ordinaria de trabajo: el año. Los factores que determinaron la aparición de este último parámetro temporal empleado en la ordenación del tiempo de trabajo son variados. Repárese, en primer lugar, en la relevancia del año como fenómeno natural, y su incidencia en el ciclo vital de las personas. O en cómo las circunstancias climáticas y culturales ligadas al curso del año condicionan la dinámica de la sociedad y las personas que la forman; lo que a su vez repercute en la economía y la actividad de las empresas y, por consiguiente, en su necesidad de atender a ciclos de duración superior a la semana para organizar la actividad de sus trabajadores.¹⁰³ Por otra parte, la generalización de un descanso de carácter anual, como son las vacaciones, también conlleva la necesidad de contemplar el periodo de tiempo durante el que se genera el derecho a disfrutar de este receso.

En cuanto a su esencia, la jornada máxima anual va más allá de ser otro parámetro temporal más, de duración superior a la jornada diaria y la jornada semanal. Como ya se ha dicho, la duración tanto de la jornada diaria como de la semanal puede ser objeto de disposición dentro de ciertos límites y condiciones. Sin embargo, cuando se suprime el límite que en principio fija la Ley para estos parámetros temporales, los aumentos de jornada diaria y semanal deberán ser siempre compensados,

¹⁰³ ALARCÓN CARACUEL, M.R.: “La ordenación...”, *op. Cit.*, pág. 88: dado que la esencia del módulo semanal no es otra que posibilitar la distribución irregular del tiempo de trabajo diario, compensando jornadas diarias más largas con otras más cortas, esa misma lógica llevaba a la necesaria posibilidad de realizar esas compensaciones en ciclos más largos y, consiguientemente, a referir la jornada a módulos también más amplios.

posteriormente con una reducción equivalente del tiempo trabajado en exceso; de forma que, lo que en realidad se produce es una distribución irregular de la jornada de trabajo, no un verdadero aumento del tiempo de trabajo en términos globales. Así, los incrementos de trabajo dentro del módulo diario o del semanal, con sus posteriores compensaciones, nunca repercutirán en la jornada anual establecida; que, como verdadero parámetro cuantitativo del tiempo de trabajo se mantendrá siempre incólume a estas variaciones puntuales.

Es, precisamente, por ello que la jornada máxima anual tiene una entidad sustancialmente distinta a las ya estudiadas jornada máxima diaria y semanal; de forma que podría hablarse de una *jornada máxima absoluta*, que vendría a coincidir exactamente con la duración máxima de la jornada anual. En este sentido, se ha venido a afirmar que el límite infranqueable o magnitud operativa de la jornada termina siendo el tiempo de trabajo anual.¹⁰⁴ Y, de esta forma, puede aseverarse que la jornada anual es el verdadero patrón que va a cuantificar el tiempo durante el que el trabajador se compromete a prestar sus servicios en favor del empresario dentro del núcleo de la relación laboral. Pero es que las implicaciones de la anualidad como periodo de referencia van incluso más allá de sus propios efectos en la jornada ordinaria de trabajo, pues el año es el factor determinante en la aparición del trabajo nocturno y las horas extraordinarias, o la fijación de las indemnizaciones en caso de despido.¹⁰⁵

No obstante, pese a esta marcada operatividad que ostenta el año como periodo de referencia en nuestro ordenamiento interno, la Directiva 2003/88/CE no maneja, apenas, el módulo anual para estructurar el cómputo de la jornada.¹⁰⁶ En concreto, los arts. 6 y 16 del texto comunitario fijan la jornada de trabajo global (esto es, ordinaria y

¹⁰⁴ SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Artículo 34...”, *op. Cit.*, pág.379.

¹⁰⁵ CABEZA PEREIRO, J. [et al.]: “La ordenación...”, *op. Cit.*, pág. 43.

¹⁰⁶ Únicamente se contempla el año de cara al devengo de las vacaciones y la posibilidad de distribuir irregularmente la jornada de trabajo cuando así se acordase colectivamente y siempre que mediasen circunstancias que así lo justificasen, tal y como se analizará profusamente en el apartado relativo a la distribución de la jornada ordinaria de trabajo.

extraordinaria) en cuarenta y ocho horas semanales de promedio en un periodo de referencia de cuatro meses. Resulta evidente, pues, la diferencia entre los esquemas seguidos por la Directiva y el ET en la cuantificación de la jornada de trabajo. Y tal disonancia en el proceso de transposición de la Directiva comunitaria ha generado diversos problemas.

En primer lugar, parece lógico pensar que la posibilidad de repartir el tiempo de trabajo en periodos de referencia tan superiores a los que prevé, en principio, la Directiva puede desamparar los principios de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo que integran el propio texto comunitario.¹⁰⁷ En segundo lugar, la inexistencia de un límite a la jornada global (es decir, un tope conjunto a la jornada ordinaria y extraordinaria) genera importantes dudas en la gestión de las horas extraordinarias. Este punto será tratado detalladamente en el apartado correspondiente.

Pero además de todo lo anterior, se aprecia un auténtico defecto de transposición de la Directiva comunitaria.¹⁰⁸ Como se ha visto, la sinergia de los arts. 6 b) y 16.6 b) de la Directiva 2003/88/CE programa una jornada máxima de trabajo de cuarenta y ocho horas en cómputo cuatrimestral. Y así, no resulta extraño que, tal y como se ha señalado ya, en virtud del art. 34 del ET pueda llegar a fijarse una jornada laboral que contraviniese los límites temporales de la Directiva¹⁰⁹: sería el caso de la jornada ordinaria distribuida irregularmente que, bien por sí sola, o bien sumada a las horas extraordinarias realizadas, arrojarase una jornada semanal global de más de cuarenta y ocho horas en cómputo cuatrimestral.

Frente a ello, puede argumentarse, y no sin fundamento, que la Directiva, en su art. 19, otorga la facultad a los Estados miembros de permitir a la negociación colectiva

¹⁰⁷ CABEZA PEREIRO, J. [et al.]: *ibidem*, pág. 43.

¹⁰⁸ Entre otros: ROQUETA BUJ, R.: "Artículo 34", en A.A.V.V. *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores 2ª edición*, Valladolid (Lex Nova), 2012, pág.363, CABEZA PEREIRO, J.: "Las fuentes...", *op. Cit.*, págs. 168 y ss.

¹⁰⁹ CABEZA PEREIRO, J. [et al.]: *ibidem*, pág. 77.

ampliar los periodos de referencia para el cómputo de la jornada hasta un máximo de doce meses. Lo cual legitimaría el esquema adoptado por el art. 34 del ET para cuantificar la jornada, por lo que gran parte de la doctrina científica conviene en que la normativa interna se ajusta a lo programado por la Directiva.¹¹⁰

Pero, si bien se mira, el párrafo 2º del art. 19, la norma comunitaria supedita el posible acuerdo colectivo para la ampliación de este periodo de referencia a que se den dos condiciones. En primer lugar, que se respeten los principios generales de protección de la seguridad y salud de los trabajadores. Y en segundo término, que para la adopción de tal medida concurren razones objetivas, técnicas u organizativas. Habida cuenta de que la facultad que confiere el art. 34.2 del ET a la negociación colectiva para distribuir irregularmente la jornada a lo largo del año es absolutamente acausal, es sobre este punto donde sí puede apreciarse un claro defecto de transposición de la Directiva comunitaria. La posibilidad que abre la Ley interna a la negociación colectiva de ampliar hasta un año el plazo de referencia para el cómputo de la duración de la jornada de trabajo no recoge ningún límite o condición, como sí exige la norma comunitaria.¹¹¹

Pero además de este, la Ley 3/2012 incorpora otro defecto de transposición respecto a este art. 19 de la Directiva, que se suma al anterior. Obsérvese que, para el citado precepto, cualquier sistema de jornada que contenga un módulo de cómputo anual debe girar en torno a un convenio colectivo o acuerdo entre interlocutores sociales que lo habilite. Pues bien, esta Ley 3/2012 establece que, en defecto de pacto colectivo sobre la distribución irregular de la jornada, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el diez por ciento de la jornada anual. Como resulta evidente, ello supone ceder al poder organizativo del empresario lo que la Directiva

¹¹⁰ Entre otros: ALFONSO MELLADO, C. L., GARCÍA ORTEGA, J.: "Jornada...", *op. Cit.*, pág. 34; MONREAL BRINGSVAERD, E.: "La jornada...", *op. Cit.*, pág.107 y SEMPERE NAVARRO, A.V.: "Artículo 34...", *op. Cit.*, pág.380.

¹¹¹ CABEZA PEREIRO, J.: "Las fuentes...", *op. Cit.*, pág. 21: Llama la atención el contraste entre el revestimiento de excepcionalidad de la Directiva y la habilitación general del ET.

sujeta al acuerdo colectivo; con consiguiente incumplimiento del mandato comunitario.¹¹²

Por todo ello, parece razonable valorar la necesidad de corregir estas deficiencias, y supeditar la distribución irregular de la jornada a la existencia de un acuerdo convencional habilitante, primero, y, además, a que se dé la referida concurrencia de causas justificadoras.

Sea como fuere, procede analizar el aspecto cuantitativo de la jornada de trabajo anual operativa en el ordenamiento interno español. Como se sabe, el párrafo 1º del art. 34.1 del ET llama a la negociación colectiva, en primer término, y al contrato de trabajo, después, para que cuantifiquen la jornada de trabajo. No obstante, a continuación, en el párrafo 2º, se fija una jornada máxima legal de cuarenta horas semanales de promedio en cómputo anual. Habida cuenta de que este precepto ostenta naturaleza de derecho necesario relativo, cualquier pacto convencional o contractual que contraviniese el límite cuantitativo fijado devendría automáticamente nulo; tal y como se desprende de los principios de norma mínima y condición más beneficiosa y confirman, también, los tribunales¹¹³.

Dada la naturaleza de la jornada de trabajo¹¹⁴, lo habitual es que los convenios colectivos se ocupen de cuantificarla. Por todo lo visto anteriormente, se comprende que la tendencia general de la negociación colectiva sea reducir la jornada máxima legal¹¹⁵; de forma que se puede hablar de una jornada máxima legal y una jornada máxima convencional, de duración inferior a la anterior¹¹⁶. Cada uno de estos dos

¹¹² En el mismo sentido: BALLESTER PASTOR, M.A.: "La flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo: jornada y distribución del tiempo de trabajo", en *Revista de Derecho Social*, nº 62, 2013, pág.77.

¹¹³ STS 28/02/2011 (Rec.4/2010).

¹¹⁴ La duración de la jornada de trabajo es una materia prototípica del convenio colectivo, siendo extraño que haya alguno en el que el tema se omita: SEMPERE NAVARRO, A.V.: "Artículo 34...", *op. Cit.*, pág. 378.

¹¹⁵ ROQUETA BUJ, R.: "La jornada...", *op. Cit.*, pág. 55.

¹¹⁶ Que suele oscilar entre mil setecientas y mil ochocientas horas al año: MONREAL BRINGSVAERD, E.: "La jornada...", *op. Cit.*, pág. 109.

conceptos tiene una esencia distinta; en tanto que la jornada máxima legal, por su parte, tiene por objeto proteger la salud y seguridad de los trabajadores en lo relativo al tiempo de trabajo y, una vez quedan ya garantizados por la Ley estos valores, la jornada máxima convencional persigue, por su parte, un aumento del valor del tiempo trabajado mediante una reducción de la cantidad de trabajo a igualdad (o, incluso, superioridad) de salario. Así, el verdadero fundamento de esta jornada máxima convencional sería, pues, discutir al empresario la magnitud de la plusvalía.¹¹⁷

Como se ha dicho, la jornada máxima legal no suele resultar operativa en tanto en cuanto lo habitual es que el convenio prevea una jornada máxima convencional inferior que será la que efectivamente se aplique. No obstante, resulta necesario aclarar alguna cuestión sobre la misma.

Ya se ha apuntado que la Ley no cuantifica directamente la jornada máxima anual, sino que lo hace a través de la duración media de la jornada semanal a lo largo del propio año. Ello no implica que no exista en la Ley un límite específico a la duración de la jornada anual, sino que resulta necesario proyectar las cuarenta horas semanales a todas las semanas que contiene un año. Si nos limitásemos a efectuar tal multiplicación, el resultado sería incorrecto, pues se estarían obviando las vacaciones y los festivos. Por tanto, para extraer la cifra adecuada de horas al año que, como máximo permitido por la Ley, un trabajador podrá poner a disposición de su empresario, será necesario extraer del cálculo el tiempo equivalente a los periodos de descanso necesario. La doctrina científica maneja de manera prácticamente pacífica la cifra de mil ochocientas veintiséis horas y veintisiete minutos¹¹⁸, sin perjuicio de que sea cierto que en función de las pautas seguidas en el cálculo el resultado pueda variar ligeramente.¹¹⁹

¹¹⁷ ALARCÓN CARACUEL, M.R.: “La jornada...”, *op. Cit.*, pags. 40 y 41.

¹¹⁸ Esta cifra aparece por vez primera en el Acuerdo Interconfederal de 1983 (BOE 1 de marzo de 1983) y en los tribunales en la STCT de 14/05/1987.

¹¹⁹ Véase: ALARCÓN CARACUEL, M.R.: “La jornada...”, *op. Cit.*, pags. 46 y 47. La fórmula empleada para llegar a las 1826 horas y 27 minutos es la siguiente: 52 semanas al año divididas entre los 12 meses da 4,33 semanas por mes. Tras restar las 4,33 semanas correspondientes a las vacaciones, otras 2 semanas

e) Las horas complementarias (a la jornada ordinaria pactada).

El establecimiento a nivel convencional de una jornada máxima de trabajo inferior a la legal podría llegar a plantear algunas dudas acerca de si las horas trabajadas más allá de dicha jornada máxima convencional, pero todavía por debajo de la jornada máxima legal, deberían considerarse como horas extraordinarias.

Como se sabe, el art. 35 del ET define la jornada extraordinaria de trabajo por contraposición a la ordinaria. En concreto, se establece que tendrán la consideración de horas extraordinarias las que se realicen sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, fijada de acuerdo con el art. 34. Dada la estructura, ya estudiada, de este último artículo, tanto la jornada fijada convencionalmente como, incluso, la acordada contractualmente actúan como presupuestos identificadores de las horas extraordinarias¹²⁰.

No obstante, no es infrecuente que la negociación colectiva (principalmente en el ámbito empresarial¹²¹) atenúe la mejora que supone una jornada máxima convencional inferior a la legal mediante la previsión de un régimen específico para las horas trabajadas por encima de dicha jornada pactada a nivel colectivo pero por debajo de la prevista legalmente¹²². Lo cual lleva a la necesidad de analizar la

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

por los 14 festivos, se obtiene el resultado de 45, 67 semanas laborales, que multiplicadas por 40 horas dan un total de 1826 horas y 27 minutos anuales de jornada máxima legal. No obstante, si se siguen otras pautas distintas en la realización de esta operación, se obtienen resultados moderadamente distintos: en este caso, el profesor Alarcón Caracuel obtiene la cifra de 1818 horas y 11 minutos.

¹²⁰ GARCÍA NINET, J.I.: "Jornada de trabajo. Horario y horas extraordinarias", Madrid (Revista de derecho privado), 1977, pág. 249. En este mismo sentido, véase la STS 18/09/2000 (Rec. 1696/1999): Además de las horas que exceden de la jornada máxima legal, también deben calificarse como horas extraordinarias las que, sin llegar a dicho límite, rebasan las jornadas máximas pactadas en convenio colectivo o contrato de trabajo. Los cánones de interpretación, tanto gramatical como finalista, apuntan en el sentido indicado y, además, la delimitación del concepto de horas extraordinarias por referencia a las horas ordinarias acordadas en los convenios colectivos es también la tónica en Derecho comparado.

¹²¹ ROQUETA BUJ, R.: "La jornada...", *op. Cit.*, pág. 62.

¹²² MONREAL BRINGSVAERD, E.: "La jornada...", *op. Cit.*, pág. 114.

problemática asociada a esta nueva categoría conceptual¹²³: las horas complementarias a la jornada ordinaria pactada.

El principal escollo en esta materia versa sobre la viabilidad, o no, de fijar un régimen retributivo inferior al de la hora ordinaria para esas horas que quedasen comprendidas entre la jornada convencional y la legal. En realidad, el problema está muy ligado al régimen de las horas extraordinarias. Como se sabe, el art. 35 ET establece que, en caso de compensarse económicamente y no por descansos equivalentes, las horas extraordinarias se retribuirán, como mínimo, en la misma cuantía que las ordinarias. Siendo ello así, cabría plantearse si la negociación colectiva podría bordear estas previsiones y establecer un régimen retributivo diferenciado para las horas que, superando la jornada ordinaria pactada en el convenio colectivo, no excediesen de los límites legales a la jornada ordinaria, asignándoles un salario inferior al de las horas trabajadas durante la jornada ordinaria pactada. No obstante, adelanto, en mi opinión, distintos argumentos conducen a pensar que, solamente en supuestos excepcionales y cuando el convenio colectivo fuese exquisitamente claro e inequívoco sobre este punto, sería posible fijar ese régimen retributivo diferenciado para las horas que se encuadrasen dentro de la jornada pactada, por un lado, y, por otro, para aquellas horas que, excediendo de dicho marco de la jornada ordinaria pactada en convenio, no llegasen a superar los límites legales a la jornada ordinaria.

La jurisprudencia ha abordado esta cuestión sólo de manera tangencial, a través del análisis del caso particular de las horas trabajadas durante las guardias de presencia física por parte del personal hospitalario. Concretamente, la STS 20/02/2007 (Rec. 3657/2005), que culmina toda una serie de Sentencias de la Sala sobre el particular, dictamina que las horas de presencia física que, sumadas a las horas ordinarias de trabajo, no superasen el umbral de la jornada máxima legal, pueden ser retribuidas en cuantía inferior a las horas ordinarias; siempre y cuando existiese una previsión

¹²³ GARCÍA DE HARO Y GOYTISOLO, R.: “Horas extraordinarias y horas complementarias”, en *Revista de Política Social*, nº 60, 1963.

expresa al respecto en el convenio colectivo aplicable.¹²⁴ Pese a las conclusiones iniciales que, ciertamente, podrían extraerse en este punto,¹²⁵ debe observarse que el pronunciamiento recae, única y exclusivamente, sobre la posibilidad de retribuir en cuantía inferior a las ordinarias las horas calificadas como de presencia física que, además, supongan un exceso de la jornada pactada pero sin que se vea afectada la jornada máxima legal. Es decir, las *horas complementarias de presencia física*.

La Sala, fundamenta su criterio en que, a diferencia de lo que ocurre con las horas extraordinarias, la especialidad de las horas de presencia o espera no es de índole temporal o cronológica, sino que viene referida a la intensidad (más baja) que las caracteriza. Y es tal diferencia en la intensidad del tiempo trabajado la que posibilita, según esta línea argumental, fijar una retribución inferior a la establecida ordinariamente para las horas de presencia que no superasen la jornada máxima legal. Como se ve, en todo momento, tanto implícita como explícitamente, la Sala parte de la distinción entre horas ordinarias, horas extraordinarias y horas de presencia; y de las consecuencias que de esa distinción se derivan en orden a la retribución de cada una de ellas. Pero en ningún caso discute que, al margen del análisis excepcional y motivado en las circunstancias particulares de las horas de presencia o espera, las horas realizadas por encima de la jornada máxima pactada colectivamente (esto es, horas complementarias) deban ser consideradas a todos los efectos como horas extraordinarias por mor del art. 35. Y, en consecuencia, sean retribuidas, al menos, en la misma cuantía que las horas ordinarias.

¹²⁴ El pronunciamiento de la Sala sobre este punto fue ya objeto de crítica en este trabajo, a razón del voto particular de la propia Sentencia y otros argumentos, dentro del apartado relativo a los tiempos de presencia y puesta a disposición, en el capítulo anterior.

¹²⁵ En efecto, es la atribución de un alcance general a esta lectura del TS la que podría llevar a entender que sí resulta perfectamente posible fijar un régimen retributivo diferenciado para las horas encuadradas dentro de la jornada ordinaria pactada en el convenio colectivo, por un lado, y, por otro, para las horas que, excediendo del marco de dicha jornada ordinaria pactada, no superasen la jornada ordinaria prevista en la Ley: ROQUETA BUJ, R.: "La jornada...", *op. Cit.*, pág. 62.

Una vez entendida en este sentido la citada línea jurisprudencial, considero que no existe argumento alguno que permita circundar la Ley; absolutamente clara y taxativa en lo relativo a las horas extraordinarias. Que, de acuerdo a los arts. 35 y 34 del ET, se identificarán con las realizadas sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de referencia; ya fuese la prevista en el convenio colectivo o, en su defecto, la fijada por el art. 34.1 en su párrafo 2º. Y, por mor del art. 35.1 no podrán ser retribuidas en cuantía inferior a la hora ordinaria.¹²⁶

Así, considero que, al margen de algún supuesto excepcional como el de la referida Sentencia¹²⁷, cuando la negociación colectiva establece una jornada ordinaria máxima inferior a la legal, todas las horas que superen dicho umbral deben ser consideradas como extraordinarias a todos los efectos¹²⁸, también retributivos; y no cabe, por tanto, fijar para ellas una compensación económica inferior al previsto con carácter general para las horas ordinarias.

Amén de que todo el análisis anterior no haga más que poner de manifiesto la necesidad de clarificar, vía legislativa, la situación jurídica de estas horas complementarias, sólo contemplo una hipótesis en la que sería posible fijar tramos retributivos diferenciados dentro de los márgenes de la jornada máxima legal. Se trataría del caso en que la negociación colectiva fijase, expresamente y con una claridad absolutamente inequívoca, no ya una jornada máxima convencional de duración inferior a la legal, sino una jornada ordinaria estructurada en dos partes o fases: una, “normal o exigible”¹²⁹ y otra, llámese, “adicional”. Si la suma de estos dos

¹²⁶ En este mismo sentido: VALDÉS DAL-RE, F.: “Jornada...”, *op. Cit.*, pág. 275 y MONREAL BRINGSVAERD, E.: “La jornada...”, *op. Cit.*, pág. 116.

¹²⁷ Como también podría ser el de las guardias médicas de presencia física realizadas por el personal sanitario. Supuesto en el que también tienen cabida los anteriores argumentos, sobre la menor intensidad del trabajo prestado en tales horas frente al “tiempo de trabajo en planta” y el efecto minoratorio que ello tiene en el salario: por todas, STS de 22/02/2006 (Rec. 3665/2004).

¹²⁸ Sobre este particular, se ha señalado que el concepto de hora complementaria o suplementaria no fue más que un intento de desvirtuar la jornada extraordinaria: DE LA VILLA GIL, L.E.: “El concepto de hora extraordinaria”, en A.A.V.V. *Estudios sobre la jornada de trabajo*, Madrid (ACARL), 1991, pág. 366.

¹²⁹ MONREAL BRINGSVAERD, E.: “La jornada...”, *op. Cit.*, pág. 115.

tramos de jornada quedase comprendida dentro de los máximos legales, el convenio colectivo podría, creo sin problemas, establecer una retribución distinta para cada uno de ellos; siempre y cuando, claro está, se respetasen los mínimos legales referidos al salario.¹³⁰

3. La distribución de la jornada.

a) El aspecto cualitativo de la jornada.

Tras el análisis cuantitativo de la jornada ordinaria de trabajo, debe estudiarse cómo esta suma de horas de servicio a cargo del trabajador se distribuye a lo largo del tiempo. En esto consiste la vertiente cualitativa de la jornada que, por su parte, representa la fijación de los momentos concretos en que se materializará la deuda de servicios a cargo del trabajador. Resulta evidente que el establecimiento de dichos momentos específicos estará directamente condicionado por la cantidad de tiempo que el trabajador comprometió en virtud del contrato de trabajo, y que ahora se reparte en esta fase *cualitativa* de la ordenación del tiempo de trabajo. Por lo que se afirma que los aspectos cuantitativo y cualitativo de la jornada están indisolublemente unidos entre sí.¹³¹

La distribución de la jornada de trabajo resulta, así, trascendental dentro del establecimiento de las distintas condiciones de trabajo; pues se trata de un punto en el que colisionan, con especial claridad, los intereses contrapuestos de las partes involucradas en la relación laboral.

Desde un lado, el empresario pretende que el sistema de distribución de la jornada sea permeable a sus necesidades productivas. Ello obliga a que dicha distribución se efectúe de manera más o menos desigual o discontinua, en función del nivel de

¹³⁰ Con un análisis similar: GARCÍA NINET, J.I., VICENTE PALACIO, A.: "Derecho del Trabajo", Pamplona (Aranzadi), 2001, pág. 508.

¹³¹ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: "Significación...", *op. Cit.*, pág. 313.

irregularidad o estacionalidad que presente cada actividad. Incluso, puede darse el caso de que la verdadera optimización de los recursos humanos en una determinada empresa dependa del grado de flexibilidad con el que la distribución de la jornada pueda reajustarse a los cambios inesperados de la demanda.

Y, por la otra parte, aparecen los intereses del trabajador relativos a esta cuestión. En realidad, la protección de las condiciones de salud e integridad física relacionadas con el tiempo trabajado viene ya garantizada, principalmente, por el aspecto cuantitativo de la jornada¹³²; por lo que los intereses del trabajador relacionados con su distribución se dirigen hacia la atención de otras necesidades, de índole personal, social y familiar. En efecto, resulta manifiesto que la certeza, previsibilidad y solidez de la jornada de trabajo inciden muy favorablemente en una organización armónica y estructurada de la vida laboral, personal, familiar y social de los trabajadores; y éstos son los términos hacia los que propende su interés en relación al aspecto cualitativo del tiempo de trabajo.

Que ello sea así, no empece a que en diversas situaciones los intereses de ambas partes pueden coincidir total o parcialmente. Para todos estos supuestos, así como para acercar, ponderar y compensar las pretensiones de las partes cuando éstas sean opuestas, la negociación colectiva se erige como la sede ideal en la que se fijen unos parámetros equilibrados para la distribución de la jornada laboral.

En otro orden de ideas, conviene señalar que esta relevancia del aspecto cualitativo de la jornada laboral ha crecido paulatinamente en los últimos tiempos, y en la actualidad es uno de los principales ejes sobre los que discurre la evolución del Derecho del Trabajo. En primer lugar, debido a los cambios experimentados en el modelo productivo, pues en la transición del *fordismo* al *toyotismo*¹³³ ha cobrado una

¹³² MONREAL BRINGSVAERD, E.: "La jornada...", *op. Cit.*, pág. 129.

¹³³ Tal y como indica: BALLESTER PASTOR, M.A.: "La flexibilidad...", *op. Cit.*, pág. 54. Dicha expresión ilustra la multitud de cambios que, desde la década de los 70, transformaron profundamente las dinámicas productivas debido a, entre otros factores, el desarrollo de las tecnologías de la información y el estudio y análisis de las demandas de los consumidores y que se diferencia, principalmente, del anterior modelo productivo de referencia (la producción lineal en cadena) en la flexibilidad en el trabajo y el aumento de la eficiencia a través de la gestión y organización del ritmo productivo.

importancia vital la optimización del tiempo de trabajo, mediante la eliminación de los tramos de jornada innecesarios o de menor eficiencia; y ello se consigue, precisamente, a través de la adaptación de ésta a las distintas necesidades productivas que se experimentan a lo largo del año y, en su caso, con los consiguientes reajustes y correcciones respecto a lo inicialmente previsto.

Pero, además de lo anterior, la distribución de la jornada es uno de los aspectos sobre los que más ha incidido el concepto de la *flexiseguridad*. Desde la originaria Directiva comunitaria 93/104/CE hasta la última reforma del ET formulada por la Ley 3/2012, se ha extendido y generalizado la idea de que la gestión flexible del tiempo de trabajo representa una alternativa preferible a otras medidas mucho más dañinas a nivel particular y general, principalmente el despido. Las mismas disposiciones de motivos de los textos legales promulgados en todo este proceso normativo lo explicitan abiertamente. Así lo hacen las más recientes reformas sobre la materia, como la propia Ley 3/2012 o el reciente RDL 16/2013. Sin embargo, se ha criticado, al respecto de estas novedades normativas, que el fomento de las medidas de flexibilidad interna como elemento sustitutivo de decisiones extintivas resulta inoperante si, como sucede en éstos casos, la flexibilidad externa se facilita y suaviza para el empresario en medida igual o superior.¹³⁴

De cualquier modo, debe subrayarse cómo este auge de la cuestión cualitativa en la ordenación del tiempo de trabajo, generalizado a nivel global y comunitario, reviste una especial trascendencia en el caso del modelo económico español, dada la idiosincrasia de nuestro contexto productivo, como se sabe, marcadamente terciarizado. En efecto, las necesidades empresariales a este respecto se manifiestan con una especial intensidad, pues la fuerte estacionalidad de gran parte de nuestra actividad económica, así como la imprevisibilidad de la demanda en muchos casos, obliga a las empresas, y por ende a los trabajadores, a recurrir asiduamente a la distribución irregular y flexible de la jornada de trabajo.

¹³⁴ BALLESTER PASTOR, M.A.: *ibidem*, pág. 55.

b) *Distribución regular e irregular de la jornada.*

En el ordenamiento jurídico español, la distribución de la jornada de trabajo, es decir, su vertiente cualitativa, queda regulada por los puntos 1 y 2 del art. 34 del ET; que, tal y como ya se ha dicho, ostenta una doble naturaleza¹³⁵. En su punto 1º, cuando el artículo fija el límite cuantitativo de la jornada ordinaria de trabajo en cuarenta horas semanales de promedio en cómputo anual, ostenta una naturaleza de norma mínima. Mientras tanto, el punto 2º de la norma, que se ocupa del régimen de distribución de la jornada de trabajo, tiene una naturaleza supletoria o de *half mandatory* para la negociación colectiva. En concreto, este último precepto abre la puerta a que el convenio colectivo o, en su defecto, el acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, establezca una distribución irregular de la jornada a lo largo del año. Pero, además, en defecto de pacto colectivo en tal sentido, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el diez por ciento de la jornada de trabajo. Este complejo panorama obliga a plasmar, ya de inicio, un esquema sobre los distintos sistemas de jornada que recoge la norma.

La literalidad de los arts. 34.1 y 34.2 del ET deja claro que la calificación de un sistema de jornada como regular o irregular depende, en exclusiva, de las horas prestadas en cada una de las semanas laborales a lo largo del año. De esta manera, será regular aquella distribución del tiempo de trabajo en la que se trabajen exactamente el mismo número de horas todas las semanas, aunque pueda haber jornadas diarias de más de nueve horas y otras de menos¹³⁶; y será irregular la que compense semanas de más horas de trabajo con otras de menos dentro del mismo año.¹³⁷

Como ya se analizó en páginas anteriores, un esquema de jornada en el que unas semanas se trabaja más horas y otras menos, quedando compensadas sus asimetrías

¹³⁵ MONREAL BRINGSVAERD, E.: *ibidem*, pág. 172.

¹³⁶ Este reparto uniforme del tiempo de trabajo a lo largo del año se ha venido a considerar como la distribución "normal" de la jornada: MONREAL BRINGSVAERD, E.: "Autonomía colectiva e iniciativa empresarial en la distribución irregular de la jornada", en *Actualidad Laboral*, Tomo 1999-2, pág. 558.

¹³⁷ MONREAL BRINGSVAERD, E.: "La jornada...", *op. Cit.*, pág. 168.

dentro del mismo año, da lugar a una *jornada anual irregular*. Se observa, pues, que la Ley identifica *distribución irregular de la jornada con distribución irregular de la jornada anual*. Ello es debido a que, como ya se dijo, la auténtica magnitud operativa de la jornada de trabajo es el año natural; lo que a su vez origina un cierto grado de magnetismo a la hora de equiparar la jornada de trabajo, en sentido abstracto y general, con la jornada anual.¹³⁸

Todo lo anterior pone de manifiesto cómo la tendencia flexibilizadora impregna tanto la Directiva comunitaria 2003/88 como el art. 34 del ET¹³⁹, provocando una ampliación paulatina de los periodos de cómputo de la jornada desde los tradicionales ciclos diario y semanal al actual módulo anual.¹⁴⁰ Así, el centro de gravedad de la jornada se desplaza de aquéllos módulos breves a uno más amplio, el año; incrementándose, sin duda alguna, las prerrogativas empresariales en el campo de la distribución irregular de la jornada, que le permitirán adecuar, así, de manera óptima, la utilización de sus recursos humanos a un mercado cada vez más fluctuante.¹⁴¹

Obsérvese que el ET no exige la concurrencia de ninguna causa justificativa específica para que llegue a aplicarse un sistema de distribución irregular de la jornada, sino que bastará que se alcance el acuerdo pertinente en el marco de la negociación colectiva; o bien que, precisamente, no se llegue a ningún tipo de acuerdo al respecto, pues, ante tal eventualidad, la Ley prevé que el empresario podrá distribuir de manera irregular, directamente, el diez por ciento de la jornada anual. Pues bien, debe incidirse aquí, de

¹³⁸ Todo ello no obstante, es perfectamente posible hablar a nivel doctrinal [ROQUETA BUJ, R.: “La jornada...”, *op. Cit.*, págs. 51 y 52] de *jornada semanal irregular* para referirse a aquél esquema temporal de prestación de servicios en el que, dentro de la misma semana, la negociación colectiva fijase una jornada diaria superior a la legal solamente para algunos días específicos de la semana (por ejemplo, once horas de trabajo los lunes y viernes) que se viese compensada con una jornada inferior en el resto (seis horas los martes, miércoles y jueves).

¹³⁹ CABEZA PEREIRO, J. [et al.]: “La ordenación...”, *op. Cit.*, pág. 18.

¹⁴⁰ Sobre la evolución histórica de los módulos de cómputo de la jornada: ALARCÓN CARACUEL, M.R.: “La ordenación...”, *op. Cit.*, págs. 87-90.

¹⁴¹ A este proceso de ampliación de los ciclos de cómputo de la jornada se le ha denominado como *la flexibilización de la unidad cronológica*: RODRÍGUEZ PASTOR, G.: “Hacia una organización más flexible del tiempo de trabajo”, en *Relaciones Laborales*, nº 12, diciembre 2014, edición digital., pág. 6.

nuevo, en la necesidad de adaptar estos extremos a lo dispuesto en la Directiva 2003/88/CE, que, como se sabe, sí exige que para que la negociación colectiva amplíe hasta los doce meses el periodo de referencia para la distribución irregular de la jornada concurren causas justificativas de índole objetiva, técnica u organizativa.

La Ley contempla dos manifestaciones de la autonomía colectiva a través de las cuales podrá implantarse una jornada de trabajo de distribución irregular: el convenio colectivo y el acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. Sobre este punto, bien parece que la dicción literal del art. 34.2 (“...o, en su defecto...”)¹⁴² no deja margen de duda: el acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores sólo puede tener lugar cuando el convenio colectivo guarda silencio al respecto. Por ello, no es posible pactar ningún mecanismo de distribución irregular cuando existiese un convenio colectivo de ámbito supraempresarial que ya previese un sistema específico con dicha finalidad.

Sin embargo, la imbricación que tiene el tiempo de trabajo, como condición de la relación laboral, con las peculiaridades de la empresa o el centro de trabajo, parece aconsejar que los convenios colectivos de ámbito supraempresarial dejen un cierto margen de maniobra a los acuerdos de empresa o centro de trabajo en la distribución irregular de la jornada.¹⁴²

En este sentido, no cabe duda de que, cuando se produzca una llamada expresa del convenio colectivo al acuerdo de empresa sobre esta materia, éste tendrá plena capacidad para establecer una distribución irregular de la jornada. Es perfectamente posible que un convenio colectivo ceda la distribución del tiempo de trabajo a pactos colectivos de ámbito inferior. Incluso podría programar una concreta distribución del tiempo de trabajo y, paralelamente, permitir a estos pactos colectivos de ámbito inferior modificarlo dentro de unos términos.¹⁴³ Eso sí, como resulta evidente, este pacto colectivo, que bien podría ser un acuerdo de empresa o de centro, deberá

¹⁴² LINARES LORENTE, J. A.: “Flexibilidad en materia de jornada de trabajo”, en *Colex*, nº 11, 1994, pág. 99.

¹⁴³ MONREAL BRINGSVAERD, E.: “La jornada...”, *op. Cit.*, pág. 179.

ajustarse a las limitaciones que al respecto previese el propio convenio colectivo de origen. De hecho, esta posibilidad se manifiesta de manera frecuente en nuestro panorama laboral, donde es tendencia habitual que la negociación colectiva sectorial fije directamente una jornada en cómputo anual y remita su distribución a ámbitos negociales inferiores, entre ellos, precisamente, el acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores.¹⁴⁴

Mayores dudas ofrece la posible entrada del acuerdo de empresa en el establecimiento de una distribución irregular del tiempo de trabajo cuando el convenio colectivo programa un sistema de jornada de este tipo, pero lo hace de una manera incompleta. Es en este supuesto cuando podría llegar a valorarse la idoneidad del ámbito empresarial y de centro de trabajo para regular esta cuestión y que, por ende, se permitiese distribuir irregularmente la jornada anual mediante acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores.¹⁴⁵ La cuestión es determinar si, una vez ya distribuida la jornada en convenio colectivo, resulta necesario que este contenga una autorización expresa para que tuviese cabida el acuerdo de empresa sobre esta materia; como, efectivamente, exigen voces autorizadas dentro de la doctrina.¹⁴⁶

Particularmente, considero que el tenor literal es claro, y pese a que, efectivamente, por razones de cercanía e inmediatez el acuerdo de empresa o de centro puedan resultar idóneos para ajustar las fluctuantes necesidades de mano de obra a lo largo del año, estas manifestaciones de la negociación colectiva en materia de distribución irregular de la jornada de trabajo sólo caben cuando el convenio colectivo guarde silencio sobre el particular o se remita a ellas de manera expresa e inequívoca. A favor

¹⁴⁴ ROQUETA BUJ, R.: “La jornada...”, *op. Cit.*, págs. 55 y ss.

¹⁴⁵ MONREAL BRINGSVAERD, E.: “La jornada...”, *op. Cit.*, págs. 177 y 178: tal sería el supuesto de un convenio colectivo que fijase la jornada semanal en cuarenta horas y a renglón seguido previese que equivale a mil ochocientas horas. Para el autor, en estos casos se refleja la voluntad de las partes de no cerrar la posibilidad de distribuir irregularmente la jornada, y será necesario que un pacto de empresa o de centro delimite la misma.

¹⁴⁶ ROQUETA BUJ, R.: “La jornada...”, *op. Cit.*, págg. 77.

de esta idea vendría a incidir la nueva regla del art. 34.2 del ET, que garantiza que, en defecto de un sistema de distribución irregular de la jornada pactado colectivamente, el empresario siempre pueda reordenar hasta el diez por ciento de la jornada anual. En efecto, si tenemos en cuenta que, en la práctica negociadora, el empresario nunca se desprenderá de ese diez por ciento de la jornada anual que puede distribuir irregularmente¹⁴⁷, queda claro que cualquier convenio colectivo que se pronunciase sobre esta materia, siempre se respetaría, al menos, dicho porcentaje y, así, queda garantizado que, en cualquier caso, el empresario dispondrá de unos márgenes razonables para ajustar la mano de obra a sus necesidades a lo largo del año. De esta manera, la cercanía e inmediatez, que serían las únicas razones que motivarían una entrada artificiosa del acuerdo de empresa en la distribución irregular de la jornada, quedan aseguradas por este mínimo con el que siempre contará la empresa.

Solventada esta cuestión, debe advertirse que lo razonable, si no exigible¹⁴⁸, es que el pacto convencional (ya fuese en forma de convenio o acuerdo) que distribuyese irregularmente la jornada contemplase unos módulos temporales de extensión superior a la semana (el módulo al que atiende por defecto el art. 34.1 del ET) e inferior al año. Y así, mediante ellos, se establezcan unos máximos periódicos de tiempo de trabajo ordinario. Lo que se plantea, en concreto, es que si se elimina la semana como módulo de cómputo de la jornada de trabajo, fruto de una distribución irregular de la jornada, se establezcan unos ciclos temporales nuevos que permitan estructurarla en distintos tramos de duración inferior al propio año. De manera que los excesos y defectos de jornada se compensen con relativa frecuencia y sin llegar al año de dilación, lo cual parecería excesivo. Algunos ejemplos de ello serían una jornada mensual de ciento cincuenta horas o una jornada trimestral de cuatrocientas veinte

¹⁴⁷ RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: “Los límites a las facultades empresariales de distribución irregular de la jornada tras las últimas reformas flexibilizadoras”, en A.A.V.V. *Las reformas del derecho del trabajo en el contexto de la crisis económica*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2013, pág. 709.

¹⁴⁸ MONREAL BRINGSVAERD, E.: “Autonomía...”, *op. Cit.*, pág. 561: Todo sistema convencional de distribución de la jornada debe contener unos marcos temporales para estructurar dicha distribución, y también debe concretar la jornada ordinaria correspondiente a cada uno de esos marcos. Si no se hiciese así, no se podría saber cuándo se realizan horas extraordinarias, pues su confusión con la jornada ordinaria sería total.

horas, que podrían distribuirse irregularmente dentro de dichos módulos específicos. Eso sí, siempre con sujeción a determinados límites sobre descansos mínimos y acumulaciones de trabajo máximas.

En todos estos supuestos, el parámetro temporal utilizado para fijar la jornada ordinaria de trabajo será el factor determinante en la aparición de las horas extraordinarias. Como se verá en el apartado correspondiente, el art. 35 del ET considera horas extraordinarias a aquéllas que se realicen sobre la duración máxima de la jornada ordinaria, fijada de acuerdo al art. 34. Que, como se sabe, cuantifica la jornada en cuarenta horas semanales. Pero ese *quantum* también opera como sistema de distribución a falta de que la negociación colectiva establezca otro distinto. Pues bien, cuando, en efecto, la negociación colectiva haga uso de esa facultad y establezca un módulo superior al semanal para distribuir la jornada ordinaria de trabajo, solo aparecerán horas extraordinarias en el momento en el que se supere el máximo de horas ordinarias previstas para el parámetro temporal correspondiente; ya sea este la quincena, el mes, el trimestre o el semestre.

Analizada ya la articulación del convenio y el acuerdo colectivo, y de los límites temporales que éstos deben respetar, cabe, por último, abordar la hipótesis de que la negociación colectiva es regulase por sí misma la distribución irregular de la jornada, sino que remitiese a la discreción del empresario, dentro de unos márgenes y términos concretos, la posibilidad de introducir este sistema de organización del tiempo de trabajo. Se trataría, pues, de un *ius variandi* empresarial con origen en el pacto colectivo habilitante, que permitiría al empresario apartarse del sistema de distribución de la jornada establecido por defecto en el acuerdo colectivo. En estos casos, las variaciones sobre la distribución de la jornada, que quedasen comprendidas dentro del espectro previsto por el acuerdo colectivo, formarían parte de las prerrogativas ordinarias de gestión empresarial.¹⁴⁹ Y así, habida cuenta del amparo que encontraría el empresario en dicho acuerdo colectivo, esta actuación resultaría

¹⁴⁹ Así, estarían, al mismo nivel que la movilidad funcional intragrupo o la movilidad geográfica sin cambio de residencia. BALLESTER PASTOR, M.A.: “La flexibilidad...”, *op. Cit.*, pág. 60.

absolutamente autónoma, y no conllevaría la necesidad de acudir al procedimiento del art. 41 del ET para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Tanto la doctrina científica como la judicial sí aceptan este mecanismo de reparto de facultades en el campo de la distribución irregular de la jornada, siempre y cuando la potestad conferida al empresario se sujete a ciertos límites¹⁵⁰.

Así, en primer lugar, esta facultad no podrá ser ejercida por el empresario de manera caprichosa, arbitraria o irracional, ni tampoco abusiva; sino que, muy al contrario, deberá conectarse siempre con la utilidad y las necesidades de funcionamiento de la empresa. Además, la concurrencia de este tipo de razones justificativas es susceptible de someterse a control judicial en caso de discrepancia. Así lo señala de manera específica el Tribunal Supremo¹⁵¹; y lo afirma, también, la doctrina científica, al sostener que no parece aceptable que el convenio colectivo autorice en términos genéricos al empresario a decidir unilateral y libremente la distribución irregular de la jornada de trabajo.¹⁵²

Por otra parte, también se ha llegado a exigir¹⁵³ que todo sistema de distribución irregular de la jornada que confiera potestades al empresario en la materia contenga marcos temporales de extensión inferior al año y fije, al mismo tiempo, la jornada ordinaria correspondiente a estos módulos; al entender que lo contrario podría contravenir los principios sobre arbitrio y determinación de cualquier contrato de los arts. 1256 y 1273 del CC. De este modo, lo que se estaría exigiendo es que, cuando el convenio colectivo permita al empresario distribuir irregularmente, según su propio criterio, un determinado porcentaje de la jornada ordinaria, debería fijarse

¹⁵⁰ MONREAL BRINGSVAERD, E.: "Autonomía...", *op. Cit.*, pág. 560, en referencia a que ese *ius variandi* empresarial sobre distribución irregular de la jornada no puede ser ilimitado.

¹⁵¹ STS 15/12/1998 (Rec. 1162/1998).

¹⁵² LINARES LORENTE, J. A.: "Flexibilidad...", *op. Cit.*, pág. 99.

¹⁵³ MONREAL BRINGSVAERD, E.: "Autonomía...", *op. Cit.*, pág. 561. La Ley utiliza el módulo anual para cuantificar la jornada total de trabajo, no para distribuirla, lo cual obliga a que los períodos fijados para su ejecución consten en marcos más pequeños que el anual, ya sea este quincenal, mensual, bimensual, trimestral... *ibídem*, pág. 562.

,simultáneamente, algún marco temporal inferior al año para que, así, las irregularidades de la jornada se compensasen con una cierta periodicidad, en ciclos de tiempo más reducidos que el propio año. No obstante, dicho límite puede llegar a cuestionarse al hilo de la norma del art. 34.2 del ET que permite al empresario distribuir irregularmente el diez por ciento de la jornada en cómputo anual en defecto de acuerdo colectivo sobre el particular, tal y como se verá más adelante.

- Autonomía empresarial en la distribución irregular de la jornada.

Como se sabe, el art. 34.2 del ET establece que, cuando ni el convenio colectivo ni el acuerdo subsidiario entre la empresa y los representantes de los trabajadores diseñen un sistema de distribución irregular de la jornada, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año hasta el diez por ciento de la jornada de trabajo.¹⁵⁴ Resulta límpido que este precepto confiere al empresario una cláusula de garantía que le asegura unos márgenes mínimos de flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo.

¹⁵⁴ Debe observarse que hasta la llegada de las fórmulas previstas por el RDL 7/2011, primero, y la Ley 3/2012, después, era postura pacífica entre la doctrina científica afirmar que, en defecto de pacto colectivo sobre distribución irregular de la jornada, el esquema programado por el art. 34.1 del ET devenía automáticamente aplicable y todas las semanas laborales se trabajaban, como máximo, cuarenta horas. La distribución irregular de la jornada anual, igual que ocurre con el tope de nueve horas de jornada diaria, resultaba absolutamente inaccesible para la esfera individual de la relación [En contra, afirmando que sí cabe pactar en el contrato individual la distribución irregular de la jornada: ALARCÓN CARACUEL, M.R.: “La jornada...”, *op. Cit.*, pag. 46]. No obstante, es cierto que antes, igual que ahora, sí cabía la posibilidad de pactar en el contrato de trabajo la realización obligatoria de horas extraordinarias; que, como se verá, puede funcionar como un mecanismo de distribución irregular de la jornada.

En cualquier caso, aquélla situación sufrió un giro radical propiciado por el art. 9.1 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, que en realidad no hace sino proseguir la línea legislativa ya iniciada por el RDL 7/2011 al reformular, en sus términos vigentes, el art. 34.2 del ET. [El art. 2 del RDL 7/2007, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, añadía una letra i) al art. 85.3 del ET sobre el contenido mínimo de los convenios colectivos y que quedaba redactado como sigue: *i) Medidas para contribuir a la flexibilidad interna en la empresa, que favorezcan su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda y la estabilidad del empleo en 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*] [Para un análisis de toda la evolución legislativa del fenómeno de la distribución irregular de la jornada, que comienza con la Ley 11/1994, véase: BALLESTER PASTOR, M.A.: “La flexibilidad...”, *op. Cit.*, págs. 70 y ss.]

Así, cuando la negociación colectiva no le ofreciese un sistema propio para acoplar la jornada de todos o algunos de sus trabajadores al ciclo de actividad de la empresa, el empresario siempre contará con este sistema supletorio de origen legal. Queda claro, por tanto, que este sistema permitirá variar la jornada previamente planificada sin necesidad de acudir al procedimiento para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo del art. 41 del ET.¹⁵⁵

Conviene, en otro orden de consideraciones, llamar la atención sobre la relación que tiene este precepto con el art. 34.3 del ET; que, como se sabe, establece que a salvo de disposición en contrario en el convenio colectivo o acuerdo de empresa subsidiario, la jornada diaria tiene un tope de nueve horas inaccesible para la autonomía individual. Pues bien, es muy posible que, cuando no se hubiese alcanzado un acuerdo en sede colectiva sobre la distribución irregular de la jornada a lo largo del año, tampoco existiese consenso en cuanto a la supresión del límite de las nueve horas diarias. De modo que, en tales casos, cuando el empresario pueda distribuir irregularmente hasta el diez por ciento de la jornada anual por mor del art. 34.2 del ET, deberá hacerlo con atención a las nueve horas que podrán trabajarse como máximo cada uno de los días de ese año. De esta forma, podrán producirse incrementos (con las correspondientes disminuciones) de las jornadas semanales que comprometan hasta un diez por ciento de la jornada anual¹⁵⁶, pero con atención al límite diario del art. 34.3 del ET. De modo que, cuando no existiese un acuerdo colectivo que suprimiese ese tope, ningún día podrán trabajarse más de nueve horas aunque el empresario haga uso de la distribución irregular del diez por ciento de la jornada. Además, del mismo modo, deberán respetarse también el preaviso necesario, los descansos laborales y los demás

¹⁵⁵ ROQUETA BUJ, R.: "La flexibilidad interna tras la reforma laboral", Tirant lo Blanch (Valencia), 2013, págs. 28 y 29.

¹⁵⁶ Este porcentaje será el que corresponda en cada caso a la jornada anual máxima prevista en el convenio colectivo para cada trabajador en concreto; por lo que el porcentaje de jornada distribuible irregularmente de todos aquellos trabajadores que realizasen una jornada inferior a la jornada máxima ordinaria aplicable con carácter general en la empresa se reduciría proporcionalmente a su jornada. Y, en el caso de que no existiese una jornada anual máxima convencional, el diez por ciento de la jornada máxima anual prevista en la ley supondría un total de ciento ochenta y dos horas aproximadamente (siempre y cuando los afectados no fuesen, por ejemplo, trabajadores temporales que prestasen sus servicios durante menos de un año o tuviesen un contrato a tiempo parcial).

límites oponibles a todo sistema de distribución irregular de la jornada, que se analizarán posteriormente.

Asimismo, es necesario advertir que, pese a lo que pudiera parecer en principio, las consecuencias de esta norma contenida en el art. 34.2 del ET exceden con mucho de la mera puesta a disposición del empresario de esta cuota de flexibilidad, que actúa como garantía de mínimos, cuando a nivel convencional no se prevea un sistema específico para el reparto irregular del tiempo de trabajo.

El primer efecto que debe destacarse de esta norma es la presión que ejercerá, con total seguridad, sobre cualquier acuerdo colectivo sobre el particular. La existencia de esta cláusula de cierre desplaza el punto de equilibrio en la negociación, que quedará adulterada por la influencia que proyecta. De este modo, se refuerza muy notoriamente la posición empresarial en la búsqueda de un punto de encuentro armónico entre los intereses contrapuestos de las partes sobre esta materia. Lo cual puede considerarse exorbitado, en tanto en cuanto el ET universaliza, de este modo, la jornada de distribución irregular. Y lo hace sin tener en cuenta las muy distintas circunstancias concurrentes en cada actividad¹⁵⁷; lo que lleva a replantearse la urgencia y necesidad de propagar así, indiscriminadamente, este sistema de gestión del tiempo de trabajo. Sobre todo si se valoran los efectos nocivos que, necesariamente, tienen estos esquemas de jornada laboral en la esfera vital del trabajador.

El segundo aspecto a considerar guarda una relación muy estrecha con el anterior. Podría pensarse, en principio y a tenor de la literalidad de la norma, que el diez por ciento de la jornada distribuida irregularmente, sólo regirá en defecto de acuerdo colectivo sobre la materia. Sin embargo, una vez ya concedida por defecto esta cuota al empresario, difícilmente se desprenderá de ella en la fase de negociación. Es por

¹⁵⁷ MARTÍNEZ YÁÑEZ, N.M.: "Las fuentes de la distribución irregular de la jornada tras las sucesivas reformas laborales", en *Relaciones Laborales*, nº 5, 2013, págs. 18 y 19.

esto que se afirma que ese diez por ciento va a operar como un límite de mínimos en la práctica negociadora.¹⁵⁸

Desde luego, todo lo anterior induce a una reflexión sobre la auténtica finalidad de la norma. Visto el esquema de su funcionamiento, surgen pocas dudas de que los efectos señalados no dejan de ser los exactamente buscados y perseguidos, y la distribución irregular la jornada pasa a ser, ya, la norma general.¹⁵⁹ Y, en este sentido, no debe perderse de vista que, mientras esta tónica legislativa demuestra, o no, sus beneficios sobre el empleo, lo que está fuera de toda duda es que tales medidas incrementan la sumisión de la fuerza de trabajo.¹⁶⁰

Por último, debe subrayarse que la regulación actual adolece de un nuevo defecto de transposición de la Directiva 2003/88 del Parlamento Europeo¹⁶¹, que viene a añadirse al ya estudiado anteriormente. Como ya se dijo¹⁶², la posibilidad que confiere el art. 34 a la negociación colectiva, de distribuir irregularmente la jornada a lo largo del año, incorpora un defecto de transposición de la Directiva en lo que se refiere a la falta de justificación causal. El art. 19 del texto comunitario condiciona las irregularidades de jornada de dimensión anual a la concurrencia de razones objetivas, técnicas o de organización. Sin embargo, el art. 34 no requiere causa alguna para que la negociación colectiva establezca una irregularidad de la jornada con proyección anual; lo que sin duda excede los parámetros definidos por el marco comunitario. Pero además de este defecto, ya estudiado, el ET acusa otro incumplimiento de la normativa europea. Si se observa, el art. 19 contempla, en todo momento, que las irregularidades de jornada de cómputo anual sean acordadas colectivamente. Desde luego, resulta muy razonable

¹⁵⁸ RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: "Los límites...", *op. Cit.*, pág.709.

¹⁵⁹ Incluso, los propios objetivos explícitos de flexibilidad interna pregonados por la Ley 3/2012 (que, como se sabe, reformuló el art. 34.2 del ET en sus términos vigentes) han llevado a algunos autores a entender que la finalidad del precepto obliga a que todo convenio colectivo garantice esa cuota mínima de irregularidad en la jornada: RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: *ibidem*, pág. 710.

¹⁶⁰ BALLESTER PASTOR, M.A.: "La flexibilidad...", *op. Cit.*, pág. 56.

¹⁶¹ BALLESTER PASTOR, M.A.: *ibidem*, pág. 77.

¹⁶² Véase el apartado sobre la duración de la jornada ordinaria.

esta idea de que la negociación colectiva sea el emplazamiento más apropiado para dar una salida equitativa a los intereses contrapuestos que subyacen a esta cuestión. Sin embargo, ahora la Ley, falta de concierto colectivo mediante, otorga al empresario la facultad de introducir unilateralmente un sistema de jornada irregular con un montante absoluto de hasta ciento ochenta y dos horas al año (si la jornada ordinaria coincidiese con el máximo legal). Por tanto la distribución irregular de la jornada anual deja de ser una medida de acceso restringido a la negociación colectiva y queda dentro del ámbito de actuación unilateral del empresario.¹⁶³ Lo que, sin duda, constituye una nueva trasgresión de los márgenes comunitarios en esta materia, pues la literalidad de la Directiva es absolutamente clara a este respecto.¹⁶⁴

- Distribución irregular de la jornada y trabajo en períodos inferiores al año.

Resulta necesario abordar, de manera singularizada, la distribución irregular de la jornada de los trabajadores que prestan sus servicios durante periodos inferiores al año, pues su caso reviste una problemática específica. Como se sabe, el art. 34.2 del ET permite introducir variaciones al alza o a la baja en la jornada de trabajo pero, dado que el *quantum* de la jornada debe mantenerse intacto en cómputo anual, dichas variaciones deberán ser correspondientemente compensadas dentro del año en cuestión. Pues bien, ello plantea algunos problemas aplicativos cuando el trabajador presta sus servicios durante el periodo del año en que se concentra la mayor carga de actividad productiva de la empresa, pero su actividad no se prolonga el tiempo suficiente como para permitir que ese periodo durante el que se realizó una jornada

¹⁶³ Ya mucho antes de la reforma operada por la Ley 3/2012 se vaticinaba este proceso de “desregulación” en la gestión del tiempo de trabajo. En el sentido de que, al igual que ocurrió en su momento con las horas extraordinarias, ahora también la regulación de la jornada ordinaria ha ido transfiriéndose en cascada de la Ley al convenio colectivo y del convenio colectivo directamente a la esfera individual de la relación: VALDÉS DAL-RE, F.: “La flexibilidad del tiempo de trabajo: un viejo, inacabado y cambiante debate”, en Relaciones Laborales, nº 2, enero 1999, edición digital, pág. 5.

¹⁶⁴ “...No obstante, los Estados miembros... tendrán la facultad de permitir que, por razones objetivas, técnicas o de organización del trabajo, los convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales establezcan periodos de referencia que en ningún caso excederán de doce meses.”

de trabajo superior a la media se compense con otro periodo en el que dicha jornada sea equitativamente inferior porque, precisamente, al finalizar el periodo de mayor actividad productiva, el trabajador ya dejase de prestar servicios en la empresa. Así, fruto de ello, la jornada media de ese trabajador sería superior a la jornada ordinaria media aplicada con carácter general para toda la plantilla. Este sería, concretamente, el supuesto en el que podrían encontrarse trabajadores con contrato de duración determinada o bien trabajadores con una jornada parcial vertical, como los fijos periódicos del art. 12.3 del ET.

Para tales casos, resulta preceptivo que se prevea, desde antes de llevar a cabo la propia distribución irregular, cómo se compensará el exceso de jornada ordinaria que realizarán todos estos trabajadores. Una primera solución sería extraer la proporción existente entre la jornada anual total de aquellos trabajadores que prestan sus servicios en la empresa en cuestión de manera constante a lo largo del año y la que, en realidad, realizan estos otros trabajadores durante el periodo concreto (inferior al año) en el que concentran su actividad. Tras ello, habría que programar los oportunos periodos de libranza o días de descanso retribuidos, de modo que, así, se equiparase su jornada media de trabajo con la jornada media ordinaria del común de la plantilla.¹⁶⁵ También cabría una segunda opción, que consistiría en estipular, ya desde un inicio, que los trabajadores que se hallasen en tal situación no cobrarían el salario relativo al periodo de tiempo durante el que se encontraron en activo en la empresa, sino el que correspondiese a la proporción de jornada anual que efectivamente desarrollaron a lo largo de ese tiempo.¹⁶⁶ En fin, a falta de tales previsiones, o si por cualquier motivo dichos ajustes compensatorios no se llevasen finalmente a cabo, los trabajadores afectados por este desequilibrio, entre la proporción de la jornada anual

¹⁶⁵ ROQUETA BUJ, R.: “La jornada...”, *op. Cit.*, pág. 70. A través de esta primera opción se alargaría artificialmente el periodo de vinculación de esos trabajadores con la empresa; de modo que si se dividiesen las horas que efectivamente trabajaron entre todos los días que estuvo en activo el resultado arrojaría, finalmente, la misma media de horas trabajadas al día que si se dividiese la jornada anual total de los trabajadores indefinidos y la jornada completa entre todos los días laborables del año.

¹⁶⁶ ALFONSO MELLADO, C.L.: “Las horas extraordinarias”, en A.A.V.V. *Tiempo de trabajo*, Albacete (Bomarzo), 2007.

que efectivamente realizaron y la retribución que percibieron, tendrán derecho a ver remunerado, en forma de horas extraordinarias, ese tiempo trabajado en exceso respecto a la jornada ordinaria media.¹⁶⁷

c) La distribución irregular y flexible de la jornada.

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

En efecto, puede ocurrir que las necesidades productivas impliquen hacer un uso desigual de la fuerza de trabajo a lo largo del periodo anual, y tales irregularidades sean perfectamente conocidas y reiteradas. En estos casos, bastará con dibujar en el calendario laboral esos periodos de mayor y menor actividad; lo que equivaldría a una distribución irregular estática o rígida de la jornada de trabajo.

Pero también es perfectamente posible, y de hecho así ocurre muy frecuentemente, que los incrementos y disminuciones de las necesidades productivas sean altamente volubles y difíciles de predecir. Es el panorama que caracteriza a aquellas actividades en las que la demanda se encuentra condicionada a factores muy diversos y de diagnóstico complejo. En estos otros casos surge la necesidad, al igual que en los anteriores, de distribuir la jornada de trabajo irregularmente a lo largo del año; pero,

¹⁶⁷ STS 25/02/2008 (Rec.1058/2007).

en cambio, no resulta posible prever con exactitud dónde se situarán, y con qué intensidad, los periodos de máxima y mínima actividad.

Pues bien, para todos estos supuestos surge la necesidad de programar la jornada de trabajo no como algo monolítico e invariable, sino flexible y movable; que tenga en cuenta las vicisitudes de la empresa y los cambios que se produzcan en el mercado¹⁶⁸. En suma, lo que se persigue es dotar a la empresa de una herramienta que le permita adaptar ágilmente la utilización de sus recursos humanos a las alteraciones del mercado que, inopinadamente, le afecten a lo largo de cada año. Y este sistema de organización del tiempo de trabajo no es otro que la jornada irregular dinámica o flexible.

La relevancia de este segundo tipo de jornada irregular, la dinámica, ha ido creciendo a lo largo de los últimos tiempos en paralelo a un cambio generalizado a nivel global en el modelo productivo¹⁶⁹. Proceso que ha sido referido como la transición del *fordismo* al *toyotismo*¹⁷⁰.

Hasta hace relativamente poco tiempo,¹⁷¹ este sistema de organización del tiempo de trabajo carecía de una regulación legal expresa¹⁷², aunque tanto la doctrina científica¹⁷² como la judicial¹⁷³ admitían la posibilidad de que la negociación colectiva habilitase al empresario a actuar en estos términos sobre la jornada de trabajo. Así, se aceptaba que la negociación colectiva facultase al empresario a alterar la distribución de la jornada después de que ésta hubiese sido ya trazada en el calendario laboral; y, de esta manera, acomodase la utilización de recursos humanos a las necesidades de la

¹⁶⁸ ROQUETA BUJ, R.: “La jornada...”, *op. Cit.*, pág. 71.

¹⁶⁹ BOLEGO, G.: “Recenti evoluzioni contrattuali in materia di retribuzione e orario di lavoro”, en A.A.V.V. *Instituzioni e regole del lavoro flessibile*, Napoli (Editoriale Scientifica), 2006, págs. 361-362.

¹⁷⁰ BALLESTER PASTOR, M.A.: “La flexibilidad...”, *op. Cit.*, págs. 53 y 54, y que, tal y como ya se indicó, refleja gráficamente los cambios operados en el sistema productivo a partir de la década de los 70.

¹⁷¹ Concretamente, hasta la entrada en vigor de la Ley 3/2012.

¹⁷² MONREAL BRINGSVAERD, E.: “La jornada...”, *op. Cit.*, pág. 173.

¹⁷³ STS de 15/12/1998 (Rec. 1162/1998).

actividad, según cambiasen éstas a lo largo del año sobre el patrón inicialmente previsto. La idea que subyace a la aceptación doctrinal¹⁷⁴ de estos sistemas de jornada es que la facultad conferida a la negociación colectiva por el art. 34.2 del ET no sólo comprende la posibilidad de distribuir la jornada de trabajo de manera irregular, sino que también permite que el pacto conceda al empresario la potestad de adoptar esa distribución inicial a las cambiantes necesidades de cada momento concreto.

En cualquier caso, en la actualidad, esta posibilidad cuenta ya con un soporte legal firme y un régimen jurídico cierto. En efecto, la vigente redacción del art. 34.2 del ET, tras establecer que toda distribución de la jornada deberá respetar los descansos diario y semanal, exige que el trabajador conozca con un preaviso mínimo de cinco días el día y la hora de la prestación de trabajo resultante de aquélla. Y es en ésta última previsión, relativa al preaviso de cinco días, donde se encuentra, implícitamente, la habilitación legal a los sistemas de jornada irregular flexibles o dinámicos.¹⁷⁵

Si se observa, la exigencia de preavisar con cinco días de antelación se presenta como un derecho del trabajador. Y en realidad lo es¹⁷⁶; lo que ocurre, es que detrás subyace el beneplácito del legislador a los sistemas de jornada elástica, ya aceptados anteriormente por doctrina y jurisprudencia, y que ahora quedan revestidos con fuerza de Ley. En efecto, mediante la exigencia de que el trabajador conozca con una antelación mínima de cinco días la fecha y la hora de su prestación de trabajo, se acepta de manera implícita que no es necesario que la jornada de trabajo quede férreamente distribuida en el calendario desde un primer momento. Será suficiente

¹⁷⁴ MONREAL BRINGSVAERD, E.: "La jornada...", *op. Cit.*, pág. 173.

¹⁷⁵ En este sentido puede hablarse, en términos globales, de que la tendencia legislativa apunta a una ordenación del tiempo de trabajo caracterizada por un alma doble. La primera, de carácter garantista, concierne a la protección de los tiempos de descanso. La segunda relativa a la duración de la prestación de trabajo, claramente propensa a la flexibilización de los tiempos de trabajo: BOLEGO, G.: "Recenti..." *op. Cit.*, pág. 354.

¹⁷⁶ No obstante, puede también argumentarse que este precepto más que incrementar los derechos del trabajador, lo que provoca es una legitimación de la medida que beneficia en último término al empresario: BALLESTER PASTOR, M.A.: "La flexibilidad...", *op. Cit.*, págs. 76 y 77.

con que el trabajador conozca las variaciones de jornada respecto a lo inicialmente previsto con la citada anticipación. Lo que supone, de facto, una jornada irregular dinámica.

No hace falta decir que esta atribución al empresario de la potestad de alterar unilateralmente las condiciones contractuales pactadas inicialmente no es más que otra manifestación del *ius variandi* del que goza el empresario dentro de la relación laboral. Ciertamente, este tipo de prerrogativas resultarían absolutamente inconcebibles en otros contratos de naturaleza privada. Sin embargo, las particularidades del contrato de trabajo llevan a que sean diversas las ocasiones en que ambas partes, por distintos motivos y respecto a múltiples aspectos, puedan modificar unilateralmente los términos de su relación. Por tanto, las variaciones de jornada en que consiste la distribución irregular dinámica de la misma no son más que otra expresión del poder de dirección del empresario, ya consagrado en los arts. 5 c) y 20.2 del ET. Es por ello que puede afirmarse que esta facultad empresarial no contraviene las normas sobre la necesaria determinación del objeto del contrato (arts. 1261 2º y 1273 del CC), ni la prohibición de dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1256 del CC).¹⁷⁷ En este sentido, se ha explicado que es posible que la jornada de trabajo se establezca no de manera cierta, sino por referencia o aproximación, con lo que este aspecto del contrato de trabajo sería más que determinado “determinable”.¹⁷⁸

Sea como fuere, debe subrayarse este precepto no sólo habilita, con respaldo legal, a la negociación colectiva a introducir sistemas de jornada de distribución irregular y de gestión flexible (algo que, como se ha visto, ya aceptaban tanto doctrina como jurisprudencia incluso con la redacción del art. 34 del ET anterior a la reforma de la Ley 3/2012). Dada su ubicación, al final del art. 34.2 del ET, este carácter *flexible* también afectará a aquél diez por ciento de jornada que, como ya se vio, la empresa podrá

¹⁷⁷ MONREAL BRINGSVAERD, E.: “Autonomía...”, *op. Cit.*, pág. 556.

¹⁷⁸ LÓPEZ GANDÍA, J.: “Flexibilidad del tiempo de trabajo y prestación de desempleo (trabajo a tiempo parcial y reducción de jornada)” en *Actualidad Laboral*, Tomo 1996-1, pág. 323.

distribuir de forma irregular a lo largo del año cuando en sede colectiva no se hubiese negociado un sistema equivalente. Lo cual implica que, cuando ese diez por ciento de jornada pase a ser distribuido unilateralmente por la empresa (precisamente porque no haya convenio o acuerdo alguno que se pronuncie sobre la distribución de la jornada ordinaria), ésta podrá introducir reajustes en la distribución de la jornada ordinaria inicialmente fijada por un valor global de hasta ciento ochenta y dos horas (cuando la jornada ordinaria coincidiese con el máximo anual fijado en la Ley) con tan sólo preavisar al trabajador con cinco días de antelación.

Desde luego, dada la enorme trascendencia de esta medida empresarial, llama la atención que la Ley no exija más trámite procedimental que este breve preaviso, así como que tampoco sea necesaria la concurrencia de causa alguna para la adopción de tal medida. Si se valora hasta qué punto puede llegar a perturbar al trabajador esta medida, parece ciertamente desproporcionado el grado de holgura concedido al empresario para adoptarla. En ese sentido, este aspecto de la norma ha sido fuertemente criticado.¹⁷⁹

No obstante, pese a que la Ley no exija una justificación causal ni un verdadero procedimiento para la introducción de esta medida, considero muy oportuna la recuperación en este punto de la doctrina del TS, vertida en su sentencia del 15 de diciembre de 1998 (Rec. 1162/1998). En ella, al hilo de los sistemas de jornada irregular flexible pactados colectivamente, se destaca que el empresario no podía, en ningún caso, hacer un uso arbitrario o irracional de esta facultad concedida por la negociación colectiva. Y que, en estos términos, la decisión del empresario debía conectarse con causas de utilidad y necesidades de funcionamiento de la empresa; extremo susceptible de someterse a control judicial.

Pues bien, estimo que tales criterios, vertidos en relación a las jornadas elásticas de origen convencional, resultan plenamente aplicables, ahora, a este diez por ciento de jornada irregular dinámica que correrá a cuenta del empresario cuando el convenio

¹⁷⁹ Entre otros: BALLESTER PASTOR, M.A.: "La flexibilidad...", *op. Cit.*, pág 76.

colectivo no prevea un sistema específico. Y por tanto, esta decisión empresarial deberá, al menos, conectarse con las referidas causas, que podrían llegar a contrastarse en sede judicial. Todo ello no obstante, parece razonable revestir de una presunción de legitimidad a la medida empresarial, y sólo en casos de manifiesta arbitrariedad o improcedencia se llegue a este control judicial.¹⁸⁰

Por todo cuanto se ha visto en el presente apartado, parece indudable que estos nuevos modelos de distribución flexible de la jornada ordinaria implicarán que el trabajador se vea sometido a periodos laborales de extraordinaria intensidad, pero es que, además, sufrirá las consecuencias asociadas a la incertidumbre de no conocer de antemano en qué momentos concretos se materializará su deuda de trabajo. Así, resulta del todo evidente que este panorama colisiona de lleno con una pacífica planificación y organización del tiempo dedicado a la esfera personal y familiar. Sin embargo, debe reconocerse también que por la vertiente opuesta aparece la necesidad empresarial, muy acentuada por el actual periodo de crisis económica, de dar una respuesta ágil a las variaciones que experimenta la actividad a lo largo del año; y esta herramienta se postula como una alternativa menos traumática a la flexibilidad externa y el recurso indiscriminado a la contratación de duración indefinida. El problema es que este fomento de la flexibilidad interna no termina de operar como una auténtica alternativa a la flexibilidad externa, en tanto ésta última no se desincentiva adecuadamente. En efecto, la propia exposición de motivos de la Ley 3/2012, que fue la que vino a positivizar esta jornada irregular dinámica, presentaba el aumento de la flexibilidad en materia de tiempo de trabajo como una alternativa a la destrucción de empleo; pero, paralelamente, flexibilizaba, a través de diversos aspectos, el despido. Es decir, se pretende que la decisión empresarial se incline hacia la flexibilidad interna pero, en el otro lado de la balanza, los efectos empresariales aparejados a la flexibilidad externa aparecen igualmente suavizados. Por tanto, esa presunta alternatividad entre flexibilidad externa e interna termina por reducirse a un

¹⁸⁰ En un sentido similar: RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: “Los límites...”, *op. Cit.*, pág. 714.

incremento unidireccional de las facultades empresariales en todas las parcelas de actuación, sin que ello presente, o desde luego no de una manera directa, ninguna contrapartida favorable en las prerrogativas del trabajador. Pero es que, además, como ya se dijo anteriormente, la Ley universaliza estas jornadas irregulares y flexibles; sin tener en cuenta las muy distintas circunstancias concurrentes en cada actividad. En efecto, aunque pudiera pensarse, en principio, que esta cuota de distribución irregular y flexible de la jornada anual de trabajo solo regirá en defecto de acuerdo colectivo al respecto, los efectos materiales de la norma van mucho más allá; en el sentido de que una vez ya concedida por defecto esta cuota al empresario, difícilmente se desprenderá de ella en la fase de negociación. Y es por ello que se afirma que ese diez por ciento va a operar como un límite de mínimos en la práctica negociadora. Cuestiones, todas ellas, que, desde luego, llevan a replantearse la urgencia y necesidad de propagar de un modo absolutamente indiscriminado este sistema de organización del tiempo de trabajo.

En fin, como se aprecia, la distribución irregular dinámica es un punto en el que colisionan con un altísimo nivel de presión los intereses contrapuestos que rodean a la organización del tiempo de trabajo. Por todo ello, y debido a las actuales tendencias y aspiraciones de las empresas en la utilización de los recursos humanos, se trata ésta de una cuestión que, de seguro, reflejará muy gráficamente la tendencia evolutiva del Derecho del Trabajo en nuestro ordenamiento. Para terminar el análisis de la jornada irregular dinámica o flexible, es necesario referir a qué límites está sujeta; además del preaviso de cinco días de antelación para que el trabajador conozca el día y la hora de su prestación de servicios. Lo que ocurre, es que, como se sabe, la distribución flexible no es más que un variante particular de la distribución irregular en sentido amplio. Por ello, sus límites se encuentran conjuntamente estudiados en el apartado que viene a continuación.

d) Límites a la distribución irregular de la jornada.

Como se sabe, la distribución irregular de la jornada laboral incide muy directamente sobre derechos del trabajador de índole sanitaria, personal, familiar y social. Por ello, este mecanismo de organización del tiempo de trabajo encuentra diversos límites dirigidos a garantizar unos estándares mínimos de protección de los trabajadores afectados por esta medida.¹⁸¹

El primer límite que se erige frente a la distribución irregular de la jornada es el constituido por los propios tiempos de descanso.¹⁸² Así lo recoge expresamente el párrafo 2º del art. 34.2 del ET, al referir que, en todo caso, deberán respetarse los descansos mínimos diario y semanal previstos por la Ley. Resulta llamativo que el precepto no se refiera en modo alguno a las vacaciones anuales ni a los festivos; pero, dado el carácter de derecho necesario que ostentan estas dos instituciones, no cabe duda que, asimismo, deben ser considerados también como límites oponibles a la distribución irregular de la jornada.¹⁸³

Por otra parte resulta también llamativo que el precepto solamente haga referencia a los mínimos previstos en la Ley, lo que, de entrada obliga a plantearse si los

¹⁸¹ Con carácter previo al análisis de los verdaderos límites de la distribución irregular de la jornada, es necesario llamar la atención, de nuevo, sobre la posible incidencia del límite de nueve horas diarias de trabajo, establecido en el art. 34.3 del ET, en este punto. En efecto, tal y como se expuso ya durante el análisis de la autonomía empresarial en la distribución irregular de la jornada, debe tenerse muy presente que, a salvo de disposición convencional al respecto, cada día podrán prestarse, como máximo, nueve horas de trabajo efectivo. Y resulta más que probable que si el empresario accede a la distribución irregular y flexible del diez por ciento de la jornada por no existir ningún acuerdo colectivo sobre esta materia, la negociación colectiva tampoco hubiese acordado la supresión del límite de nueve horas diarias de trabajo establecido en el art. 34.3 del ET; en cuyo caso el empresario podrá distribuir irregular y flexiblemente el diez por ciento de la jornada anual, pero sin superar nunca las nueve horas diarias de trabajo efectivo.

¹⁸² ALARCÓN CARACUEL, M.R.: "La jornada...", *op. Cit.*, pags. 51 y 52. Los descansos diario y semanal, los festivos y las vacaciones serían períodos "marcados en rojo" en el calendario anual, y durante ellos no podría exigirse al trabajador la prestación de servicios. En el mismo sentido: MATÍA PRIM, J.: "Descanso semanal y anual. Permisos", en A.A.V.V. *Diecisiete lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales*, Madrid (Universidad de Madrid), 1977, pág. 311. "Los descansos diario, semanal y anual actúan como medios para delimitar la obligación de trabajo en su aspecto temporal, es decir, la jornada".

¹⁸³ Sobre ello, detenidamente, véanse los capítulos relativos a las vacaciones y los festivos de este mismo trabajo.

incrementos convencionales de dichos mínimos deberían operar, de igual manera, como topes a la distribución irregular. Sin embargo, de la interpretación finalista de este precepto, en conjunción con los que regulan los citados descansos, se deduce que esta garantía debe extenderse también a aquéllos tramos del derecho que tengan origen en una mejora prevista por convenio colectivo¹⁸⁴, que, como se sabe, vienen a suplir los mínimos establecidos en la norma estatal.

De entre los distintos descansos que operan como límites a la distribución irregular de la jornada, es el descanso diario o inter-jornadas el que, verdaderamente, reviste una eficacia destacada, pues su incidencia es muy distinta a la de los otros descansos. En efecto, el descanso semanal, por su parte, puede acumularse por períodos de hasta catorce días; en determinadas circunstancias, será posible trabajar durante los festivos; e incluso las fechas de disfrute de las vacaciones anuales son susceptibles de variar¹⁸⁵. Sin embargo, ningún fenómeno de este tipo puede alterar las doce horas de descanso entre jornadas de trabajo sucesivas. Y es por ello que puede afirmarse, con rotundidad, que es éste el auténtico límite infranqueable frente a cualquier pacto de distribución irregular del tiempo de trabajo, que además opera de cara tanto a la jornada ordinaria como a la extraordinaria¹⁸⁶. Ello no obstante, conviene tener en cuenta que la mencionada “variabilidad” del resto de descansos es limitada y, ya sea de manera más o menos periódica, el trabajador siempre terminará disfrutándolos.

El respeto de los descansos necesarios arroja como conclusión que la concentración máxima de trabajo efectivo que se puede alcanzar durante un determinado periodo del año a través de la distribución irregular de la jornada (esto es, la *jornada semanal extrema*¹⁸⁷) estaría constituida por un ciclo de once días consecutivos, de doce horas

¹⁸⁴ En el mismo sentido: ROQUETA BUJ, R.: “Artículo 34”, *op. Cit.*, pág. 366.

¹⁸⁵ Todas las cuestiones relativas a estos descansos laborales son objeto de un estudio pormenorizado en los correspondientes apartados.

¹⁸⁶ CABEZA PEREIRO, J. [et al.]: “La ordenación...”, *op. Cit.*, pág. 71.

¹⁸⁷ Cuestión que se desarrolló en profundidad en el epígrafe relativo a la duración de la jornada semanal.

cada uno, seguidos de tres de descanso.¹⁸⁸ En este sentido hay que advertir que tan extenuante ritmo de trabajo podría derivar no solamente de un pacto convencional, sino que también será posible alcanzarlo a través de la decisión unilateral del empresario, amparada en ese diez por ciento de distribución irregular de la jornada que le confiere la Ley en defecto de regulación expresa en el convenio colectivo o el acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores¹⁸⁹.

El segundo límite específico a la distribución irregular de la jornada ordinaria se concreta en la necesidad de preavisar al trabajador con una mínima antelación de los cambios operados en la jornada previamente establecida. Obviamente, este límite despliega sus efectos sólo frente a la distribución irregular flexible, dado que si el sistema diseñado es estático o rígido el trabajador va a conocer con exactitud su jornada de trabajo desde el momento en que esta se plasme en el calendario laboral.

La redacción actual del art. 34.2 del ET¹⁹⁰ impone que el trabajador conozca, con un preaviso mínimo de cinco días, el día y la hora de la prestación de trabajo resultante de la distribución irregular. El tenor literal del precepto, así como su finalidad, no pueden sino arrojar la conclusión de que se trata de una norma de derecho necesario relativo que no podrá ser modificada *in peius* ni por convenio colectivo ni por contrato

¹⁸⁸ Ciclo resultante de acumular el descanso semanal en periodos de dos semanas y respetar, únicamente, entre jornadas sucesivas de trabajo el mínimo legal de las doce horas de descanso inter-jornadas.

¹⁸⁹ En realidad, ya se vio que en la práctica negociadora ese diez por ciento a cuenta del empresario va a operar como contenido mínimo del acuerdo colectivo para distribución irregular de la jornada. Por ello, tanto si hay sistema convencional de distribución irregular de la jornada anual, como si no, lo más probable es que el empresario pueda colocar, al menos, un diez por ciento de la jornada anual irregularmente.

¹⁹⁰ Esta exigencia, que ya antes era habitual en la práctica negociadora y considerada fundamental por la doctrina científica [MONREAL BRINGSVAERD, E.: "Autonomía...", *op. Cit.*, pág. 566], se incorporó al art. 34.2 del ET con la reforma de la Ley 3/2012. Los tribunales han identificado que la finalidad de este precepto no es otra que la de ofrecer al trabajador el tiempo necesario para organizarse antes de su incorporación al puesto de trabajo; compatibilizando así la vida personal y familiar con las exigencias laborales derivadas de una distribución irregular de la jornada de trabajo: STSJ de Aragón de 07/06/2013 (Rec. 225/2013).

individual.¹⁹¹ Por su parte, la ubicación del mismo, en el segundo párrafo del art. 34.2, evidencia que este periodo mínimo de preaviso afecta a todos y cada uno de los posibles sistemas de distribución flexible de la jornada, ya sea éste el que diseñe específicamente el convenio colectivo o acuerdo de empresa subsidiario o el que, en defecto de los anteriores y con origen en la propia Ley, permitiría al empresario recolocar hasta el diez por ciento de la jornada anual.

Otro posible límite que se ha planteado es el de que todo sistema que distribuya irregularmente la jornada de trabajo se estructure, necesariamente, en marcos temporales de extensión inferior al año. El razonamiento que subyace a esta idea ya ha sido reflejado previamente: dado que la Ley utiliza el módulo anual para cuantificar el tiempo total de trabajo, no para distribuirlo, la deuda de actividad del trabajador debe ser repartida en espacios temporales inferiores al propio año.¹⁹²

Sin embargo, parece difícil sujetar esta potestad empresarial a un límite que no encuentra soporte en la propia Ley. Y, además, la norma sobre el diez por ciento de la jornada anual que podrá distribuir irregularmente el empresario, en defecto de sistema convencional al respecto, hace todavía menos plausible la vigencia de dicho límite. En efecto, obsérvese que el art. 34 del ET abre la posibilidad a que el empresario distribuya irregularmente el diez por ciento de la jornada anual; y nada hace entender que, en caso de que sea éste el sistema de jornada operativo (por no programarse uno específico a nivel colectivo), el empresario deba atenerse a marco temporal alguno, más allá del propio año cuya jornada se distribuye irregularmente. Por tanto, una vez abierta por la propia Ley la posibilidad de distribuir irregularmente la jornada en un marco anual, no parece oportuno exigir a la negociación colectiva que estructure este sistema de jornada en marcos temporales inferiores.

¹⁹¹ Ni siquiera sería válido aquél pacto convencional que, a cambio de determinadas mejoras respecto al régimen legal (por ejemplo, reducir del 10% al 5% el porcentaje de jornada anual redistribuible), rebajase este periodo de preaviso. Lo que llevó al TS a rechazar la validez de una cláusula convencional que establecía un periodo de preaviso de tan sólo veinticuatro horas: STS 16/04/2014 (Rec. 183/2013).

¹⁹² MONREAL BRINGSVAERD, E.: "Autonomía...", *op. Cit.*, pág. 562.

El último límite que se erige frente a la distribución irregular del tiempo de trabajo tiene que ver con la compensación de los incrementos y reducciones de jornada. Como se sabe, el verdadero aspecto cuantitativo del tiempo de trabajo está representado por la jornada máxima anual¹⁹³, y este *quantum*, a su vez, va a delimitar el sistema de distribución irregular de la jornada. Una vez establecida en términos volumétricos la deuda de actividad a cargo del trabajador, el sistema de distribución irregular de la jornada no puede sino recolocar esa *jornada absoluta* de manera desigual entre las semanas que la integran. Pero, para que ello sea posible sin afectar a la esfera cuantitativa de la jornada ordinaria, los excesos y defectos producidos por dicha distribución irregular deberán ser objeto de compensación dentro del año correspondiente.

A este respecto resulta fundamental el último párrafo del art. 34.2 del ET, que establece que la compensación de las diferencias por exceso o por defecto entre la jornada realizada y la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo legal o pactada será exigible según lo acordado en convenio colectivo o, a falta de previsión al respecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. Y, en defecto de pacto, las diferencias derivadas de la distribución irregular de la jornada deberán quedar compensadas en el plazo de doce meses desde que se produzcan.¹⁹⁴

Pese a su aparente claridad, algunos aspectos de la norma exigen un análisis particularizado. De entrada, habrá que valorar a qué se refiere a la norma al señalar que las variaciones de jornada objeto de compensación serán aquellas producidas tanto por *exceso* como por *defecto*. A ese respecto parece del todo evidente que el precepto equipara las variaciones consistentes en un aumento puntual de la carga de trabajo, que será compensado más adelante con el pertinente periodo de menor

¹⁹³ En el apartado sobre la duración de la jornada ordinaria ya se analizó cómo la jornada anual es la auténtica magnitud operativa de la jornada y el verdadero patrón que va a cuantificar el tiempo durante el que el trabajador se compromete a prestar sus servicios en favor del empresario dentro del núcleo de la relación laboral.

¹⁹⁴ Como se sabe, este último párrafo del art. 34.2 del ET fue incorporado a través de la reforma operada por el RDL 16/2013.

actividad laboral, y aquellas otras que, en cambio, supongan reducir el ritmo de trabajo durante un tiempo para recuperar, más adelante, en función de la conveniencia de la empresa, esas horas dejadas de trabajar. Con ello, la Ley da una absoluta carta de normalidad a las “bolsas de horas”, que suponen una suerte de descansos anticipados que serán recuperados en lo sucesivo a través de los incrementos de jornada correspondientes.¹⁹⁵

Por otro lado, el plazo previsto para realizar las compensaciones de jornada también presenta algún extremo dudoso. La dicción literal de la norma parece clara y precisa al establecer que la compensación de las variaciones respecto a la duración máxima de la jornada ordinaria deberá efectuarse en un plazo de doce meses, que empieza a computar desde el momento en que éstas se produjeran. No obstante, la aplicación taxativa de la norma, acarrearía diversos efectos perjudiciales.

El primero, que si, como parece referir la norma, se abre un plazo específico de doce meses para compensar cada una de las variaciones de la jornada irregular, se rompería el tan asentado criterio de la anualidad como centro gravitatorio de todas las instituciones que orbitan alrededor del tiempo de trabajo. En efecto, abrir un plazo independiente de doce meses para compensar cada exceso o cada defecto de jornada supondría que las variaciones de un ciclo anual, ya coincidiese este con el año civil o fuese otro periodo de doce meses establecido al efecto en el calendario, contagiarian al siguiente, confundándose el uno con el otro. Ello supondría una fuente de confusiones e incertezas en la gestión de algunas de las instituciones más importantes en materia de tiempo de trabajo: ¿Qué sucedería con la jornada máxima anual?, ¿y con el límite de las ochenta horas extraordinarias al año?, ¿y con el periodo de devengo de las vacaciones? Desde luego, difuminar de este modo los contornos del ciclo anual de la jornada supondría, sin ningún género de dudas, desestabilizar el

¹⁹⁵ Téngase en cuenta que hasta la entrada en vigor del RDL 16/2013, que incorporó este último párrafo al art. 34.2 del ET, se consideraba que la empresa no podía anticipar el descanso para compensar un futuro incremento de esa jornada irregular, pero que aún no se había producido; a no ser que, convencionalmente, se permitiese de un modo expreso tal posibilidad, en cuyo caso sí se aceptaba su viabilidad: [ROQUETA BUJ, R.: “Artículo 34...”, *op. Cit.*, pág. 365, con apoyo en la STSJ de Andalucía de 18/06//2003 (Rec. 1308/2003)].

equilibrio estructural de toda la organización del tiempo de trabajo. Y sobre este punto, debe subrayarse que, a diferencia de la semana o el mes, que sí son construcciones civiles o artificiales, el año, al igual que el día, constituye un concepto objetivo y empírico. La noción del año como periodo de tiempo comprende un ciclo perfecto durante el que acontecimientos físicos y meteorológicos condicionan el ritmo vital de las personas, la sociedad y la economía. Por lo que considero que se debe ser especialmente cauteloso a la hora de cuestionar la virtualidad del año como periodo temporal que estructura toda la jornada de trabajo.

Por otra parte, además de todo lo anterior, puede afirmarse, en mi opinión con total rotundidad, que, si nos ciñésemos a su tenor literal, el nuevo párrafo 3º del art. 34.2 del ET contravendría el espíritu y la letra de la Directiva 2003/88/CE. Concretamente por resultar contrario a los arts. 6 y 19 del texto comunitario que, interpretados a la luz del TJUE en su Sentencia de 03/10/2000 (Caso SIMAP), confieren a los particulares un derecho a que el periodo de referencia para el establecimiento de la duración máxima de su tiempo de trabajo semanal no exceda de doce meses. De esta forma, la Directiva programa una jornada máxima total de cómputo anual, que resulta irrebasable en todo caso; por lo que no habría cabida ninguna para posibles saldos interanuales de horas resultantes de una distribución irregular de la jornada, que implicasen computar el tiempo de trabajo en periodos superiores a doce meses.¹⁹⁶

Por todo ello, resulta necesario realizar una interpretación finalista del precepto, la cual permitiría entender que los mencionados doce meses de plazo máximo para compensar las variaciones de jornada hacen referencia al ciclo anual que, como se sabe, delimita temporalmente la jornada máxima ordinaria; pero ello no podría suponer, en ningún caso, que las compensaciones de jornada, ya fuesen al alza o a la baja, se efectuasen sobre el ciclo anual¹⁹⁷ siguiente.¹⁹⁸ Pese a todo lo anteriormente

¹⁹⁶ MONREAL BRINGSVAERD, E.: “La duración de la jornada y los saldos interanuales de horas. A propósito de la última reforma normativa del tiempo de trabajo”, en Relaciones Laborales, nº 10, octubre 2014, edición digital, pág. 6.

¹⁹⁷ En el apartado correspondiente a las vacaciones se refleja cómo, al igual que sucede con la jornada absoluta, las horas extraordinarias y cualquier otra institución del tiempo de trabajo que tenga una

razonado, la Audiencia Nacional sí ha admitido, recientemente, que el Convenio Colectivo permita diferir las diferencias de jornada a la anualidad siguiente¹⁹⁹; obviando, así, todas las contradicciones que esta interpretación plantea frente al régimen general de la jornada de trabajo; amén de las diversas dificultades aplicativas que generaría.

En fin, como se observa, este último límite, relativo a la compensación de los excesos y defectos entre la jornada realizada y la duración máxima de la jornada ordinaria, se ha estudiado en este apartado que trata, de manera conjunta, todos los límites genéricos a la distribución irregular, ya fuese en su modalidad *rígida* o *flexible*. Quizás, en un principio, podría cuestionarse si este límite no juega, en realidad, solamente de cara a la distribución irregular y *flexible*; sin embargo, en mi opinión, se trata de un límite genérico a todo sistema de distribución irregular de la jornada (ya sea en su variable *rígida* o *flexible*), razón por lo que se ha tratado, precisamente, en este apartado. En efecto, resulta absolutamente indudable que en una distribución irregular y flexible de la jornada ordinaria se producen excesos y defectos respecto a lo que, en un principio, se había previsto en el calendario laboral; por lo que es del todo evidente que, en tales casos, esta norma relativa a la compensación de dichos excesos y defectos ostenta una plena operatividad. Pero en mi opinión, pese a que no se manifieste con tanta claridad, este límite, contenido en el último párrafo del art. 34.2 del ET, también resulta oponible frente a los modelos de distribución irregular y rígida de la jornada ordinaria, caracterizada, como se sabe, por estar prevista desde un inicio en el calendario laboral. Si se observa detenidamente, cuando el calendario laboral de la empresa se programa de forma que unas semanas se trabajan más horas de las fijadas (ya sea legal o

dimensión anual, el periodo de devengo fijado para su disfrute puede coincidir con el año natural o cualquier otro periodo de doce meses que se hubiese fijado a tal efecto en el calendario.

¹⁹⁸ En sentido contrario, defendiendo una interpretación literal del precepto que, por tanto, habilite la compensación de los excesos de jornada sobre el ciclo anual siguiente: RODRÍGUEZ PASTOR, G.: "Hacia...", *op. Cit.*, págs. 6-10.

¹⁹⁹ SAN 04/07/2014 (St. Nº. 135/2014). Así, ha sido esta interpretación de la reforma operada por el RDL 16/2013 en el art. 34 del ET la que ha precipitado este cambio interpretativo en la AN, que apenas meses antes de su promulgación mantenía, sobre este punto, un criterio coherente con el régimen general de la jornada de trabajo: SAN 24/05/2013 (St. Nº.147/2013).

convencionalmente) como jornada máxima ordinaria y otras menos, se está produciendo, de hecho, *una 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*; que es, precisamente, el supuesto de hecho que contempla la norma. De este modo, el último párrafo del art. 34.2 del ET vendría a refrendar lo que, ciertamente, ya da a entender el propio art. 34.1 del ET al establecer que la duración de la jornada ordinaria de trabajo será de cuarenta horas semanales (o el número inferior que, en su caso, se pactase) de promedio en cómputo anual y permite denegar, con todavía mayor rotundidad que antes de su inclusión en el art. 34 por mor del RDL 16/2013, la posibilidad de extender la compensación de los excesos o defectos de jornada ordinaria producidos durante un ciclo anual al ciclo anual siguiente.

e) La distribución irregular de la jornada mediante el recurso a las horas extraordinarias.

Por último, es preciso exponer que, junto a todas estas vías propias y específicas, es posible hablar de una distribución irregular de la jornada de trabajo llevada a cabo mediante el recurso a las horas extraordinarias. En efecto, tal y como se analizará detenidamente en el siguiente capítulo, las horas extraordinarias que se compensen mediante descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización no computan de cara al máximo anual de ochenta horas extraordinarias que establece el art. 35.2 ET; lo cual provoca que puedan efectuarse aumentos de jornada sobre lo inicialmente previsto que, neutralizados en los cuatro meses siguientes, no contabilicen como horas extraordinarias. De esta manera, puede afirmarse que las horas extraordinarias compensadas mediante descansos en los cuatro meses siguientes actúan, de facto, igual que las horas flexibles.²⁰⁰ Incluso, podría afirmarse que estas “horas flexibles atípicas” tendrían un rango de acción aun mayor que las genuinas, pues no se verían afectadas por algunos límites que operan sólo de cara a las

²⁰⁰ Entre otros, MONREAL BRINGSVAERD, E.: “La jornada...”, *op. Cit.*, pág. 200, CABEZA PEREIRO, J. [et al.]: “La ordenación...”, *op. Cit.*, págs. 186 y 199.

horas propiamente ordinarias. Sería el caso del máximo previsto en el art. 34.3 del ET de la jornada ordinaria de nueve horas. En efecto, cuando la negociación colectiva no hubiese dispuesto tal límite, las jornadas diarias se podrían engrosar por encima de las nueve horas mediante el recurso a las horas extraordinarias compensables; cosa que no podría nunca suceder, tal y como ya se vio, cuando el incremento horario derivase de una distribución irregular de la jornada ordinaria en sentido estricto.

De esta forma, resulta potencialmente posible que el empresario llegue a acumular simultáneamente los mecanismos puros para la distribución flexible de la jornada, por un lado, y, por otro, el recurso a las horas extraordinarias; lo cual ha sido objeto de abundantes críticas por parte de la doctrina científica, dada la finalidad coincidente de ambas herramientas²⁰¹. Efectivamente, sí parecería excesivo, además de redundante, someter la jornada del trabajador a posibles variaciones inopinadas por distintas vías y al mismo tiempo.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

²⁰¹ MONREAL BRINGSVAERD, E.: *ibídem*, pág. 202; BALLESTER PASTOR, M.A.: “La flexibilidad...”, *op. Cit.*, pág. 71.

CAPÍTULO IV

LA JORNADA EXTRAORDINARIA DE TRABAJO. LAS HORAS EXTRAORDINARIAS



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

IV. LA JORNADA EXTRAORDINARIA DE TRABAJO. LAS HORAS EXTRAORDINARIAS.

1. Introducción y concepto. 2. Identificación de las horas extraordinarias. 3. Límites a la jornada extraordinaria. 4. Tipología y características de las horas extraordinarias. 5. Retribución. 6. El plazo para reclamar la compensación de las horas extraordinarias. 7. mecanismos de control.

1. Introducción y concepto.

Como se sabe, la jornada de trabajo se estructura a través de dos tramos: la jornada ordinaria y la jornada extraordinaria. La primera de ellas es, como su propio nombre indica, la básica y fundamental. Lo que ocurre es que, además, el tiempo de servicio a cargo del trabajador puede encuadrarse temporalmente en un segundo tramo o intervalo de jornada, que su suma al anterior, y no es otro que la jornada extraordinaria. Ambos tramos de jornada coexisten dentro de la regulación del tiempo de trabajo, para así dar una ubicación cronológica y jurídica a todas las posibles situaciones en las que el empresario demandará la prestación de servicios de sus empleados.

La esencia de la jornada extraordinaria parte de la necesidad de permitir determinados incrementos del tiempo de servicio (horas extraordinarias) a cargo de los trabajadores respecto a lo que supone su jornada básica u ordinaria. Estos potenciales incrementos de jornada deben ser considerados desde una perspectiva general, teniendo en cuenta lo que representa el elemento del tiempo de trabajo dentro de la relación laboral; y, así, para que a través de las horas extraordinarias no se diluyan los objetivos y fundamentos ya analizados respecto a la jornada ordinaria, éstas deben participar también de sus mismos principios rectores. Por ello, todo el análisis de la jornada extraordinaria de trabajo debe afrontarse, con carácter general, desde una óptica limitadora y de excepcionalidad.²⁰²

²⁰² ALFONSO MELLADO, C.L.: "Las horas...", *op. Cit.*, pág. 60.

Como se sabe, las horas extraordinarias se encuentran reguladas, principalmente, en el artículo 35 del ET, que las define como aquéllas horas de trabajo que se realicen sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, fijada de acuerdo con el artículo 34. Como se observa, el precepto define la jornada extraordinaria por contraposición a la jornada ordinaria, lo que hace de ella un concepto relacional y residual²⁰³; y, por ello, también esquivo²⁰⁴.

2. Identificación de las horas extraordinarias.

El presupuesto fáctico que establece la Ley para la aparición de las horas extraordinarias se conforma de dos elementos: que se trate de tiempo de trabajo y que dicho tiempo de trabajo exceda de la duración máxima de la jornada ordinaria. El primero de estos elementos ha sido ya objeto de análisis en el capítulo relativo al tiempo de trabajo efectivo²⁰⁵, por lo que es menester, ahora, examinar el segundo.

Como se sabe, el art. 34 del ET cuantifica la jornada ordinaria de trabajo en atención al módulo anual, pero la distribuye, por defecto, en ciclos semanales; de modo que serán extraordinarias, en virtud de este particular mecanismo, todas aquéllas horas que excedan de las consabidas cuarenta semanales. No obstante, la identificación de las horas extraordinarias resulta mucho más compleja de lo que podría parecer en esta primera aproximación. En efecto, como se sabe, existen diferentes modelos de jornada ordinaria, en función de que ésta se distribuya de manera regular o irregular y de que, a su vez, se gestione de un modo rígido o flexible; lo cual implica que, dependiendo del

²⁰³ CABEZA PEREIRO, J. [et al.]: “La ordenación...”, *op. Cit.*, pág. 183.

²⁰⁴ DE LA VILLA GIL, L.E.: “El concepto...”, *op. Cit.*, pág. 365. En este mismo trabajo (pág. 378), el autor define las horas extraordinarias, de acuerdo a ocho elementos caracterizadores, como “todo tiempo de trabajo efectivo, superpuesto al trabajo ordinario, que se realiza voluntariamente por encima de la jornada habitual, con restricción insuperable de ochenta horas al año, encarecimiento de su coste para el empleador, mayor retribución para el trabajador y sujeción al control externo de la Administración y los representantes del personal del centro de trabajo”.

²⁰⁵ Sobre ello, detenidamente, véase el capítulo relativo a “El tiempo de trabajo efectivo: la delimitación entre el tiempo de trabajo y el tiempo de descanso” de este mismo trabajo.

modelo de jornada ordinaria establecido en la empresa, las horas extraordinarias aparecerán a partir de uno u otro momento²⁰⁶. Así, resulta necesario analizar de manera particular los distintos esquemas de jornada ordinaria para identificar, en cada uno de esos panoramas, a partir de qué momento concreto se considera que las horas de trabajo exceden de la jornada ordinaria y, por tanto, nos encontramos ante horas extraordinarias.

a) El modelo de distribución de la jornada y la aparición de horas extraordinarias.

Cuando nos encontramos ante una jornada perfectamente regular, el análisis resulta bien sencillo. En efecto, según este modelo de jornada ordinaria se trabaja exactamente el mismo número de horas todas las semanas laborables del año; de modo que serían horas extraordinarias todas aquéllas que superasen las cuarenta semanales señaladas por la Ley como jornada ordinaria, o las que superasen la jornada semanal más reducida que, en su caso, hubiese previsto la negociación colectiva o, incluso, el contrato de trabajo.²⁰⁷

No obstante, como ya se vio, el art. 34 del ET también contempla la posibilidad de que la jornada ordinaria de trabajo se distribuya de manera irregular; lo que, como se sabe, equivale a que unas semanas del año se trabajen más horas y otras menos. A través de este mecanismo, lo que se hace en realidad, obsérvese, es fijar unos periodos de referencia superiores a la semana (y que pueden ir desde el mes hasta el propio año, pasando por el trimestre, el cuatrimestre...) para realizar el cómputo de la jornada ordinaria y, así, dentro de dichos periodos, se distribuye la carga de trabajo de manera que siempre exista un equilibrio entre las semanas que se trabajaron más horas y las

²⁰⁶ Sobre ello, detenidamente, véase el apartado relativo a la distribución de la jornada, dentro del capítulo de “La jornada ordinaria de trabajo”.

²⁰⁷ Así los sostienen, de manera pacífica, doctrina y jurisprudencia. En cualquier caso, sobre esta cuestión se volverá más adelante.

que se trabajaron menos. De este modo, la jornada ordinaria dejaría de estructurarse como un límite de horas de trabajo, constante y uniforme, a la semana (ya fuesen cuarenta o el número de horas inferior que se hubiese pactado) y pasaría a estructurarse como número máximo de horas de trabajo que iría referido al periodo concreto que se estableciese (el mes, el trimestre... o el propio año), compensándose dentro del mismo las semanas de más intensidad laboral con otras menos saturadas. En efecto, la jornada regular, enfocada desde esta óptica, consiste en que todas las semanas se trabajará un número máximo de horas idéntico, independientemente de que dentro de dicha semana haya días que se trabaje más que otros; y, mientras tanto, la jornada irregular es aquella en la que el número máximo de horas de trabajo ya no viene referido a la semana, sino a un periodo de referencia superior, sin importar que dentro de dicho periodo haya semanas en las que se trabaje más y otras en las que se trabaje menos.²⁰⁸ La cuestión, es que dentro de la jornada irregular en sentido amplio coexisten, a su vez, panoramas bien diferenciados; lo que obliga a realizar un diagnóstico singularizado de la aparición de las horas según cada esquema de jornada irregular.

En primer lugar, si la jornada es irregular, pero absolutamente rígida, tampoco habrá problemas reales. Se trataría, concretamente, del caso en que la negociación colectiva distribuyese irregularmente la jornada de trabajo (de manera que unas semanas se trabajasen más horas que en otras, compensando dichas diferencias dentro del periodo de referencia que se hubiese fijado para efectuar el cómputo de la jornada ordinaria), pero, por tratarse de una distribución irregular y rígida, el resultado de ese reparto heterogéneo de la carga de trabajo quedase perfectamente reflejado desde un primer momento en el calendario laboral, que fijaría exactamente el número de horas de trabajo de cada uno de los días laborables del año. Dado que, en tal caso, en todo momento se conocerían con exactitud los contornos temporales de la prestación de servicios del trabajador, bastaría con atender a las horas efectivamente realizadas cada

²⁰⁸ Así, algunos ejemplos de jornada irregular podrían ser una jornada ordinaria de 120 horas en cómputo mensual, una jornada ordinaria de 350 horas en cómputo trimestral o una jornada ordinaria de 1750 horas en cómputo anual.

día y contrastarlas, después, con lo que en un principio se había programado en el calendario laboral. De este modo, serían horas extraordinarias todas aquéllas que excediesen de la jornada ordinaria inicialmente prevista para cada día en particular.²⁰⁹

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

Ciertamente, en muchas ocasiones, el sistema de jornada irregular y flexible diseñado por la negociación colectiva sí contendrá periodos de referencia, aun superiores a la propia semana, que delimitarán periódicamente la jornada ordinaria. Imagínese, por ejemplo, una jornada media mensual de 145 horas, o bien otra trimestral de, póngase, 450 horas, que podrán ser recolocadas variablemente dentro de dichos módulos de cómputo en función de las necesidades de la empresa²¹⁰. Si es éste el caso, tampoco existirían excesivos problemas, pues bastaría con esperar a la finalización del correspondiente periodo de referencia de la jornada ordinaria y, tras contrastarla con la jornada efectivamente realizada a lo largo de ese espacio de tiempo, determinar la posible aparición de horas extraordinarias. Siguiendo el ejemplo anterior, sería

²⁰⁹ LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F.: “La nueva regulación del calendario laboral y las horas extraordinarias en el Real Decreto-Ley 2001/1986, de 14 de marzo”, en *Revista de Trabajo*, nº 86, 1987, págs. 99-100.

²¹⁰ Recuérdese, no obstante, que las variaciones respecto a lo inicialmente previsto deberán respetar el necesario preaviso de cinco días previsto en el art. 34.2 del ET.

suficiente con esperar al final del mes y determinar si se han trabajado más de 145 horas, o si al final del cuatrimestre se han trabajado más de 450; en cuyo caso cada una de esas horas trabajadas en exceso recibirían la calificación de horas extraordinarias.

Sin embargo, como ya se expuso al analizar la jornada irregular flexible o dinámica, tras la Ley 3/2012 y sus modificaciones en esta materia se pasó de los módulos mensual, trimestral o, incluso, semestral, que tradicionalmente manejaba la negociación colectiva, a una jornada (podríamos decir casi con carácter universal) de ciclo anual. De esta manera, puede afirmarse que, en la práctica, dejan ya de existir unos parámetros diferenciados para cuantificar la jornada y para distribuirla, pues en ambos casos el intervalo considerado va a ser el año; que ahora es el periodo de referencia utilizado tanto para cuantificar la jornada de trabajo como para distribuirla. Y ello, por dos factores. En primer lugar, porque la propia válvula de cierre del art. 34.2 del ET va a dejar en manos del empresario, siempre que no exista sistema convencional para la distribución de la jornada, un diez por ciento de la jornada anual que podrá ser distribuida de manera irregular y flexible. Lo cual lleva, directamente, a que deba atenderse al año no sólo como periodo de referencia en la cuantificación de la jornada sino también como módulo distributivo. Pero, además, en segundo lugar, resulta que esa válvula de cierre va a ejercer una innegable influencia sobre cualquier hipotético sistema convencional de distribución de la jornada; de modo que, aun en caso de que existiese éste, parece difícil imaginar que el empresario se desprenda de esa prerrogativa recogida en la propia Ley durante la fase de negociación, y lo más probable es que el parámetro fijado para la distribución de la jornada siguiese siendo, igualmente, el año.

Como resulta imaginable, en todos estos casos será necesario esperar a que concluya el año de prestación de servicio para, sólo entonces, poder determinar la aparición de horas extraordinarias. En efecto, ya se afirmó que el verdadero límite infranqueable o magnitud operativa de la jornada ordinaria es el año²¹¹. Pues bien, si tal y como

²¹¹ SEMPERE NAVARRO, A.V.: "Artículo 34...", *op. Cit.*, pág. 379.

establece el art. 35 del ET, son horas extraordinarias las que se realicen sobre la duración máxima de la jornada ordinaria, no cabe ninguna duda de que las horas que, al finalizar el año, excedan de la jornada ordinaria anual se considerarán tiempo de trabajo extraordinario.

El problema es que cuanto mayor es el periodo de referencia para la distribución de la jornada ordinaria, mayor es la dificultad para apreciar la existencia de horas extraordinarias²¹²; materia, como se sabe, sobre la que se producen no pocos abusos e irregularidades en la práctica. A lo que cabría añadir la falta de concreción que sufre el trabajador respecto a los períodos en que resulta exigible su prestación de servicios²¹³, con los consiguientes perjuicios en la esfera personal, familiar y social. Pues bien, todo ello encuentra su máxima expresión en casos como estos, en los que el periodo de referencia es anual.

A tales complicaciones para el diagnóstico de la jornada extraordinaria se suma la dificultad de llevar a cabo las exigencias del art. 35.5 del ET, que establece determinadas reglas sobre el registro y totalización de la jornada extraordinaria de cara a su control y seguimiento. La cuestión es que el cumplimiento exhaustivo de estas obligaciones deviene prácticamente imposible cuando la jornada se distribuye anualmente y de manera flexible. En cualquier caso, el análisis de este problema particular, así como el planteamiento de una posible solución al respecto relacionada con el preaviso de cinco días estipulado por el art. 34.2 del ET, serán expuestos en el apartado sobre el control y seguimiento de la jornada extraordinaria.

²¹² CABEZA PEREIRO, J. [et al.]: “La ordenación...”, *op. Cit.*, pág. 183

²¹³ GARCÍA RUBIO, M.A.: “Ampliación de jornada: Horas extraordinarias y horas complementarias”, en A.A.V.V. *El tiempo de trabajo en la negociación colectiva*, Dir. José María Goerlich Peset, Madrid (Ministerio de Trabajo e Inmigración), 2008, pág. 222.

b) La aparición de horas extraordinarias por superación de los límites diarios de jornada y otras situaciones particulares.

Por otra parte, también debe tenerse en cuenta que, aunque no se superasen los periodos de referencia semanales, mensuales o anuales propios de cada uno de los modelos de jornada ordinaria anteriores, también pueden aparecer horas extraordinarias por la superación del límite de horas diarias de trabajo efectivo que fija el art. 34.3 del ET. En efecto, como se sabe, el ET establece un límite al trabajo diario de nueve horas que, no obstante, resulta disponible para la negociación colectiva. Y, siendo ello así, cuando la negociación colectiva guardase silencio a este respecto, el límite de nueve horas previsto por la Ley ostentaría plena operatividad y toda hora trabajada más allá de dicho umbral resultará, necesariamente, extraordinaria; independientemente de que dentro la semana, el mes, el trimestre o el semestre de referencia se superasen, o no, los umbrales máximos previstos para la jornada ordinaria. Así lo sostiene pacíficamente la doctrina científica y lo defienden los tribunales²¹⁴. No obstante, es perfectamente posible que la negociación colectiva disponga de dicho límite específico y establezca uno más elevado, ya sea a través del convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores; y, obviamente, en estos casos en los que se suprima el tope de nueve horas diarias y se fije uno superior, solamente será considerada como jornada extraordinaria la prestación de servicios que se sitúe más allá del nuevo límite temporal fijado para cada día de trabajo²¹⁵.

Asimismo, pueden generarse horas extraordinarias cuando la prestación de servicios no implica superar, en términos volumétricos o cuantitativos, ninguno de los módulos

²¹⁴ SSTs 22/12/1992 (Rec. 40/1992) [*“El art. 35 del ET califica de horas extraordinarias, como ya se vio, las que se realicen sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, fijada de acuerdo con el artículo anterior. Ahora bien, ni la interpretación literal, ni la lógica, ni la sistemática, autorizan la identificación del concepto de jornada ordinaria de trabajo con el de jornada semanal, que no pasa de ser una expresión impropia para el cómputo de ese período de tiempo; pues el Diccionario de la Real Academia Española deriva el vocablo jornada del latín «diurnus», propio del día, y fija como una de sus acepciones -ninguna de ellas alude a la semana- el tiempo de duración del trabajo diario de los obreros.”*] y 27/02/1995 (Rec. 2091/1994).

²¹⁵ STS 17/11/1998 (Rec. 410/1998).

cuantitativos hasta ahora referidos (esto es, el día, la semana, el año...), pero se lleva a cabo dentro de un periodo que, en principio, estaba destinado a ser tiempo de descanso²¹⁶. El ejemplo paradigmático sería el trabajo durante el descanso semanal, que será extraordinario pese a que en dicha semana, o módulo de cómputo superior en su caso, no se haya sobrepasado el número máximo de horas establecido.²¹⁷

Por último pueden generarse, también, horas extraordinarias en el supuesto de los trabajadores que prestasen servicios durante periodos inferiores al año en empresas en las que la jornada ordinaria se distribuyese irregularmente. En efecto, en esta situación puede darse el caso de que el trabajador preste sus servicios durante el periodo en que se concentra una jornada superior a la establecida con normalidad, pero su actividad no se prolongue durante el tiempo suficiente como para permitir la oportuna compensación; con lo que se produciría un desequilibrio entre tiempo de trabajo y retribución no subsanado posteriormente, como sí ocurriría en el caso de sus compañeros que trabajasen a lo largo de todo el año. Como se sabe, en el capítulo relativo a la jornada ordinaria de trabajo ya se expusieron las soluciones idóneas para efectuar dicha compensación en esta coyuntura; sin embargo, cabe recordar aquí que, cuando no se subsanase de ningún otro modo tal desajuste entre la jornada efectivamente realizada y la retribución reconocida, los trabajadores tendrán derecho a ver remunerado, en forma de horas extraordinarias, ese tiempo trabajado en exceso respecto a la jornada ordinaria media.²¹⁸

²¹⁶ ALFONSO MELLADO, C.L.: "Las horas...", *op. Cit.*, pág. 69 y GARCÍA RUBIO, M.A.: "Artículo 35", en A.A.V.V. *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores 2ª edición*, Valladolid (Lex Nova), 2012, pág. 373, en ambos casos con apoyo en los pronunciamientos de distintos TSJ.

²¹⁷ En el mismo sentido, GARCÍA RUBIO, M.A.: "Ampliación...", *op. Cit.*, pág. 224.

²¹⁸ STS 25/02/2008 (Rec.1058/2007).

c) Las horas extraordinarias de origen cuantitativo y de origen cualitativo.

Como se desprende de toda la casuística expuesta sobre la aparición de las horas extraordinarias, éstas pueden tener un origen bien diferenciado; y, en este sentido, se afirma que la aparición de las horas extraordinarias puede responder a criterios tanto cuantitativos como cualitativos.²¹⁹

Como se sabe, el verdadero parámetro que cuantifica la jornada ordinaria es, como ya se vio, el año. Y, por tanto, no cabe duda de que las horas que superasen la jornada ordinaria anual serían, en todo caso, extraordinarias. Pues bien, sería en este supuesto donde se consideraría que la jornada extraordinaria tiene un origen cuantitativo. En mi opinión, las eventuales horas extraordinarias que apareciesen en el caso trabajo de duración inferior al año en empresas con una distribución irregular de la jornada también responden a factores cuantitativos.

Por su parte, tanto en los supuestos de jornada ordinaria regular, como en los de jornada ordinaria irregular fijada en atención a módulos de cómputo inferiores al año, aparecen horas extraordinarias cuando en los periodos de referencia se superan las horas fijadas como jornada ordinaria. Y ello pese a que no se llegase a sobrepasar en términos cuantitativos el tiempo de servicios prestados a lo largo del año. Así, este segundo caso arroja unas horas extraordinarias con un origen eminentemente cualitativo.²²⁰ Igualmente podría hablarse de un criterio cualitativo en la aparición de horas extraordinarias cuando se superasen los máximos diarios o se prestan servicios durante tiempos de descanso, pese a que no llegasen a sobrepasarse los umbrales cuantitativos previstos en los distintos periodos de referencia.

²¹⁹ MONREAL BRINGSVAERD, E.: "La jornada...", *op. Cit.*, pág. 106.

²²⁰ En esta misma línea de análisis, ROQUETA BUJ, R.: "La jornada...", *op. Cit.*, pág. 54: si el sistema de distribución de la jornada impone el cómputo de la jornada anual en módulos superiores al semanal, todo tiempo de trabajo prestado fuera del módulo convencionalmente establecido para delimitar la jornada ordinaria será extraordinario, aunque la jornada no experimente un aumento en cómputo anual.

Antes de concluir el análisis sobre la aparición de las horas extraordinarias, es preciso señalar, aun a riesgo de caer en la evidencia que las horas extraordinarias aparecen por la superación de cualquiera de los marcos temporales que delimitan la jornada ordinaria prevista por la Ley. Pero cuando la negociación colectiva o, incluso, el contrato individual mejoren las previsiones legales y establezcan topes inferiores, estos nuevos parámetros determinarán igualmente la aparición de la jornada extraordinaria. De forma que, al superarlos, nos hallaremos frente a horas extraordinarias. Sobre este punto convergen de manera pacífica y sostenida doctrina científica y judicial²²¹.

Lo cuestión es que, a este respecto, se ha planteado el consabido debate acerca de las horas complementarias, que son aquéllas que superan los máximos convencionales pero sin sobrepasar los establecidos en la Ley. Dado que este problema ya ha sido objeto de un análisis pormenorizado en el capítulo correspondiente a la jornada ordinaria, baste subrayar aquí que en ningún caso puede negarse la condición de horas extraordinarias a todas aquéllas que, aun no superando los márgenes legales, sí superen los convencionales. Y, tal y como ya se expuso, ni siquiera cabe fijar un régimen retributivo inferior al de las horas ordinarias para estas *horas complementarias*, salvo en el supuesto particular, sí avalado por la jurisprudencia con un carácter excepcional, de las guardias de presencia física del personal sanitario.

²²¹ STS 18/09/2000 (Rec.1696/1999): Además de las horas que exceden de la jornada máxima legal, también deben calificarse como horas extraordinarias las que, sin llegar a dicho límite, rebasan las jornadas máximas pactadas en convenio colectivo o contrato de trabajo. Los cánones de interpretación, tanto gramatical como finalista, apuntan en el sentido indicado y, además, la delimitación del concepto de horas extraordinarias por referencia a las horas ordinarias acordadas en los convenios colectivos es también la tónica en Derecho comparado. En el mismo sentido: GARCÍA NINET, J.I.: "Jornada...", *op. Cit.*, pág. 249.

d) Las horas extraordinarias en determinados ámbitos subjetivos.

En fin, para terminar este análisis sobre el nacimiento de las horas extraordinarias, debe reseñarse que no puede hablarse, propiamente, de éstas como tal en determinados ámbitos subjetivos.²²² Es el caso de los representantes de comercio, cuya relación no se sujeta a una jornada concreta²²³, por lo que resulta impracticable la apreciación de las horas extraordinarias. O el de los altos cargos directivos que, por su parte, realizarán su jornada según lo pactado en contrato, con el único límite temporal de que ésta no exceda notoriamente de las que sean usuales en el ámbito profesional correspondiente.²²⁴

3. Límites a la jornada extraordinaria.

En consonancia con los principios rectores del tiempo de trabajo, las horas extraordinarias deberán sujetarse a determinados límites, que responden a distintos factores objetivos y subjetivos. Todos ellos deben enfocarse desde esa concepción restrictiva y excepcional que, tal y como ya se mencionó, impregna toda la jornada extraordinaria. Asimismo, debe destacarse que la realización de horas extraordinarias más allá de los parámetros permitidos acarrea distintas consecuencias, tal y como se verá al final de este mismo apartado.

En fin, en función de su carácter u origen puede hablarse de límites subjetivos y límites objetivos. Y dentro de éstos últimos se distinguirá entre los objetivos directos e indirectos.

²²² ALFONSO MELLADO, C.L.: "Las horas...", *op. Cit.*, pág. 64.

²²³ Así lo recoge el art. 4.1 del Real Decreto 1438/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, sin asumir el riesgo y ventura de aquéllas.

²²⁴ Tal y como establece el art. 7 del Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de Alta Dirección.

a) Límites subjetivos.

Los objetivos generales de protección de la salud y seguridad en el trabajo, plausibles en toda la normativa referente a la jornada laboral, encuentran una expresión particular en las limitaciones subjetivas de las horas extraordinarias. Éstas prohíben directamente, en unos casos, o bien restringen de manera específica, en otros, la jornada extraordinaria en atención a diversas causas relacionadas con las características concretas del trabajador o su puesto de trabajo. La propia esencia de las horas extraordinarias, esto es, la prestación de servicios fuera de los parámetros que definen la jornada ordinaria, hace que en determinados supuestos los trabajadores sean especialmente sensibles a su realización; lo cual explica la existencia de estos límites específicos.

El primer caso en el que se reflejan, además con una especial claridad, todas estas premisas es el de los trabajadores menores de dieciocho años. Para ellos, el art. 6.3 del ET prohíbe, de manera directa y taxativa, la realización de horas extraordinarias. Tanto del tenor literal como también de la finalidad del precepto se infiere que se trata de un límite omnímodo, que opera frente a toda hora prestada fuera de la jornada ordinaria y cualesquiera que fuesen las circunstancias que exigen su realización. Ciertamente, algunas voces doctrinales entienden que sí cabría, al menos plantearse, que los menores de edad pudieran realizar horas extraordinarias por fuerza mayor, que son las que se llevan a cabo para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes; si bien solamente en situaciones extremas y con carácter subsidiario al resto de trabajadores que fuesen mayores de edad.²²⁵ Sin embargo, ya que (tal y como se verá inmediatamente) hay colectivos para los que el ET prohíbe las horas extraordinarias con carácter general pero les permite expresamente realizar aquellas que derivasen de la fuerza mayor, entiendo que, si la intención del legislador hubiese sido la de permitir también a los trabajadores menores de dieciocho años la realización de estas horas extraordinarias por fuerza mayor, los hubiese incluido entre dichos colectivos. Siendo ello así, cabe concluir que los trabajadores menores de dieciocho

²²⁵ ALFONSO MELLADO, C.L.: "Las horas...", *op. Cit.*, págs. 75 y 76.

años tienen absolutamente vedada la realización de horas extraordinarias, ya fuesen comunes o por fuerza mayor.

En efecto, tal y como se acaba de anunciar, hay también una serie de grupos de trabajadores a los que el ET les prohíbe la realización de horas extraordinarias, a no ser que respondiesen a la reparación o prevención de siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes. Es decir, que para todos ellos se establece una prohibición general de realizar horas extraordinarias, con excepción de aquéllas que se considerasen de fuerza mayor. Es el caso de aquéllos que estén vinculados a la empresa a través de un contrato para la formación y el aprendizaje (en virtud del art. 11.2 f) del ET), los trabajadores a tiempo parcial (así lo dispone el art. 12.4 c) del ET tras la entrada en vigor del RDL 16/2013 de 20 de diciembre) o el de los discapacitados que presten sus servicios en un centro especial de empleo (art. 13 a) del RD 1368/1985). En la misma situación se encuentran aquéllos trabajadores que disfrutasen a tiempo parcial el permiso de maternidad o de paternidad (D.A. 1º 4 del RD 295/2009)²²⁶.

Algo parecido cabe decir respecto a los trabajadores nocturnos²²⁷, que tienen prohibida la realización de horas extraordinarias por el art. 36.1 del ET; aunque, paralelamente, el art. 32 del RD 1561/1995 limita el alcance de dicha prohibición al permitirles que ejecuten estas horas cuando se den ciertas situaciones habilitantes.²²⁸

²²⁶ Lo que resulta perfectamente coherente con los objetivos de conciliación a los que responde este derecho, pues si se permitiese la realización de horas extraordinarias con carácter general los mismos se verían claramente impedidos.

²²⁷ Se consideran trabajadores nocturnos, en virtud del art. 36.1 del ET, a aquéllos que realicen una parte no inferior a tres horas de su jornada diaria de trabajo entre las diez de la noche y las seis de la mañana, así como a aquel que se prevea que puede realizar en tal período una parte no inferior a un tercio de su jornada de trabajo anual. No obstante, el resto de trabajadores sí podrán realizar horas extraordinarias dentro de dicho intervalo horario.

²²⁸ El art. 32 del RD 1561/1995, redactado de conformidad con lo previsto en el art. 34.7 del ET y el último párrafo del propio 36.1 del ET, se expresa en los siguientes términos:

1.La jornada de trabajo máxima de los trabajadores nocturnos establecida en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 36 del Estatuto de los Trabajadores sólo podrá superarse, mediante la realización de horas extraordinarias o la ampliación del período de referencia de quince días previsto en el mismo, con sujeción a las condiciones y límites que se establecen en el presente artículo, en los siguientes casos:

En efecto, la citada norma permite que los trabajadores nocturnos realicen horas extraordinarias cuando, en primer lugar, así lo permita de forma expresa y específica para su ocupación el Capítulo II del RD 1561/1995, que, como se sabe, recoge regímenes especiales de jornada para toda una serie de actividades concretas. Asimismo, también será posible que los trabajadores nocturnos realicen horas extraordinarias cuando se trate de prevenir y reparar siniestros u otros daños extraordinarios y urgentes. Y, por último, en el caso particular del trabajo a turnos, cuando la necesidad de realizar esas horas extraordinarias por fuerza mayor se debiese a irregularidades en el relevo de los turnos que no fuesen imputables a la empresa. En todos estos casos, en los que de manera excepcional sí se permite la realización de horas extraordinarias a los trabajadores nocturnos, aparece un límite específico, consistente en que su jornada no podrá superar un promedio de ocho horas diarias de trabajo efectivo en un determinado periodo de referencia. Dicho periodo de referencia para el cómputo de estas ocho horas diarias de promedio será de cuatro meses, cuando la posibilidad de realizar horas extraordinarias derive de la propia jornada del trabajador, que sea considerada como especial y por tanto se regule en el Capítulo II del RD 1561/1995 (es decir, cuando nos encontremos ante la excepción recogida en la letra *a*) del art. 32.1 del RD 1561/1995), y de cuatro semanas en todos los demás casos (es decir, cuando la excepción que permita la realización de horas extraordinarias a los trabajadores nocturnos sea la recogida en las letras *b*) o *c*) del mencionado artículo).

-
- a) En los supuestos de ampliaciones de jornada previstos en el capítulo II de este Real Decreto.
 - b) Cuando resulte necesario para prevenir y reparar siniestros u otros daños extraordinarios y urgentes.
 - c) En el trabajo a turnos, en caso de irregularidades en el relevo de los turnos por causas no imputables a la empresa.

2. Las excepciones a los límites de jornada de los trabajadores nocturnos a que se refiere el número anterior 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 previstos en el párrafo a) del apartado anterior, o de cuatro semanas en los restantes supuestos.

Para el cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando la ampliación de la jornada se materialice mediante la realización de horas extraordinarias, sea cual fuere la forma de compensación de las mismas acordada por las partes conforme a lo dispuesto en el artículo 35.1 del Estatuto de los Trabajadores y sin perjuicio del respeto de ésta, deberá reducirse la jornada de trabajo de los trabajadores afectados en los días subsiguientes hasta alcanzar el referido promedio en el período de referencia correspondiente.

b) Límites objetivos.

Junto a los anteriores límites subjetivos, dirigidos a proteger la situación particular de determinados trabajadores, encontramos otros, calificables como objetivos; que, a diferencia de aquéllos, tienen una aplicación generalizada o *erga omnes*, y se fundamentan en dos problemas esenciales e intrínsecos a la jornada extraordinaria: la protección de la seguridad y la salud en el trabajo y el reparto del empleo.

Resulta evidente, en primer lugar, que el régimen jurídico de la jornada extraordinaria, comparte todos los objetivos de protección de la salud fisiológica, personal y social, además de la propia seguridad en el trabajo, ya analizados respecto a la jornada ordinaria. Como ya se expuso, estos fines se persiguen mediante el establecimiento de distintos parámetros temporales máximos en la prestación de servicios. Sin embargo, podría afirmarse que tales propósitos adquieren, incluso, una relevancia cualificada en el caso de la jornada extraordinaria, en tanto en cuanto ésta supone trabajar más allá de los límites protectores que se consideraron razonables para la jornada básica o normal.

Pero junto a este objetivo, común a ambos tramos de la jornada laboral, el establecimiento de límites objetivos a la realización de horas extraordinarias encuentra un fundamento exclusivo y característico: el reparto del empleo. Si se observa, debido a su propia esencia, la jornada extraordinaria supone atribuir más cantidad de trabajo a alguien que ya se encuentra en activo y, además, con un contrato a tiempo completo. Si ello se enjuicia desde una perspectiva global del mercado de trabajo, en el que el empleo representa un bien escaso (terriblemente escaso en la actual coyuntura económica), parece lógico que se restrinja y se someta a ciertos condicionantes la realización de horas extraordinarias por parte de quien ya desarrollaba esa jornada ordinaria a tiempo completo. De hecho, es práctica generalizada en la negociación colectiva hacerse eco de estas ideas y, así, la gran mayoría de convenios reflejan de

manera expresa el compromiso de las partes de eliminar, o reducir al máximo, el recurso a la jornada extraordinaria.²²⁹

Pues bien, dentro de los límites objetivos que se dirigen a la consecución de estos propósitos encontramos unos, los principales, que tienen un efecto directo sobre las horas extraordinarias y otros cuyo impacto está más difuminado, y por ello se califican como indirectos.

- Límites objetivos directos.

El primer límite objetivo y con efectos directos se recoge en el art. 35.2 del ET, que establece que el número de horas extraordinarias no podrá ser superior a ochenta al año²³⁰; límite que se fraccionará proporcionalmente para los trabajadores que, por la modalidad o duración de su contrato, realicen una jornada en cómputo anual inferior a la generalizada en la empresa. Esta última previsión debe entenderse referida a los casos de los trabajadores fijos-periódicos del art. 15.8 del ET o los contratados temporales cuya vinculación dure menos de un año, así como, atendiendo a la *ratio legis*, al de aquéllos que, debido a suspensiones o reducciones de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas, no trabajasen todas las horas previstas o previsibles para ese año.²³¹

²²⁹ GARCÍA RUBIO, M.A.: “Ampliación...”, *op. Cit.*, pág. 243 y 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 mejorarla empleabilidad de los trabajadores”, en *Información Laboral*, nº 1/2014, edición digital, pág. 6.

²³⁰ Ciertamente, la cifra definida por el ordenamiento español contrasta fuertemente con otras de nuestro entorno jurídico y social, como podría ser el caso de Italia, donde el D. Lgs. Nº66/2003 establece, en su art. 5, un límite máximo anual de 250 horas extraordinarias para los casos en que la negociación colectiva no hubiese establecido reglas específicas al respecto.

²³¹ LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F.: “La nueva...”, *op. Cit.*, pág. 104. Cuestión distinta es que, como se verá al final de este mismo apartado, el art. 47.2 del ET establece que durante la vigencia del propio periodo de reducción no se pueden realizar, en absoluto, horas extraordinarias, salvo las consideradas de fuerza mayor.

No obstante, dicho límite cuantitativo resulta mucho menos determinante de lo que pudiera parecer a primera vista,²³² y ello debido a dos razones. En primer lugar, porque, tal y como se detallará, las horas extraordinarias que se compensasen en forma de tiempos de descanso equivalente dentro de los cuatro meses siguientes a su realización no computarán de cara a esas ochenta horas de máximo anual. Y, en segundo lugar, porque tampoco se tomarán en cuenta las horas extraordinarias que se hubiesen dirigido a prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes, denominadas *por fuerza mayor*.

Como se observa, no se establece ningún límite cuantitativo a la realización de horas extraordinarias en intervalos de tiempo inferiores al año, como pudieran ser la semana o el día (lo que sí ocurría en regulaciones precedentes). Ello contrasta notoriamente con la normativa comunitaria, pues el art. 6 de la Directiva comunitaria 2003/88/CE establece que la jornada semanal, incluyendo las horas extraordinarias, no podrá exceder de cuarenta y ocho horas²³³. Sobre este punto surgen, de nuevo, los problemas aplicativos que genera la transposición interna de dicha Directiva, desde luego, técnicamente mejorable²³⁴. Aquí el problema se concreta en que, mientras la Directiva integra en la jornada semanal las horas ordinarias y extraordinarias, el ET establece un cómputo separado e independiente de ambos tramos de jornada; y, así, fija, por un lado, un límite semanal para las horas ordinarias y un límite anual para las horas extraordinarias. Como se observa, ello implica que, a diferencia de la Directiva, que limita la cantidad de horas extraordinarias que el trabajador puede realizar a la semana, el ET solo limita dichas horas extraordinarias anualmente.

²³² CABEZA PEREIRO, J. [et al.]: “La ordenación...”, *op. Cit.*, pág. 195.

²³³ A este respecto debe destacarse que el reparto del trabajo extraordinario que realiza el ET, en periodos de referencia tan amplios como el año puede suponer una vulneración de la función limitadora de la duración semanal que utiliza la directiva y, por tanto, un ascenso en el grado de incertidumbre e imprevisibilidad sobre el momento de la prestación y, en suma, una pérdida de calidad en las condiciones de trabajo: CABEZA PEREIRO, J. [et al.]: “La ordenación...”, *op. Cit.*, pág. 43.

²³⁴ MONREAL BRINGSVAERD, E.: *op. Cit.*, pág. 107.

Esta falta de sintonía entre la normativa interna y la comunitaria ha llevado a defender que, en analogía a lo que establece el art. 34 del ET, se estableciese un límite específico a la jornada extraordinaria de ocho horas semanales.²³⁵ Dicho tope concreto derivaría de la diferencia existente entre la jornada ordinaria máxima permitida por el art. 34 del ET (cuarenta horas semanales) y la jornada absoluta programada por la Directiva para ese mismo periodo (cuarenta y ocho horas).

Sin embargo, en el análisis de esta cuestión debe atenderse también al art. 16 del citado texto comunitario, que establece que el período de cómputo para la aplicación de dicho límite semanal es de cuatro meses. Por tanto, no sería contrario a la Directiva que se llegasen a trabajar más de cuarenta y ocho horas (en total) alguna semana, siempre y cuando la media cuatrimestral de la jornada ordinaria y extraordinaria no superase dicha barrera. En este sentido se ha argumentado que la falta de un límite semanal a la realización de horas extraordinarias no supone un defecto de transposición de la Directiva.²³⁶ Y ello con base al siguiente razonamiento aritmético: si tenemos en cuenta que en un periodo de cuatro meses entrarán aproximadamente diecisiete semanas, aunque las ochenta horas anuales se concentrasen en un mismo cuatrimestre, no llegarían a un promedio de cinco semanales que, sumadas a las cuarenta de jornada ordinaria máxima, no se superarían ese máximo de cuarenta y ocho horas de media a lo largo de cuatro meses que establece la sinergia de los arts. 6 y 16 de la Directiva 2003/88/CE.²³⁷

Desde luego esto resulta plenamente válido en los casos de jornada regular. Sin embargo, cuando la jornada ordinaria se distribuyese de manera irregular, la suma de horas ordinarias y extraordinarias sí permitiría superar el máximo de cuarenta y ocho horas semanales en cómputo cuatrimestral²³⁸. Y, por tanto, sobre este punto sí se

²³⁵ ALARCÓN CARACUEL, M.R.: “La jornada...”, *op. Cit.*, pag. 44.

²³⁶ SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Artículo 34...”, *op. Cit.*, pág. 380.

²³⁷ ALFONSO MELLADO, C. L., GARCÍA ORTEGA, J.: “Jornada...”, *op. Cit.*, págs. 33 y 34.

²³⁸ En ese mismo sentido: CABEZA PEREIRO, J. [et al.]: “La ordenación...”, *op. Cit.*, pág. 77.

aprecia, efectivamente, un defecto de transposición de la norma comunitaria por parte del ordenamiento interno.²³⁹

De nuevo, a favor de la adecuación del ET a la norma comunitaria, podría argüirse que el art. 19 de la Directiva permite a la negociación colectiva ampliar los periodos de referencia fijados por el art. 16 hasta los doce meses. Pero ha de tenerse en cuenta que esta posibilidad se sujeta, en todo caso, a que se justificase por razones, objetivas, técnicas u organizativas; una exigencia causal a la que la regulación interna no hace mención alguna. Por tanto, debe concluirse así que, definitivamente, sobre sobre toda esta cuestión sí existe tal defecto de transposición.

Sea como fuere, y al margen de las carencias técnicas en la transposición de la Directiva, debe subrayarse el impacto potencial que puede tener sobre los trabajadores esta falta de límites a la jornada extraordinaria en intervalos temporales de ciclo más reducido. Este peligro se concreta en la, ya tratada, *jornada semanal extrema*. En su momento se analizó cómo a través de la distribución irregular de la jornada podía llegarse a series de trabajo extenuantes de doce horas de trabajo al día durante once días seguidos, a los que seguirían tres de descanso semanal acumulado. Pues bien, a ello ha de añadirse ahora que a través del recurso a las horas extraordinarias puede llegarse exactamente a la misma situación; pero con una diferencia agravante. En efecto, la jornada semanal extrema originada en la distribución irregular de la jornada ordinaria exige, al menos, un cierto grado de acuerdo en sede colectiva, ya que el límite de nueve horas diarias de trabajo ordinario del art. 34.3 del ET resulta absolutamente indisponible para la autonomía individual. Sin embargo, las horas extraordinarias permitirían llegar a esa misma situación desde la sede contractual, pero, además, sin control alguno de la negociación colectiva; ya

²³⁹ Obsérvese que se trata, este, de un problema diferente, aunque muy paralelo, al ya tratado en relación a la distribución irregular de la jornada en períodos de referencia anuales. Aquí la cuestión no es ya que el ordenamiento interno no exija ninguna causa justificativa para que un acuerdo colectivo lleve a cabo una distribución irregular de la jornada ordinaria en cómputo anual, tal y como sí lo requiere el art. 19 de la Directiva 2003/88/CE. Sino que se está frente a una posible gestión de la jornada extraordinaria que, a nivel estrictamente individual, puede generar situaciones disconformes a dicho texto comunitario.

que el citado límite de nueve horas diarias delimita la jornada ordinaria, pero no la extraordinaria.

En fin, para terminar con este primer límite objetivo de efectos directos, de las ochenta horas anuales de jornada extraordinaria máxima, se hace necesaria una última reflexión sobre su propia naturaleza y origen; análisis que, a su vez, destapará un nuevo matiz en la aplicación del mismo. Veamos.

Como se sabe, las horas extraordinarias que se compensen con descansos equivalentes en los cuatro meses siguientes a su realización no se computan de cara al límite máximo anual. Pues bien, considero que dicho plazo temporal para la compensación de las horas extraordinarias dista mucho de ser arbitrario o casual. Al contrario, tiene un origen muy cierto y definido: el periodo de referencia cuatrimestral que recogía, en su momento, el art. 16 de la Directiva 93/104/CE (y que, actualmente, contiene ese mismo artículo de la Directiva 2003/88/CE²⁴⁰) para el cómputo de la jornada tanto ordinaria como extraordinaria. Entiendo, así, que el plazo de cuatro meses que recoge el ET no es otra cosa que la sinuosa transposición de la Directiva 93/104/CE sobre los periodos de referencia máximos para promediar las horas extraordinarias.²⁴¹ Transposición que, como ya se ha señalado y se evidencia de nuevo, no se lleva a cabo de una manera explícita ni natural. Pues bien, si se comparte esa herencia normativa en el precepto del ET, emerge un nuevo matiz en la aplicación del límite de ochenta horas extraordinarias anuales: en ningún momento podrán acumularse más de ochenta horas extraordinarias pendientes de compensación. Y ello independientemente de que, desde el mismo momento de su realización, se previese dicha compensación dentro de los cuatro meses siguientes. Así, por ejemplo, no

²⁴⁰ Como se sabe, la Directiva 2003/88/CE no es sino la versión vigente de la normativa comunitaria sobre la ordenación del tiempo de trabajo y que es la heredera directa de la anterior versión, la Directiva 93/104/CE.

²⁴¹ En efecto pese a que, obviamente, la norma comunitaria que recoge este plazo de referencia es la Directiva 2003/88/CE, fue su versión anterior, la Directiva 93/104/CE la que determinó que la reforma laboral de la Ley 11/1994 incorporase al art. 35 del ET la previsión de que las horas extraordinarias compensadas con descansos equivalentes en los cuatro meses siguientes a su realización no se computarían de cara al límite anual de ochenta horas extraordinarias.

podrían acumularse nunca ciento veinte horas extraordinarias ya realizadas, a pesar de que cuarenta de ellas –o incluso más- se pretendiesen compensar en los cuatro meses siguientes a su realización y, por tanto, fuesen a quedar fuera de cómputo.

Ello se desprende de la propia finalidad de la Ley y su origen en la Directiva comunitaria; pues estas ochenta horas a lo largo de cuatro meses representan la cuota máxima de irregularidad que el ET concede a la esfera individual de la relación²⁴², de acuerdo a los mismos cuatro meses establecidos en el art. 16 de la Directiva comunitaria para el cómputo de la jornada semanal ordinaria y extraordinaria. De manera que, una vez que se acumulasen ochenta horas extraordinarias, no podría realizarse ninguna más hasta que no se “cancelasen” todas o algunas de ellas.

Por otra parte, se encuentra un segundo límite objetivo y con efectos directos a la realización de horas extraordinarias. Se trata del regulado por el art. 47.2 del ET, que establece que en los casos de reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, no podrán realizarse horas extraordinarias durante la vigencia del periodo de reducción, salvo aquéllas que se considerasen de fuerza mayor. Que eso sea así resulta absolutamente lógico y coherente desde un punto de vista jurídico, pues no cabría entender que se redujese la jornada de los trabajadores alegando las mencionadas razones para, a continuación, ampliarla por la vía de la realización de horas extraordinarias.

- Los límites objetivos indirectos.

Como se anunció, también existen otros límites objetivos a la realización de horas extraordinarias cuyos efectos no son tan automáticos o inmediatos como los anteriores.

²⁴² Téngase en cuenta que, tras la entrada en vigor de la Ley 3/2012, la nueva norma sobre el 10% de jornada ordinaria anual que el empresario podrá distribuir de forma irregular también representa, ahora, una cuota de irregularidad en cómputo anual que se enmarca en la esfera individual de la relación; de hecho, en el seno del poder de dirección unilateral del empresario.

El primero de ellos es el relativo a los descansos. Al igual que ocurre con la jornada ordinaria, no pueden prestarse horas de trabajo extraordinario durante los tiempos fijados como descanso. No obstante, distintos mecanismos de flexibilidad en la fijación y disfrute de vacaciones, festivos y descanso semanal, hacen que el auténtico límite a las horas extraordinarias derivado de los tiempos de descanso sea el relativo al reposo de doce horas entre un día de trabajo y el siguiente programado por el art. 34.3 del ET.²⁴³ El cual, además, opera tanto frente a las horas extraordinarias comunes como a las motivadas por fuerza mayor.²⁴⁴

El último límite objetivo a la realización de horas extraordinarias, en este caso con efectos marcadamente indirectos, es el relativo a la cotización gravada que éstas experimentan. Con el claro propósito de desincentivar su realización en aras de un mayor reparto del empleo, la Ley fija para las horas extraordinarias una cotización incrementada respecto a las ordinarias; que, sin embargo, no será tomada en consideración para determinar la base reguladora de las correspondientes prestaciones. Dicha cotización gravada será, para el año 2016, de un 28,30% para el caso de las horas extraordinarias comunes (23,60% a cargo de la empresa y 4,70% a cargo del trabajador) y de un 14% en el caso de que éstas fuesen por fuerza mayor (12% a cargo de la empresa y 2% a cargo del trabajador).²⁴⁵

En fin, para concluir este apartado debe subrayarse que, obviamente, la violación de cualquiera de los límites que operan frente a la jornada extraordinaria, con toda certeza uno de los terrenos de la relación laboral en los que más abusos se producen, acarrea diversas consecuencias. En primer lugar, el hecho de que las horas

²⁴³ En efecto, como se sabe, el periodo de disfrute de las vacaciones puede sufrir alteraciones; en determinadas circunstancias, puede llegar a exigirse la prestación de servicios durante los días festivos; y, por su parte, el descanso semanal puede acumularse por periodos de dos semanas. Sin embargo, ningún tipo de mecanismo permite la flexibilización del disfrute del descanso diario, que está absolutamente blindado frente a la autonomía colectiva e individual.

²⁴⁴ GARCÍA RUBIO, M.A.: "Artículo 35...", *op. Cit.*, pág. 375. Sobre este punto se profundiza en el capítulo relativo al descanso diario o inter-jornadas.

²⁴⁵ Art. 115 Dos.3 de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016.

extraordinarias se hayan producido en vulneración de cualquiera de los límites establecidos no obsta, en absoluto, para que sean debidamente retribuidas²⁴⁶. Lo que, además, contará con la cobertura subsidiaria del FOGASA en caso de insolvencia empresarial²⁴⁷. Por otro lado, persiste de igual modo la obligación de cotizar por dichas horas y computarlas en la base reguladora de las prestaciones derivadas de contingencias profesionales.²⁴⁸ Y, por último, no debe descartarse tampoco la responsabilidad empresarial derivada de una infracción administrativa grave ex art. 7.5 de la LISOS.

4. Tipología y características de las horas extraordinarias.

En función de las concretas circunstancias en que se desarrollen, las horas extraordinarias se califican, tradicionalmente, en horas extraordinarias comunes y horas extraordinarias por fuerza mayor.

a) Las horas extraordinarias comunes.

Las horas extraordinarias comunes se caracterizan, precisamente, por no revestir una causalidad específica. De hecho, se definen por contraposición a las horas extraordinarias por fuerza mayor, que son aquellas que se realizan con motivo de prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes. Así, se entiende

²⁴⁶ STS 27/01/1990 (Rec. 225/1990), que dispone que no puede el ordenamiento jurídico premiar a la empresa infractora de tal normativa con la gratuidad de las horas de trabajo de las que se beneficia indebidamente superando los límites establecidos. Y, asimismo, no es dudoso que el trabajador deba cobrar tales horas con los recargos, en su caso, establecidos.

²⁴⁷ STS 29/11/2006 (Rec. 4100/2005). La Sala razona que está fuera de toda duda que se deba activar la responsabilidad del FOGASA en estos casos. Si el fin propio de dicha institución es, precisamente, asumir el pago de los créditos laborales impagados en caso de insolvencia, con mayor razón debe activarse esta protección en los casos de trabajo más allá de los límites entendidos como razonables en los planos personal y social.

²⁴⁸ SSTs 02/02/1998 (Rec. 290/1997) y 25/09/1998 (Rec. 1917/1997).

que son comunes todas aquéllas horas extraordinarias que no puedan reconducirse a la categoría de fuerza mayor.²⁴⁹

Basta el mero interés o conveniencia de la empresa para que ésta le ofrezca al trabajador la realización de horas extraordinarias comunes. Y éstos, en principio y dada la genérica voluntariedad enunciada por el 35.4 del ET, podrán aceptar o rechazar su ejecución. No obstante, el propio precepto prevé a su vez que, por convenio colectivo o contrato individual, podrá pactarse la obligatoriedad de las mismas. Si ese fuera el caso, los trabajadores deberán ejecutarlas necesariamente, pues su realización sería tan imperativa como la de las horas ordinarias.

Sobre este punto se ha reflexionado que, cuando la realización obligatoria de las horas extraordinarias se pacta en el contrato individual, en realidad no se está más que ante una aceptación voluntaria pero anticipada de la realización de las horas extraordinarias. Y, por su parte, cuando el acuerdo para la realización de las horas extraordinarias se recogiese en el convenio colectivo, la obligatoriedad de su prestación provendrá de la voluntad concurrente de los representantes de los trabajadores; y, por ende, de los trabajadores mismos en virtud de la representación de intereses que implica la negociación colectiva.²⁵⁰ No obstante, considero que la obligatoriedad en la realización de las horas extraordinarias constituye un aspecto muy sensible y delicado, conectado con cuestiones absolutamente individuales como las necesidades en materia de conciliación. Por ello, en mi opinión, esa obligatoriedad respecto a la realización de las horas extraordinarias debería ser siempre aceptada, en último término, de manera individual por el propio trabajador; sobre todo si se valora la realidad de la pequeña empresa en nuestro país. Así, en este mismo sentido, se sostiene que no puede hablarse de que, verdaderamente, concorra la voluntad del trabajador cuando la realización obligatoria de las horas extraordinarias se hubiese

²⁴⁹ GARCÍA RUBIO, M.A.: “Artículo 35...”, *op. Cit.*, pág. 373.

²⁵⁰ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: “Voluntariedad y obligatoriedad en la prestación de las horas extraordinarias”, en A.A.V.V. *Estudios sobre la jornada de trabajo*, Madrid (ACARL), 1991, pág. 422.

pactado colectivamente, pues estaríamos, más bien, ante una imposición de la unidad de negociación.²⁵¹

Por lo que respecta a la empresa, rige un principio de libertad genérico en la gestión de las horas extraordinarias. Así, salvo que otra cosa se hubiese pactado expresamente, la empresa será libre de ofrecer la realización de horas extra a aquéllos trabajadores que estime más oportunos en base a sus propias consideraciones (capacidad, confianza, perfil profesional...). Eso sí, no podrá incurrirse en causa de discriminación ni atentar contra la igualdad del art. 14 CE²⁵², lo que sí constituiría un límite a dicha libertad genérica. Además, el hecho de ofrecer la realización de horas extraordinarias a unos trabajadores concretos no implica ningún tipo de derecho adquirido para que les volviesen a ser ofrecidas de nuevo a estos mismos en futuras ocasiones.²⁵³ Ello no obstante, resulta perfectamente posible que el convenio colectivo sí exija, en efecto, que la realización de horas extraordinarias se distribuya de una forma equitativa entre los trabajadores de la empresa en función de un criterio, por ejemplo, de rotatividad.²⁵⁴

En fin, para terminar el tratamiento de las horas extraordinarias comunes debe, simplemente, recordarse que les resultan aplicables todas las reglas genéricas antes expuestas. Así, éstas tendrán un límite anual de ochenta horas, pero sin que sean computadas a tal efecto las que se compensasen con descansos equivalentes dentro de los cuatro meses siguientes a su realización.

²⁵¹ CABEZA PEREIRO, J. [et al.]: “La ordenación...”, *op. Cit.*, pág. 185.

²⁵² DE LA VILLA GIL, L.E.: “El concepto...”, *op. Cit.*, pág. 369 y CABEZA PEREIRO, J. [et al.]: *ibidem*, pág. 195.

²⁵³ SSTs 20/12/1996 (Rec. 3413/1995) y 06/10/2008 (Rec. 177/2007).

²⁵⁴ GARCÍA RUBIO, M.A.: “Ampliación...”, *op. Cit.*, pág. 234.

b) *Horas extraordinarias por fuerza mayor.*

Son horas extraordinarias por fuerza mayor aquéllas que, en términos del art. 35.3 del ET, se efectúan para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes. Entre las causas que motivan su realización se encuentran averías, peligro de pérdida de materiales o productos, incendios, derrumbes, inundaciones y otros fenómenos naturales.²⁵⁵

Dadas las severas y perentorias circunstancias que rodean a las horas extraordinarias por fuerza mayor, su realización será, en todo caso, obligatoria para los trabajadores. Lo cual constituye, por tanto, una importante diferencia frente a las calificadas como comunes. Pese a que el art. 35 no recoge expresamente tal carácter obligatorio, el mismo se desprende del principio de buena fe que rodea a la relación laboral (arts. 5 a) y 20.2 del ET). Así lo sostiene pacíficamente la doctrina científica. De esta forma, las horas extraordinarias por fuerza mayor serán de tan obligada ejecución como las ordinarias, y su incumplimiento por parte del trabajador constituirá una infracción contractual oportunamente sancionable en función de las circunstancias y de acuerdo al régimen disciplinario de la empresa. Sin embargo, teniendo en cuenta las controvertidas situaciones en que puede exigirse esta prestación de servicios, cabe valorar las reglas relativas al poder de dirección empresarial del *solve et repete* y el *ius resistentiae*²⁵⁶. Según éstas, el trabajador debería acatar, en principio, la orden empresarial y sólo después reclamar el posible abuso empresarial. Aunque en circunstancias muy excepcionales, y sólo por razones de una fuerte justificación, podría justificarse la negativa del trabajador en base a su *ius resistentiae*.

En cualquier caso, el principio de la buena fe también compele a la parte empresarial, y, por tanto, no podrá solicitarse la ejecución de horas extraordinarias con abuso de derecho. La mayoría de la doctrina científica viene a coincidir con tribunales en que, para justificar la realización de estas horas extraordinarias, debe seguirse la definición

²⁵⁵ STS 09/06/1987 (RJ 1987\4312) y GARCÍA RUBIO, M.A.: "Artículo 35...", *op. Cit.*, pág. 377.

²⁵⁶ STS 09/06/1987 (RJ 1987\4312), de nuevo, y ALFONSO MELLADO, C.L.: "Las horas...", *op. Cit.*, págs. 73 y 74.

de fuerza mayor ofrecida por el art. 1105 del CC. Así, sólo pueda requerirse su ejecución a los trabajadores ante acontecimientos imprevisibles o, en caso contrario, al menos inevitables; y que tuviesen un carácter externo a la empresa y del todo independiente a su voluntad.²⁵⁷ Además, debido a las circunstancias de exigencia y menor grado de protección que suponen para el trabajador, estas horas extraordinarias por fuerza mayor están rodeadas de un aura de excepcionalidad, que hace que las causas que motivan su aparición se interpreten de manera muy restrictiva.²⁵⁸

Dada su particular esencia, estas horas extraordinarias por fuerza mayor presentan algunas diferencias importantes respecto a las comunes. La principal es que no computarán de cara al máximo anual de ochenta horas, pues así lo dispone expresamente el art. 35.3 del ET. Además, dicha exclusión del cómputo máximo se producirá con independencia de que se retribuyan económicamente o con descansos compensatorios, ya que el ET la establece con carácter categórico y sin hacer distinción alguna respecto a qué opción retributiva se efectuase.²⁵⁹

El motivo de que establezca un máximo anual para unas horas extraordinarias (las comunes) y no para las otras (las de fuerza mayor) parece encontrarse en que estas últimas, a diferencia de las primeras, no suponen una lesión al reparto del empleo. En efecto, mientras las horas extraordinarias por fuerza mayor sí responden a razones de urgencia y necesidad, las comunes podrían, perfectamente, ser llevadas a cabo por trabajadores inactivos; por lo que existe una relación inversamente proporcional entre éstas y las nuevas contrataciones.²⁶⁰ Pero además, debe recordarse que muchas de las

²⁵⁷ STS 25/03/2003 (Rec. 2217/1998), haciéndose eco de las SSTJCE 17/10/2002 (Asunto Adelina Parras Medinay) y 11/07/2002 (Asunto Kaserei Champignon), que identifican la fuerza mayor con aquéllas “*circunstancias ajenas al operador, anormales e imprevisibles, cuyas consecuencias no habrían podido evitarse a pesar de toda la diligencia empleada*”.

²⁵⁸ ALFONSO MELLADO, C.L.: “Las horas...”, *op. Cit.*, pág. 74 y GARCÍA RUBIO, M.A.: “Ampliación...”, *op. Cit.*, pág. 225.

²⁵⁹ En este mismo sentido: GARCÍA RUBIO, M.A.: “Artículo 35...”, *op. Cit.*, pág. 378.

²⁶⁰ CABEZA PEREIRO, J. [et al.]: “La ordenación...”, *op. Cit.*, pág. 193.

limitaciones subjetivas restringen la realización de horas extraordinarias comunes, pero no la de las extraordinarias; por lo que parece lógico pensar que las circunstancias que exigen la realización de las horas extraordinarias por fuerza mayor, así como su propia naturaleza y la buena fe contractual, hayan llevado al legislador a moderar los límites establecidos para las horas extraordinarias comunes.

En fin, para terminar el tratamiento de las horas extraordinarias por fuerza mayor, es pertinente hacer referencia a una posible carencia técnica en la transposición de la Directiva 2003/88/CE sobre este particular. El art. 17.3 f) del texto comunitario permite inaplicar los límites cuantitativos de la jornada de trabajo de cara a las horas extraordinarias por fuerza mayor.²⁶¹ Pero lo condiciona a que dichas horas se compensen *in natura*, con tiempos de descanso equivalentes. Por su parte, el art. 35.3 del ET excluye a dichas horas extraordinarias por fuerza mayor del cómputo de la jornada tanto ordinaria como extraordinaria, en correspondencia a esta directriz de derecho comunitario que permite inaplicar los límites máximos a la jornada en tales circunstancias; pero en ningún momento establece que deban compensarse necesariamente con descansos y, por tanto, también podrán retribuirse económicamente. Lo cual supone una falta de adecuación a la Directiva, que vincula explícitamente la incaplicación de determinadas normas sobre jornada en el régimen de las horas extraordinarias por fuerza mayor, pero siempre y cuando dichas horas fuesen compensadas *in natura*, es decir, mediante tiempos de descanso equivalentes. Por lo tanto, puede afirmarse que, sobre este punto, procede una actualización o corrección de la normativa.²⁶²

²⁶¹ En esencia, se prevé que, ante circunstancias de fuerza mayor, podrá inaplicarse el límite a la jornada de trabajo semanal (tanto ordinaria como extraordinaria) en cómputo cuatrimestral que contempla la propia Directiva.

²⁶² MONREAL BRINGSVAERD, E.: "La jornada...", *op. Cit.*, pág. 108.

c) *Horas extraordinarias estructurales y habituales.*

Por último cabe hacer referencia a la clasificación que cataloga las horas extraordinarias como estructurales y habituales. En realidad, esta distinción no encuentra ya hoy en día un soporte legal, pues la Ley no confiere ningún efecto diferenciado a unas y a otras. Sin embargo, sí persisten en la negociación colectiva, y en muchos casos se prevén regímenes diferenciados para las horas extraordinarias estructurales y habituales.

Las horas extraordinarias estructurales se caracterizan porque, dadas las circunstancias concurrentes en su realización, no pueden ser ejecutadas más que por los trabajadores que ya están en activo en la empresa; en algunos casos, debido a que la razón de trabajar más allá del horario ordinario deriva de situaciones de urgencia inmediata. Así, las horas extraordinarias por fuerza mayor podrían ser consideradas también como *estructurales* según esta clasificación. Pero también serán estructurales todas aquéllas horas en las que la prestación de servicios, fuera de la jornada ordinaria, derivase de las propias características del puesto. Que es lo que sucede, por ejemplo, en las operaciones de *toma y deje*; en las que se hace necesario que el trabajador saliente de un turno espere hasta que llegue su recambio del turno siguiente, bien para que el puesto no quede nunca vacío, bien para transmitirle cierta información pertinente... En cualquier caso, el común denominador de las horas extraordinarias estructurales, es que la necesidad de servicios del empresario no puede ser cubierta a través de nuevas contrataciones.

Por su parte, las habituales son aquéllas horas extraordinarias que responden a una genérica necesidad de servicios de empleador, por lo más diversos motivos, pero que sí podrían cubrirse a través de nuevas contrataciones. Por tanto, en relación a esta conceptualización, cabría sostener que las “puramente extraordinarias” son las horas estructurales.²⁶³

²⁶³ DE LA VILLA GIL, L.E.: “El concepto...”, *op. Cit.*, pág. 366.

En fin, tal y como se ha dicho, resulta posible que, pese a la falta de efectos diferenciados en la Ley, los convenios colectivos sí establezcan todavía alguna distinción respecto a esta clasificación. alguna de ellas podría ser, por ejemplo, la de pactar colectivamente la obligatoriedad de las horas extraordinarias estructurales y la voluntariedad de las comunes²⁶⁴, o la de fijar una fórmula retributiva diferenciada para unas y otras.²⁶⁵

5. Retribución.

El art. 35.1 del ET establece que, mediante convenio colectivo o, en su defecto, contrato individual, se optará entre abonar las horas extraordinarias en una cuantía, al menos, igual a la de las horas ordinarias o bien compensarlas con tiempos equivalentes de descanso retribuido. Asimismo, dispone que en ausencia de pacto al respecto, se entenderá que serán compensadas con descansos equivalentes dentro de los cuatro meses siguientes a su realización. Como se observa, la Ley contempla dos opciones retributivas, económicamente o con descansos, y muestra una preferencia sobre una de ellas, la segunda, en tanto en cuanto será ésta la forma retributiva que operará a falta de acuerdo expreso.

La fuente de la que debe manar ese posible acuerdo es el convenio colectivo, de manera preferente, y, en su defecto, el contrato individual. Así, resulta incuestionable que el convenio colectivo podría optar explícitamente por el descanso, con lo que ya quedaría vedada a la autonomía individual la opción de retribuir económicamente las horas extraordinarias. En cambio, el recorrido inverso sí podría plantear alguna duda. En efecto, se ha sostenido que cuando el convenio colectivo optase por el pago pecuniario de dichas horas, las partes mantendrían la posibilidad de pactar a nivel

²⁶⁴ Para un análisis en profundidad de esta clasificación entre horas extraordinarias estructurales y habituales: CABEZA PEREIRO, J. [et al.]: "La ordenación...", *op. Cit.*, págs. 188 y ss.

²⁶⁵ GARCÍA RUBIO, M.A.: "Ampliación...", *op. Cit.*, pág. 262.

individual su compensación en forma de descansos; y ello bajo el entendimiento de que no puede cerrarse convencionalmente la posibilidad del descanso, por ser esta la opción preferida por la Ley y porque, en el fondo, conduce a que en realidad no hayan existido horas extraordinarias.²⁶⁶ Sin embargo, en mi opinión, dicha lectura podría resultar cuestionable, pues la norma es muy clara a este respecto y entiendo que el acuerdo entre las partes solamente cabría en defecto de convenio colectivo. Ahora bien, por su parte, lo que sí resultaría perfectamente posible es que el convenio colectivo remitiese la elección al mutuo acuerdo entre las partes, con diversas soluciones subsidiarias en caso de que no se alcanzase el debido consenso.²⁶⁷

En fin, debe reseñarse que los tribunales son categóricos a la hora de negar al empresario la posibilidad de determinar unilateralmente cuál será la forma de compensación.²⁶⁸

a) El descanso compensatorio.

Así pues, en primer lugar podrá optarse expresamente por compensar las horas extraordinarias en forma de tiempos equivalentes de descanso retribuido.; lo cual se traduce en programar un descanso de duración, al menos, igual a las horas extraordinarias prestadas durante un tiempo que, en principio, estaba destinado a ser trabajado en forma de jornada ordinaria. Esta es la opción preferida por el legislador, que regirá en defecto de acuerdo, ya fuese colectivo o individual, sobre el particular. Además, la doctrina judicial se inclina por preponderar la opción del descanso incluso en los casos en que, pese a existir pacto, este no fuese perfectamente claro sobre la

²⁶⁶ ALFONSO MELLADO, C.L.: "Las horas...", *op. Cit.*, págs. 80-81.

²⁶⁷ GARCÍA RUBIO, M.A.: "Ampliación...", *op. Cit.*, págs. 261-262.

²⁶⁸ STS 26/03/1996 (Rec. 2702/1995), que entiende que no cabe colocar en manos del empresario la decisión sobre la forma de compensación de las horas extraordinarias, sino que por el contrario esta determinación debe hacerse siempre mediante acuerdo de las partes.

alternativa escogida.²⁶⁹ Tal predilección por el descanso deriva, principalmente, de dos factores. El primero, que esta opción es la que mejor vela por la protección de la salud y la seguridad en el trabajo, objetivos manifiestos de toda la normativa sobre la jornada laboral. Y, en segundo lugar, que es la que mejor satisface los propósitos de reparto del empleo; pues la compensación de las horas extraordinarias en forma de descansos lleva a que, en realidad, no exista un aumento neto del tiempo trabajado por aquéllos que ya se encontraban contratados a jornada completa en la empresa.

La Ley exige que el descanso compensatorio sea al menos “equivalente” a las horas extraordinarias realizadas. Sin embargo, se está ante un mínimo de derecho necesario que, perfectamente, puede ser mejorado a través del convenio o contrato que estableciesen un tiempo de descanso superior. Esta mejora puede consistir, obviamente, en un aumento del propio tiempo de descanso; pero también en la adición al descanso de un complemento pecuniario. Es lo que se denomina “retribución mixta”, figura totalmente aceptada por la doctrina científica, que combina el descanso compensatorio con una aportación monetaria específica.

Otra cuestión importante en relación al descanso compensatorio es la relativa al plazo para satisfacer el derecho del trabajador. La Ley, cuando no exista acuerdo sobre la opción escogida para compensar las horas extraordinarias, determina que se indemnizará al trabajador con tiempos de descanso equivalentes dentro de los cuatro meses siguientes a su realización. Por tanto, cuando la opción del descanso derive, precisamente, de la falta de acuerdo sobre el particular, la Ley es clara al establecer un plazo de cuatro meses para satisfacer el derecho a dicho descanso.

Sin embargo, tanto el acuerdo colectivo como el individual podrían fijar también un plazo concreto, distinto a esos cuatro meses, para la compensación en forma de descanso de las horas extraordinarias. No cabe ninguna duda de que dicho plazo podría ser inferior a los cuatro meses; pero, en mi opinión, la estructura de la norma también admitiría, perfectamente, que las partes, bien en sede colectiva o en sede

²⁶⁹ ALFONSO MELLADO, C.L.: “Las horas...”, *op. Cit.*, pág. 80, con apoyo en la STS 15/12/1997 (Rec. 2583/1997).

individual, pactasen un plazo superior a esos cuatro meses para llevar a cabo estos descansos compensatorios.²⁷⁰ Ahora bien, debe tenerse muy presente que esta última opción llevaría aparejado un efecto no negociable ni a nivel colectivo ni a nivel individual, y es el de que dicha jornada extraordinaria computaría de cara al máximo anual de ochenta horas. Algo que no ocurre cuando se compensan dentro los cuatro meses siguientes a su realización, tal y como establece el art. 35.2 del ET.

Sea cual sea el plazo para hacer efectivo el descanso compensatorio, debe analizarse cómo se fijará la fecha concreta para el disfrute; pues, tal y como puede fácilmente imaginarse, los intereses de las partes podrían no coincidir, lo que generaría un problema al que se debe dar solución. Cuando se llegase al descanso a través de un acuerdo colectivo o individual, y éste señalase cómo y cuándo llevar a cabo el descanso compensatorio, no existiría problema, pues ya se estaría fijando, bien directamente la fecha exacta del disfrute o, si no, al menos las reglas para su determinación. No obstante, cuando el pacto no previese tal particular o se llegase a la opción del descanso compensatorio, precisamente, por la inexistencia de un acuerdo sobre la compensación de las horas extraordinarias, la elección de la fecha concreta correspondería, a mi juicio, al empresario, en calidad de titular del poder de dirección y organización²⁷¹. Efectivamente, pese a no ser la opción más deseable, desde luego, no parece haber ninguna otra solución válida con cierta solidez jurídica.

El último punto a tratar sobre el descanso compensatorio es qué sucede cuando el empresario no concede el descanso al trabajador en las fechas o plazos establecidos. Cabría pensar que, cuando existiese pacto expreso por la compensación en descanso pero el empresario no lo concediese en el plazo previsto, éste resultaría obligado a compensarlas tan pronto como exigiese el trabajador (al margen de posibles sanciones

²⁷⁰ En efecto, obsérvese que el plazo de cuatro meses solamente se contempla de cara a excluir del cómputo de ochenta horas extraordinarias anuales aquellas que se compensasen en forma de descanso dentro de dicho plazo. Pero, cuando la norma configura la retribución de dichas horas, se deja en manos del eventual acuerdo en el convenio colectivo o, en su defecto, en el contrato la determinación de todos los aspectos referidos a la misma; sin que quepa, en absoluto, atribuir a esos cuatro meses de plazo una naturaleza de derecho necesario relativo.

²⁷¹ CABEZA PEREIRO, J. [et al.]: “La ordenación...”, *op. Cit.*, pág. 201.

administrativas en virtud del art. 7.5 de la LISOS); y que, en caso de que no hubiese habido pacto alguno y una vez ya transcurrido el plazo de cuatro meses, se habría producido una opción tácita por la retribución económica.²⁷² A mi juicio, en efecto, cuando hubiese pacto expreso en pro del descanso compensatorio pero no se efectuase éste en el plazo fijado, el empresario vendría obligado a concederlo tan pronto como lo exigiese el trabajador; pues, al fin y al cabo, estamos ante un incumplimiento del empresario, que debe asumir la obligación que le incumbe tan pronto como sea requerido para ello. No comparto, en cambio, que, ante la inexistencia de pacto y una vez transcurridos cuatro meses, deba entenderse que se habría producido una opción tácita por la retribución económica. En efecto, considero que, la Ley es perfectamente clara al señalar que en defecto de pacto las horas extraordinarias se compensarán en forma de descanso, y el hecho de que el empresario no conceda su disfrute en los cuatro meses fijados por el propio art. 35.1 del ET no supone, en ningún caso, que haya habido una opción tácita por la retribución pecuniaria. No encuentro ningún motivo que justificase un trato diferenciado, por lo que considero que la solución debe ser exactamente la misma para ambos supuestos y, por tanto, cuando no hubiese pacto sobre la compensación de las horas extraordinarias y transcurriesen los cuatro meses fijados por la Ley como plazo máximo para dicha compensación, también deberá concederse el descanso tan pronto como lo exija el trabajador, al margen de posibles responsabilidades administrativas.

b) La retribución económica.

Tal y como reconoce el art. 35.1 del ET, también será posible compensar las horas extraordinarias mediante una retribución económica de las mismas, cuando así se acordase en convenio colectivo o contrato individual de una manera expresa e inequívoca. Además, el precepto se encarga de aclarar que la cuantía de dicha

²⁷² ALFONSO MELLADO, C.L.: “Las horas...”, *op. Cit.*, págs. 83 y 84.

retribución no podrá ser, en ningún caso inferior al valor de la hora ordinaria. Diversos son los aspectos a aclarar sobre este punto.

En primer lugar debe destacarse que la Ley suprime, con la reforma de 1994, la imposición de que las horas extraordinarias se retribuyesen con un recargo de, al menos, el 75% sobre el valor de la hora ordinaria; y, en la situación de vigencia actual, simplemente se obliga a retribuir las horas extraordinarias en igual cuantía a las horas ordinarias. Dicha postura responde a la voluntad del legislador de desincentivar su realización por parte de los trabajadores y, así, se potencie el reparto de empleo.²⁷³ No obstante, se está ante un mínimo de derecho necesario relativo²⁷⁴; por lo que será perfectamente posible elevar su cuantía retributiva respecto a las horas ordinarias. Asimismo, también sería posible elevar la retribución de sólo algunas horas extraordinarias, en atención a diversos factores; como, por ejemplo, en función del número de horas extraordinarias totales realizadas o de las circunstancias en que estas se ejecutasen.

Por otra parte, la cuestión de cómo calcular con exactitud el valor de las horas extraordinarias ha generado diversos puntos conflictivos, ya resueltos por la jurisprudencia.

La primera disquisición a este respecto, versa sobre cómo determinar el valor dinerario de las horas ordinarias; pues, como se sabe, ése será el parámetro que marque el mínimo retributivo de las horas extraordinarias. Concretamente, dicha operación matemática consistirá en dividir la retribución total del trabajador entre el tiempo durante el que presta sus servicios en la empresa. Pues bien, sobre este punto la jurisprudencia afirma, de modo pacífico, que, para hallar el valor monetario de las horas ordinarias, no basta con dividir por ocho el salario diario o por cuarenta el semanal (si, por ejemplo, esas fuesen las jornadas pactadas); ya que tal operación mostraría un salario por hora de trabajo efectivo inferior al que, realmente,

²⁷³ GARCÍA RUBIO, M.A.: "Artículo 35...", *op. Cit.*, pág. 379.

²⁷⁴ Como, reiterada y pacíficamente sostiene la jurisprudencia: Por todas, STS 7/02/2012 (Rec. 2395/2011).

corresponde.²⁷⁵ En efecto, si se observa, esta fórmula simplificada de dividir entre cuarenta horas semanales (o las pactadas convencionalmente) el salario correspondiente a ese mismo periodo, parte de la falsa premisa de que todas las semanas del año son exactamente iguales. Pero, como se sabe, ello no es así, pues la incidencia de ciertas instituciones, como las vacaciones o los festivos, lleva a que muchas semanas se trabajen menos horas de las habituales o, directamente, no se preste ni una sola hora de trabajo efectivo. Sin embargo, durante estas otras semanas en las que directamente no se trabaje o, al menos, no se trabaje el mismo número de horas, se seguirá cobrando (o devengando, si el cobro es mensual) el mismo salario que todas las demás semanas; por lo que el cálculo efectuado obviando esta realidad arrojaría como resultado una retribución de cada una de las horas ordinarias realizadas durante el año inferior a la que, en realidad, se percibe. Partiendo de esta base, el Tribunal Supremo sostiene que, para calcular correctamente el valor económico real de las horas ordinarias, debe hallarse primero el total de horas de trabajo pactadas anualmente y, a continuación, dividir el salario íntegro anual entre tal número de horas. Lo que supone que se extraerán del divisor los días de festivos, vacaciones y cualesquiera otros días del calendario laboral que por disposición legal o por convenio colectivo no se trabajase (incluyendo también los permisos legales o pactados);²⁷⁶ pues solo de este modo se hallará el verdadero valor salarial de cada una de las horas de trabajo efectivo a lo largo del año; valor que constituirá el mínimo retributivo de las horas extraordinarias.

Por otra parte, es preciso referir también que la jurisprudencia exige que en la determinación del valor de la hora extraordinaria se tenga en cuenta no sólo el salario base, sino también los complementos salariales; distinguiendo, eso sí, entre aquellas partidas salariales que se perciben incondicionalmente (como pudiera ser la antigüedad, que serán incluidas en todo caso en la retribución de las horas extraordinarias), y aquellas otras que van vinculadas al trabajo realizado, que sólo

²⁷⁵ Por todas, la STS 26/07/2011 (Rec. 3688/2010), reiterando y completando doctrina anterior.

²⁷⁶ STS 02/10/2012 (Rec. 3748/2011).

deberán abonarse cuando en la realización de las horas extraordinarias en cuestión concurriesen las circunstancias (de peligrosidad, nocturnidad, toxicidad...) requeridas para el devengo del citado plus.²⁷⁷ Así, “la hora extraordinaria tendrá exactamente la misma retribución que la hora ordinaria, si se realiza en las mismas condiciones que esta” y, “si en el valor de la hora ordinaria está incluido, por ejemplo, un plus de penosidad, por realizarse el trabajo en determinadas condiciones -véase a la intemperie-, la hora extraordinaria tendrá este plus si el trabajo se realiza en las mismas condiciones”; pero, “por contra, si el trabajo en horas extraordinarias no se realiza a la intemperie sino en el interior de la empresa, no se incluirá en el valor de la hora extraordinaria el plus de penosidad”.²⁷⁸ Además, también parece razonable que recaiga sobre el trabajador la obligación de elaborar una demanda concisa y concreta, que pormenore las circunstancias que, efectivamente, concurrieron en la realización de las horas extraordinarias litigiosas.²⁷⁹ Y, así, cuando no existan elementos de prueba que permitan acreditar que las horas extraordinarias en cuestión fueron realizadas con la concurrencia de aquéllas circunstancias que motivarían los distintos pluses, no procederá su reconocimiento.²⁸⁰ Cabe, finalmente, destacar sobre este punto que los pluses de transporte y vestuario no computan de cara al cálculo de la retribución correspondiente a las horas extraordinarias, ya que ostentan una naturaleza extrasalarial o indemnizatoria.²⁸¹

La conjunción de las dos anteriores pautas marca, finalmente, el protocolo adecuado para identificar el mínimo retributivo de las horas extraordinarias, a partir de salario por hora ordinaria de trabajo efectivo. Éste consiste, concretamente, en que, tras

²⁷⁷ SSTS 03/07/2012 (Rec. 2746/2011), 28/09/2012 (Rec. 4527/2011), 02/10/2012 (Rec. 3509/2011), 18/12/2012 (Rec. 181/2012) y 22/01/2014 (Rec. 1476/2012).

²⁷⁸ STS 19/10/2011 (Rec. 33/2011).

²⁷⁹ RABASSÓ RODRIGUEZ, N.: “Horas extraordinarias en el sector de la seguridad privada. Punto final.”, en *RGDTSS*, nº32, 2012, edición digital, págs. 12-14.

²⁸⁰ SSTS de 07/02/2012 (Rec.2395/2011) y 03/07/2012 (Rec. 2746/2011).

²⁸¹ SSTS de 06/02/2013 (Rec. 1148/2012) y 02/10/2012 (Rec. 3509/2011) y SSTSJ Islas Baleares de 11/07/2011 (St. Num. 329/2011) y 16/05/2011 (St. Num. 175/2011).

sumar al salario base anual los complementos salariales que correspondan, se divida este montante económico entre la totalidad de las horas ordinarias que realice el trabajador en cuestión durante el año; pues solo así se obtendrá la cifra correcta que debe servir de referencia.

6. El plazo para reclamar la compensación de las horas extraordinarias.

Otra cuestión merecedora de análisis dentro de la dinámica de las horas extraordinarias es la de cuál es el plazo para reclamar su realización y consiguiente compensación cuando no se compensaron en su debido momento o, directamente, no se reconocieron siquiera como tales.

Pues bien, para ambas pretensiones, el plazo para reclamar será el previsto por el art. 59.2 ET, esto es, un año contado a partir desde el preciso momento en el que pudo ejercitarse la acción. Lo que sucede es que la determinación de ese momento concreto puede llegar a plantear ciertas dificultades; y cuál sea la fecha que se tome en consideración para dar inicio al cómputo del plazo tiene unos efectos evidentes: que la acción reclamatoria prescriba antes o después. Por lo tanto, se está ante una cuestión, como se dijo, con una notable relevancia práctica.

Cuando la jornada ordinaria se distribuya de manera regular, así como cuando se esté ante una jornada ordinaria irregular pero perfectamente rígida, el inicio del cómputo de este plazo de prescripción no plantea verdaderas dificultades; ya que las horas extraordinarias serían perfectamente identificables desde el mismo momento de su realización.

Así, para todos estos casos, cuando, colectiva o individualmente, se hubiese pactado que las horas extraordinarias se compensarían con una retribución pecuniaria, el inicio del cómputo se fijará, exactamente, en el momento en que éstas debieron ser retribuidas pero no lo fueron. Para lo cual ha de tenerse en cuenta que, normalmente y en aplicación del art. 29.1 del ET, dicho pago debiera estar integrado en el abono

periódico del salario correspondiente a aquél mes en el que se ejecutaron las horas extraordinarias en cuestión.

Por su parte, cuando, bien por falta de acuerdo sobre la forma de retribución o porque ese fuese el sentido del acuerdo colectivo o individual, se esté ante una compensación en forma de descansos equivalentes, el cómputo del plazo para reclamar no se iniciará hasta que no termine el periodo máximo dentro del cual pudo haberse hecho efectivo dicho descanso; ya se tratase de los cuatro meses previstos por el art. 35.1 del ET en defecto de acuerdo o bien otro específico que derivase del convenio colectivo o el contrato individual.

En cualquier caso, tal y como se sabe, de jornada ordinaria también puede seguir un esquema de gestión flexible o dinámico y, en tales circunstancias, todo cuanto es relativo a las horas extraordinarias se complejiza de un modo notorio.²⁸² En este

²⁸² En efecto, la consagración de la posibilidad de distribuir de manera irregular y flexible la jornada ordinaria dibuja un panorama en el que los límites entre la jornada ordinaria y la jornada extraordinaria se difuminan hasta el punto de su práctica desaparición. Como puede fácilmente imaginarse, desde el momento en que un aumento inopinado en la jornada de trabajo inicialmente prevista no supone necesariamente la aparición de horas extraordinarias sino que, por el contrario, también podría imputarse perfectamente a una jornada ordinaria distribuida de manera flexible, los contornos de ambas instituciones se confunden de un modo irremisible. Hasta el límite de que la identificación de las horas extraordinarias que, como se sabe, se definen por contraposición a las ordinarias, resulta prácticamente imposible. Y, de este modo, si ni siquiera se pueden identificar las horas extraordinarias realizadas, tampoco podrá observarse el límite anual de ochenta horas extraordinarias fijado por el art. 35.2 del ET.

Ciertamente, el propio art. 35.2 prevé a continuación, en el párrafo siguiente, que aquéllas horas extraordinarias que se compensen mediante descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización no se computan de cara al límite de ochenta horas extraordinarias anuales. Lo que ocurre es que, desde la reforma legislativa del año 2012, resulta perfectamente posible que un aumento de jornada ordinaria no sea compensado hasta doce meses después de producirse y, aun así, dichas horas conserven su condición ordinarias; por lo que surge la necesidad de aguardar hasta la finalización de cada periodo anual para determinar si se han realizado horas extraordinarias y en qué cuantía. En efecto, debido a que el módulo para la distribución de la jornada coincide con el módulo que la cuantifica (esto es, el año), resulta impracticable la diferenciación entre los aumentos del tiempo de trabajo imputables a la jornada ordinaria y a la extraordinaria; y sólo cuando, transcurrido ese ciclo anual, aparezca una jornada cuantitativamente superior a la establecida como ordinaria, se apreciará la existencia de horas extraordinarias. Pero, en ese momento, ya habrían transcurrido más de cuatro meses desde su realización y sería, por tanto, imposible compensarlas antes de que quedasen incluidas dentro del límite anual de ochenta horas extraordinarias.

Tales condiciones provocarán, sin duda, un considerable aumento de los casos en que los límites referidos a la jornada extraordinaria vengán incumplidos, con los consiguientes efectos nocivos para ambas partes. Para el empresario, los derivados de su incumplimiento; que le acarrearán, además de

particular la dificultad estriba en que, hasta que no termine el año natural en que se prestaron las horas extraordinarias, no podrá determinarse ni siquiera su propia existencia como tales; y, por tanto, el inicio del cómputo del plazo para reclamarlas no podrá tener lugar hasta dicho preciso momento.²⁸³ De este modo, el *dies a quo* coincidirá con la finalización del año natural en que se realizaron las horas extraordinarias en cuestión²⁸⁴; y, así, por todo lo anterior, será posible reclamar la compensación de las horas extraordinarias adeudadas durante todo el año siguiente a aquél en el que, efectivamente, se realizaron.

7. Mecanismos de control.

Es de sobra conocido que la gran mayoría de abusos en materia de tiempo de trabajo se encauzan a través de las horas extraordinarias, que bien no se retribuyen debidamente, o no se consideran todas aquéllas que efectivamente se realizaron; o bien, directamente, ni se reconocen. Dada esta realidad, el ordenamiento establece una serie de mecanismos específicos para el seguimiento y control de este tramo de la jornada de trabajo. En concreto, en el art. 35.5 del ET se recogen dos obligaciones del empresario dirigidas a estos propósitos.

En primer lugar, se exige que la jornada del trabajador se registre día a día. Y, en segundo término, que dicha jornada se totalice en el período fijado para el abono de

una posible sanción de carácter administrativo en virtud del art. 7.5 de la LISOS, la obligación de resarcir al trabajador por el exceso de jornada, ya sea mediante descansos compensatorios o la retribución correspondiente. Y todo ello sin que su conducta fuese necesariamente culposa (en el sentido de que se debiese a una decisión deliberada por su parte), pues las dificultades en el seguimiento y control de la jornada extraordinaria también le afectan negativamente a él mismo. Y qué decir del trabajador, que habrá visto sobrepasados los límites cuantitativos de su jornada de trabajo; materia que, como se sabe, imbrica directamente con razones de salud y seguridad en el trabajo. Pero es que, además de estas secuelas en la vertiente cuantitativa de la jornada laboral, debe reseñarse hasta qué punto se resienten los derechos del trabajador en relación a la esfera cualitativa del tiempo de trabajo.

²⁸³ En este sentido: ALFONSO MELLADO, C.L.: “Las horas...”, *op. Cit.*, págs. 88 y 89 y GARCÍA RUBIO, M.A.: “Artículo 35...”, *op. Cit.*, pág. 380, ambos con apoyo a los pronunciamientos de distintos TSJ.

²⁸⁴ SSTSJ de Galicia de 16/09/2014 (Rec. 2853/2012) y de Islas Canarias, Las Palmas, de 14/11/2013 (Rec. 1997/2011) y 23/10/2013 (Rec. 1504/2011).

los salarios; lo cual, normalmente y en aplicación del art. 29.1 del ET, tendrá una periodicidad máxima de un mes. Además, en relación a esta segunda obligación también se prevé la entrega al trabajador de un resumen indicativo de la totalización de las horas extraordinarias. Lo que ocurre, es que no queda del todo claro si las horas que deben registrarse y totalizarse son todas aquéllas que preste el trabajador o solamente las que tuviesen la consideración de extraordinarias.²⁸⁵

Si entendemos que las horas que deben registrarse y totalizarse son solamente las extraordinarias, el cumplimiento de estas obligaciones deviene prácticamente imposible en todos aquéllos casos en los que la jornada ordinaria se distribuya de una manera irregular. La relativa al registro porque día a día no se sabrá si ha habido, o no, horas extraordinarias, ya que habrá que esperar a la finalización del módulo temporal del cómputo de la jornada para saber si dichas horas entraron dentro de los parámetros de la jornada ordinaria o, por el contrario, excedieron de los mismo y se consideran ya extraordinarias. Y algo semejante ocurriría con la obligación de totalizarlas. Efectivamente, cuando la jornada irregular tuviese un módulo de cómputo superior al periodo de abono de los salarios, esto es, un mes, tampoco será posible totalizar las horas extraordinarias realizadas; pues ni siquiera estará claro qué horas merecen tal consideración hasta que no finalice el módulo temporal establecido para el cómputo de la jornada, ya sea éste el trimestre, el semestre, o incluso el año.

Pero resulta que, incluso bajo el entendimiento de que deben registrarse y totalizarse todas y cada una de las horas de servicio prestadas por el trabajador, ya fuesen ordinarias o extraordinarias, persistiría otro problema, ahora de carácter más genérico, relacionado con este seguimiento y control de las horas extraordinarias. Tal y como ya se ha analizado, tras las últimas reformas relativas a la distribución del tiempo de trabajo, se universalizan los sistemas de jornada flexibles o dinámicos y con un periodo

²⁸⁵ Entendiendo que deben registrarse y totalizarse todas las horas de servicios prestadas por el trabajador: GARCÍA RUBIO, M.A.: "Artículo 35...", *op. Cit.*, pág. 380. En sentido contrario: CABEZA PEREIRO, J. [et al.]: "La ordenación...", *op. Cit.*, pág. 187 y ALFONSO MELLADO, C.L.: "Las horas...", *op. Cit.*, págs. 69 y 70.

de cómputo anual; por lo que hasta que no finalice cada año no se sabrá si los distintos incrementos de jornada son producto de la realización de horas extraordinarias o si, por el contrario, se trata de meros aumentos de la jornada ordinaria imputables a estos sistemas de distribución flexible.²⁸⁶ De forma que, aunque se registrasen todas y cada una de las horas trabajadas, hasta que no finalizase el año en cuestión sería imposible identificar cuáles de ellas fueron ordinarias y cuáles extraordinarias. Lo cual complicaría, en términos generales, todo el seguimiento y control de la jornada extraordinaria.

Todo ello no obstante, en mi opinión, una sencilla propuesta de *lege ferenda* sería capaz de solucionar y dar salida a todas estas interrogantes y dificultades. En realidad, la problemática que subyace a toda esta coyuntura es la confusión entre los incrementos de la jornada ordinaria irregular o flexible y la realización de horas extraordinarias en sentido estricto. Por lo tanto, la búsqueda de la solución debe centrarse en algún mecanismo que permita identificar y diferenciar, con total claridad y desde un primer momento, ambos aumentos de jornada. Pues bien, para este propósito, creo que resulta idóneo dirigir la atención hacia el plazo de preaviso que exige el art. 34.2 del ET que, como se sabe, impone que el trabajador conozca, con al menos cinco días de antelación, las variaciones de jornada resultantes de una distribución irregular. En concreto, la solución que planteo es que se revista a este genérico requerimiento de una forma específica, por ejemplo a través de un sencillo modelo oficial, y de un mínimo contenido necesario, que suponga explicitar de manera fehaciente que se está llevando a cabo un incremento del tiempo de trabajo imputable a la jornada ordinaria, a la que se aplica un sistema de distribución irregular o flexible. Siendo ello así, podrá discernirse perfectamente cuándo se está ante un aumento de la jornada ordinaria irregular y cuándo se está ante la ejecución de horas extraordinarias. Este preaviso, ahora cualificado y dotado de mayor entidad, con una forma específica y

²⁸⁶ En relación a este punto, señalando que cuanto mayor es el periodo de referencia para la distribución de la jornada ordinaria, mayor es la dificultad para apreciar la existencia de horas extraordinarias CABEZA PEREIRO, J. [et al.]: “La ordenación...”, *op. Cit.*, pág. 183

un contenido cierto, permitiría reconocer con total exactitud los incrementos de jornada ordinaria. Y, así, toda hora de trabajo que no se haya preavisado e identificado como un aumento de la jornada ordinaria y exceda de los parámetros que la definen y la acotan, deberá ser considerada como extraordinaria desde el mismo momento de su realización. Sin necesidad de esperar a que finalice el año en cuestión y sin ningún problema relacionado con las exigencias de seguimiento y control del art. 35.5 del ET. Además, esta solución llevaría a que ambas herramientas empresariales para la optimización del uso de los recursos humanos coexistiesen con plena coherencia. De forma que cuando el empresario pudiese prever con, al menos, cinco días el incremento de la necesidad productiva, la distribución flexible de la jornada se erigiría como el instrumento idóneo. Mientras que si la espontaneidad de las necesidades productivas le privase de estos cinco días de anticipación, siempre podría recurrir a las horas extraordinarias.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CAPÍTULO V

LAS LIMITACIONES DE LA JORNADA EN ATENCIÓN A LAS NECESIDADES FAMILIARES Y PERSONALES DEL TRABAJADOR: REDUCCIONES Y ADAPTACIONES



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

V. LAS LIMITACIONES DE LA JORNADA EN ATENCIÓN A LAS NECESIDADES FAMILIARES Y PERSONALES DEL TRABAJADOR: REDUCCIONES Y ADAPTACIONES.

1. Introducción. 2. El permiso de lactancia. 3. El derecho a la reducción de jornada para la atención de los hijos prematuros u hospitalizados tras el parto. 4. El derecho a la reducción de jornada por razones de guarda legal y cuidado directo de familiares. 5. El derecho a la reducción y adaptación de jornada de las víctimas de violencia de género o de terrorismo. 6. El derecho a la adaptación de jornada por razones personales y familiares del art. 34.8 del ET.

1. Introducción.

El ET recoge una serie de reducciones y adaptaciones de jornada que tienen la finalidad de garantizar el derecho a la conciliación de la vida familiar, personal y laboral de los trabajadores. A diferencia de los permisos retribuidos del art. 37.3 del ET, los derechos de reducción y adaptación de la jornada de trabajo traen causa en la necesidad de que el trabajador pueda armonizar su tiempo de trabajo y su vida privada, pero no ya frente a determinadas circunstancias muy efímeras y precisas, sino ante situaciones que requerirán su atención durante dilatados periodos de tiempo. Mientras los permisos retribuidos permiten que el trabajador se inhiba por completo de su trabajo ante sucesos muy concretos y esporádicos, estos otros derechos, contenidos en los arts. 37 (4, 5, 6, 7 y 8) y 34.8 del ET, tienen como objetivo moderar las exigencias laborales a lo largo de etapas, más o menos dilatadas, en las que el trabajador tendrá que compatibilizar sus obligaciones profesionales con determinadas exigencias de su vida privada. Concretamente, las situaciones de necesidad que darán origen a estas reducciones y adaptaciones de jornada se relacionan, principalmente, con el cuidado y crianza de los hijos o la atención de cualesquiera otros familiares menesterosos.

De esta manera, los derechos de reducción y adaptación de jornada de los art. 37, en sus puntos 4 a 8, y 34.8 del ET se encuadran en la vertiente más sociológica del Derecho del Trabajo; pues, en efecto, puede afirmarse que la ordenación del tiempo de trabajo es uno de los principales frentes desde los que se deben abordar diversos

problemas con profundo arraigo social, como los cambios en la estructura demográfica o el papel de la mujer en la sociedad moderna. El precipitado envejecimiento de la población, los alarmantemente bajos índices de natalidad o las barreras, aun persistentes, en la integración de las mujeres al mercado de trabajo representan cuestiones de vital importancia; no solo a nivel jurídico, sino también social y económico. Pues bien, resulta evidente que los derechos de conciliación de la vida familiar, personal y laboral desempeñan un papel absolutamente trascendental en el tratamiento y evolución de todas estas cuestiones. En efecto, su centralidad viene avalada por la propia CE, que ilustra en su articulado la envergadura de los intereses relacionados con la conciliación de la vida personal, familiar y laboral dando, de manera más o menos directa en cada caso, un soporte fundamental a estos derechos. Así, el art. 14 de la CE reconoce el Derecho a la Igualdad, con todas sus imbricaciones en materia de corresponsabilidad ante las cargas familiares y la cuestión de género, y el art. 39 proyecta la protección de la familia, en general, y los hijos, en particular.

2. El permiso de lactancia.

El art. 37.4 del ET reconoce a los trabajadores un derecho para la lactancia de sus hijos hasta que cumplieren los nueve meses de edad, consistente en un permiso para que se ausenten del trabajo durante una hora o reduzcan su jornada en media hora.

a) Finalidad.

En sus orígenes históricos, el derecho a la lactancia se configuraba como un permiso para que la mujer trabajadora se ausentara durante su jornada laboral, con objeto de amamantar a sus hijos naturales.²⁸⁷ Por tanto, inicialmente el derecho tenía por objeto proteger y favorecer la lactancia natural como hecho fisiológico (lo que se reducía al nutrimiento directo por parte de la madre), bajo el entendimiento de que debía

²⁸⁷ Así aparece estructurado en el art. 3 d) del Convenio nº 3 de la OIT, del año 1920.

facilitarse esta “peculiar e inmejorable”²⁸⁸ alimentación natural de los hijos, y cuya una titular era, por tanto, la propia madre.

Así se mantuvo la configuración, tanto objetiva como subjetiva, del derecho hasta la LRL de 1976; momento desde el que este esquema inicia un proceso de cambio al abrigo de distintos episodios legislativos.²⁸⁹ Así, hoy en día, el propósito perseguido es que el progenitor, tanto hombre como mujer, atienda al recién nacido en todas sus necesidades, entendidas en sentido amplio. De este modo, la configuración actual del derecho abarcaría cualquier tipo de alimentación del recién nacido, ya fuese ésta la lactancia o la artificial²⁹⁰. Pero es que, incluso, puede afirmarse que hoy por hoy el derecho de lactancia se ha llegado a desligar completamente de lo que su denominación sugiere y, en realidad, se dirige a facilitar el cuidado del menor y propiciar el estrechamiento del vínculo afectivo del recién nacido con la madre o el padre durante la etapa inicial de la vida.²⁹¹ De hecho, el derecho a la “lactancia”, tal y como se verá, puede ser acumulado para su disfrute en jornadas completas; lo que da idea de que la finalidad protegida no guarda ya ninguna relación con las necesidades estrictamente alimenticias del recién nacido. Todo ello lleva a plantearse si no sería conveniente cambiar la denominación actual de este derecho, eliminando con carácter definitivo el término lactancia; para adecuar, así, la nomenclatura del precepto con su contenido real y efectivo.

Por otra parte, en la actualidad, resulta indistinto el tipo de filiación, pues el derecho se genera tanto en los casos de hijos naturales como en los de adopción o

²⁸⁸ Con expresión de: SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: “Los permisos retribuidos del trabajador”, Elcano (Navarra), (Aranzadi), 1999, pág. 183.

²⁸⁹ Para un elenco de los sucesivos cambios normativos de este derecho: CABEZA PEREIRO, J.: “Descanso...”, *op. Cit.*, págs. 804 y 805.

²⁹⁰ Así lo comparte de manera absolutamente pacífica la doctrina científica. Además, también se contempla como un buen uso del derecho que el progenitor esté simplemente presente junto a su hijo, aunque no lleve a cabo su alimentación de manera personal: SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: “Los permisos...”, *op. Cit.*, pág. 195.

²⁹¹ VIQUEIRA PÉREZ, CARMEN: “Derechos de conciliación de la vida laboral, familiar y personal: deficiencias y problemas”, en *Revista Doctrinal Aranzadi*, nº10/2010, edición digital.

acogimiento. Así se desprende del tenor literal de la norma, que recoge expresamente los tres supuestos; como no podría ser de otra manera en coherencia con el art. 39.2 de la CE, que encomienda a los poderes públicos la protección integral de todos los hijos, iguales ante la Ley y con independencia de su filiación, y el 108 del CC, que equipara plenamente los efectos de la filiación natural y la filiación por adopción. Por todo ello, puede afirmarse que cualquier otra configuración del campo objetivo del derecho, que estableciese diferenciaciones derivadas del tipo de filiación, resultaría discriminatoria y contraria al art. 14 de la CE.²⁹² En efecto, como se sabe, el derecho a la lactancia, al igual que otros permisos que la norma prevé con motivo de la maternidad o la paternidad biológica, tiene ya por objeto la tutela de derechos e intereses que se encuentran igualmente presentes en los supuestos de maternidad o paternidad adoptiva.²⁹³

b) Titularidad.

Los cambios en la óptica desde la que se enfoca este derecho han incidido con especial intensidad en todo lo referente a su titularidad. Cuestión que ha experimentado una auténtica transformación a lo largo de los últimos tiempos.²⁹⁴

²⁹² MONTOYA MEDINA, D.: “Conciliación de la vida laboral y familiar en la reforma laboral de 2012”, en RTSS. CEF, nº 361 (abril 2013), pág. 135. Este mismo esquema argumental es el utilizado para criticar la diferencia de trato entre la filiación natural y adoptiva a efectos de conceder el permiso retribuido del art. 37.3 b) del ET: VIQUEIRA PÉREZ, C.: “Interrupción...”, *op. Cit.*, págs. 27-28.

²⁹³ VIQUEIRA PÉREZ, C.: “Interrupción y suspensión del contrato de trabajo con motivo de la adopción de un hijo”, Tirant lo Blanch (Valencia), 2003, págs. 17-18.

²⁹⁴ En un primer estadio de este proceso de evolución normativa, se pasó de la titularidad exclusiva e irremisible de la madre biológica a una titularidad, siempre de la madre, pero solo originaria, en tanto en cuanto, si ésta era su voluntad, podía cedérsela al padre cuando ambos trabajasen; reforma respecto al texto original del ET de 1980 que fue operada por la Ley 3/1989. Por otra parte, esta cesión al padre de un derecho que pertenecía, sustancialmente, a la madre solo podía producirse cuando ella fuese, también, trabajadora y por cuenta ajena; pues el permiso nacía exclusivamente en esas circunstancias. Todo este panorama, plagado de diversos problemas sustantivos y aplicativos [Para un análisis detallado de las distintas dificultades que generaba, en su momento, esta regulación del derecho: GARCÍA TESTAL, E., LÓPEZ BALAGUER, M.: “Los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar en la empresa”, Valencia (Tirant lo Blanch), 2012, págs. 93-96.], que enmarañaba la titularidad del permiso de lactancia se ha superado, en gran medida, a raíz de la STJUE de 30 de septiembre de 2010 (Asunto C-104/2009,

Actualmente el art. 37.4 del ET recoge un derecho de titularidad neutra a los progenitores, ya sean hombres o mujeres²⁹⁵ y que podrán disfrutar con independencia de la situación laboral del otro.²⁹⁶ No obstante, la Ley especifica que, en caso de que ambos trabajasen, solo uno de ellos podría hacer uno efectivo del permiso. La estructura del texto legal no parece dejar margen ninguno a la interpretación, por lo que considero que la incompatibilidad se dará tanto cuando ambos progenitores trabajen para un mismo empresario como cuando trabajen para distintos empresarios. Ello abre la incógnita de a qué mecanismos puede acceder el empresario para controlar que ese derecho, generado a raíz de la filiación, no está ya siendo disfrutado por el otro progenitor, que trabajase para otra empresa. La Ley no contiene previsión alguna en este sentido, por lo que únicamente cabría enfocar esta cuestión a través de la buena fe exigible al trabajador; y, así, con toda seguridad, una conducta abusiva por su parte daría lugar a la pertinente sanción disciplinaria.²⁹⁷

Roca Álvarez). En ella se resuelve una cuestión prejudicial elevada por el TSJ de Galicia, que se planteaba si el permiso de lactancia debería concederse tanto a hombres como a mujeres y si el hecho de reservarlo a las mujeres trabajadoras por cuenta ajena vulnera el principio de igualdad de trato, que impide toda discriminación por razón de sexo, reconocido por el art. 13 del Tratado y las Directivas 76/207/CEE y 2002/73/CE. Efectivamente, el TJUE entendió que la regulación española del permiso de lactancia resultaba discriminatoria por razón de sexo. Pero la analizaba desde una perspectiva totalmente innovadora. Desde luego, la estructura de la norma nacional perjudicaba al padre, en tanto que no podía disfrutar del permiso sino cuando también la madre fuese trabajadora. Pero el órgano comunitario considera que el verdadero acento de la discriminación recaía no tanto sobre la figura del padre, sino sobre la de la mujer. Pues esa titularidad originaria del permiso de lactancia contribuía a *“perpetuar un reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer al mantener a los hombres en una función subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de su función parental”*. Y, por fin, tras el citado pronunciamiento, y su posterior asunción por la doctrina judicial interna, la correspondiente reformulación normativa de la titularidad del derecho de lactancia llegó con la Ley 3/2012.

²⁹⁵ En este sentido se afirma que, tras la reforma de la Ley 3/2012, el permiso se configura como un “derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres”. Por lo que no hay una titularidad originaria única, ni siquiera preferente: SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: “Conciliación de la vida familiar en la Reforma Laboral de 2012: lactancia.”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 1/2012, edición digital, pág. 2.

²⁹⁶ De esta manera, a diferencia de lo que ocurría con anterioridad, tanto el padre como la madre podrán acceder a este permiso laboral aunque el otro progenitor no tuviese la condición de trabajador asalariado.

²⁹⁷ El problema es que, muy probablemente, las indagaciones necesarias para constatar que el otro progenitor (que no trabajase en la misma empresa) se encontraba ya disfrutando del permiso de lactancia le supondrían al empresario un gravamen superior al derivado del disfrute del permiso por parte de su asalariado; con lo que, mientras el legislador no diseñe algún mecanismo específico, no parece haber una solución, viable en la práctica, a esta cuestión.

En fin, este nuevo esquema de titularidad parece presentar dos únicas incógnitas. En primer lugar, se plantea la incertidumbre de quién disfrutará el permiso en caso de falta de acuerdo al respecto entre los padres, dado que ahora ninguno de los progenitores tiene una preferencia en el ejercicio del derecho. Cuestión que, tal y como señala la doctrina²⁹⁸, la norma no se ha ocupado de aclarar. En mi opinión, la solución más razonable para este supuesto no sería otra que repartir el disfrute del derecho equitativamente entre ambos. La segunda incógnita, por su parte, hace referencia a la posibilidad de que, durante el periodo de ejercicio del derecho, se cambie el titular de su disfrute, pasando de uno a otro. Alternativa que, siempre que sea razonable y no se cometan abusos de derecho o se actúe de mala fe, sí parece adecuado admitir.²⁹⁹

c) Contenido.

El derecho conferido al trabajador consiste en un permiso para ausentarse del trabajo durante una hora (que podrán dividir en dos fracciones) o bien reducir en media hora su jornada. A pesar de que no se diga expresamente, parece indiscutible que ambas posibilidades de flexibilización van referidas a la jornada diaria. Como se observa, la Ley prevé dos modalidades alternativas distintas de disfrute del derecho. A este respecto, la estructura misma del precepto, así como la prerrogativa contenida en el art. 37.6 del ET, que se desarrollará más adelante, evidencian que será el propio trabajador quien escoja entre una y otra modalidad de disfrute.

La primera de las dos opciones contempladas, la relativa a ausentarse del trabajo durante una hora, implica que, tanto antes como después de la misma, el trabajador

²⁹⁸BALLESTER PASTOR, M.A.: “El irreconocible derecho fundamental a la conciliación de responsabilidades en la Ley 3/2012”, en A.A.V.V. *Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales: la reforma del 2012*, Albacete (Bonmarzo), 2012, pág. 193.

²⁹⁹SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: “Conciliación...”, *op. Cit.*, pág. 3.

debe encontrarse ocupado en el desempeño de sus funciones.³⁰⁰ Por tanto, si tal es su elección, el trabajador deberá iniciar su jornada diaria a la hora establecida y no abandonar su puesto de trabajo, con carácter definitivo, hasta que ésta no concluya. No obstante, la norma le reconoce la posibilidad de fragmentar esta hora de descanso en dos partes (o más, si así se permite por convenio colectivo o acuerdo individual), que no han de ser necesariamente simétricas o iguales en su duración. Pero eso sí, tal fragmentación tampoco puede implicar la pérdida de la característica esencial de esta alternativa, que supone que por “ausencia” deba entenderse un paréntesis³⁰¹ situado en el interior de una jornada diaria; que comienza antes de la pausa y que aún continúa tras ella. Lo cual supone que los distintos fragmentos de la ausencia deben ubicarse temporalmente en un punto intermedio de la jornada diaria. No obstante, en los casos de jornada partida (mañana-tarde) la ausencia sí podría situarse tanto al final del periodo matutino como al comienzo del vespertino. En este sentido puede argumentarse que en uno y otro supuesto habría previo acceso al puesto de trabajo y regreso al mismo, pues lo único que no concurre es la inmediatez en el regreso tras la pausa.³⁰² O, en esta misma línea argumental, puede considerarse que desde el inicio de la actividad, por la mañana, hasta su conclusión, por la tarde, estamos ante el mismo periodo diario de jornada.³⁰³

Por su parte, la opción de reducir la jornada diaria en media hora consiste, precisamente, en un comienzo tardío o una terminación anticipada de la misma. Así, a diferencia de la anterior, esta alternativa para el disfrute del derecho sí permite al trabajador localizar el permiso de lactancia, bien en el momento exactamente posterior al que sería el inicio de su jornada ordinaria, o bien inmediatamente antes de

³⁰⁰ En efecto, el propio término “ausencia” hace referencia, según el diccionario de la RAE a la acción de separarse o alejarse del lugar en el que uno ya se encontraba.

³⁰¹ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: “Los permisos...”, *op. Cit.*, pág. 197.

³⁰² GARCÍA TESTAL, E., LÓPEZ BALAGUER, M.: “Los derechos...”, *op. Cit.*, pág. 99 y SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: “Conciliación...”, *op. Cit.*, pág. 4.

³⁰³ GARCÍA NINET, J.I.: “Notas sobre sobre las ausencias del trabajo por lactancia (en torno al artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores)”, en *Revista de Trabajo*, nº 94, 1989, pág. 34 al hilo de una STCT de 23/03/1988.

la que sería su hora de salida habitual. Como se observa, cuando el trabajador opta por la reducción de jornada, la duración temporal del permiso disminuye a la mitad (media hora frente a una entera en la anterior alternativa de la ausencia); de lo que se deduce que, a juicio del legislador, entrar a trabajar más tarde, o cesar antes, tiene unas ventajas equiparables a ausentarse del trabajo durante el doble de tiempo, pero con la obligación de incorporarse a sus funciones antes y después.³⁰⁴ Sin embargo, es perfectamente posible, y de hecho así sucede en la práctica negociadora³⁰⁵, que los convenios colectivos equiparen en términos cuantitativos ambas opciones y, así, cuando ésa fuese la elección del trabajador, la reducción de la jornada diaria sería de una hora entera.

El trabajador dispone, todavía, de una opción más en el ejercicio del permiso de lactancia; pues el propio precepto recoge la posibilidad de que se acumule el derecho para su disfrute en jornadas completas. Así, en lugar de que el trabajador se ausentase del trabajo todos los días o bien redujese su jornada diaria, podría disfrutar de días completos de asueto para dedicarse a la atención del recién nacido. Con esta previsión la LOI 3/2007 (D.A. Decimoprimer) y el reformado art. 37.4 del ET dan un espaldarazo normativo a la, ya anteriormente consagrada, doctrina judicial³⁰⁶ que aprobaba las disposiciones convencionales que reconocían esta modalidad de disfrute del derecho.³⁰⁷

³⁰⁴ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: “Los permisos...”, *op. Cit.*, pág. 200.

³⁰⁵ Así se documenta en GARCÍA TESTAL, E., LÓPEZ BALAGUER, M.: “Los derechos...”, *op. Cit.*, pág. 99; citando, entre otros: III Convenio Colectivo Sectorial de Ámbito Estatal de las Administraciones de Loterías 2006-2007; Convenio Colectivo General de Ferralla 2005-2008; o el Convenio Colectivo Interprovincial de las Empresas Minoristas de Droguerías, Herboristerías, Ortopedias y Perfumerías 2005.

³⁰⁶ STS 20/06/2005 (Rec. 83/2004), que entendía que tal configuración convencional del derecho supone una mejora de los términos legales amparable por el principio de norma más favorable.

³⁰⁷ A este respecto cabe mencionar que, pese a la indiscutible vigencia de esta opción para el disfrute del permiso, algunos autores se plantean, en relación a esa *ratio legis* original de la lactancia, qué ocurrirá con el cuidado y la alimentación del recién nacido cuando, fruto de su disfrute acumulado, ya se haya agotado.: BLASCO JOVER, C.: “Acumulación de horas por lactancia”, en *Actualiad Laboral*, nº10, 2005, págs. 1200 y ss.

No obstante, el ET supedita la posible acumulación del permiso en jornadas completas a que así se prevea en el convenio colectivo o que, en su defecto, así se acuerde con el empresario. Como se sabe, el ET pone en manos del trabajador la concreción horaria y la determinación del permiso de lactancia, pero esta última posibilidad, consistente en disfrutarlo de manera acumulada en jornadas completas, exige pacto convencional o individual previo;³⁰⁸ lo que sin duda se relaciona con ese origen negocial que, como se ha visto, tiene esta modalidad de ejercicio del derecho.

El único punto polémico dentro el análisis del disfrute acumulado en jornadas completas del permiso de lactancia es el de las reglas que deben ser tenidas en cuenta para el cálculo de su duración. La disyuntiva consiste en dilucidar si el número de días completos de permiso, que disfrutará el trabajador, debe extraerse a partir de la acumulación de horas enteras (propias de la opción por la ausencia) o bien de medias horas (lo correspondiente a la segunda opción de disfrute, la reducción de jornada). Como resulta obvio, el criterio adoptado determinará una diferencia muy notoria en la cifra resultante, puesto que, si se acumulan medias horas, el trabajador contará con la mitad de días de permiso que si se hubiesen acumulado horas enteras. Debe destacarse, ya desde un momento preliminar al propio análisis, que este problema interpretativo parte de la falta de claridad técnica de la norma, origen de la presente confusión.

Algunos autores se manifiestan a favor de la acumulación de las horas enteras propias de la ausencia³⁰⁹; y, de hecho, el tenor literal del precepto, desde luego muy mejorable en lo técnico, bien podría conducir a esta conclusión.

³⁰⁸ En la práctica, la negociación colectiva se muestra poco receptiva a esta sugerencia de la Ley. Por lo que son pocos los convenios colectivos que reconocen la posibilidad de acumular el descanso en jornadas completas y esta opción de disfrute del derecho de lactancia sigue dependiendo principalmente del acuerdo individual entre empresario y trabajador: LAHERA FORTEZA, J., GARCÍA QUIÑONES, J.C.: "Tiempo de trabajo y conciliación familiar", Albacete (Bonmarzo), 2008, pág. 125.

³⁰⁹ GARCÍA TESTAL, E., LÓPEZ BALAGUER, M.: "Los derechos...", *op. Cit.*, pág. 100, con apoyo en la STSJ de Cataluña de 23/06/2005 (Rec. 1790/2005).

Sin embargo, en mi opinión, ello no resulta del todo indiscutible (al menos en el plano conceptual) si se valora en profundidad la esencia y carácter de cada una de las modalidades alternativas de disfrute del derecho a la lactancia. Como se aprecia en el esquema finalista del precepto, el legislador confiere un mayor valor a la reducción de la jornada diaria que a la posibilidad de ausentarse durante la misma, lo que se traduce en que la primera opción tenga una duración temporal de solo media hora frente a la hora completa de esta última. Ello responde, a mi juicio, a la idea de que el trabajador obtiene el mismo beneficio con una reducción de su jornada de solo media hora que con la posibilidad de ausentarse del trabajo, una vez ya iniciada su actividad diaria y antes de que ésta termine definitivamente, durante una hora completa. Desde luego, esa parece ser la impresión del legislador. Pero, además, creo que también debe valorarse que para el empresario, sobre todo en según qué actividades, la pérdida de sus trabajadores durante el inicio y el cierre de la actividad diaria resulta ostensiblemente más gravosa que su ausencia en una fase intermedia de la jornada; en la medida en que una ausencia intermedia a lo largo del día admite más, y más flexibles, soluciones que la incomparecencia del trabajador durante los momentos iniciales o finales del día de trabajo (sobre todo, se reitera, en determinadas actividades). Ello explica, a mi juicio, que la duración del permiso se haya modulado en función de que se optase por una u otra modalidad de disfrute, bien ausencia o bien reducción de la jornada diaria, y considerándose el gravamen que, en cada uno de los casos, recaería sobre el empleador.

Pues bien, en mi opinión, y una vez que se ha incidido en estas diferencias esenciales entre las dos modalidades de disfrute de la lactancia, puede apreciarse fácilmente que la acumulación del permiso en días completos se sitúa en el mismo plano conceptual que la reducción de la jornada diaria. En efecto, parece innegable que el disfrute de días completos de permiso se encuentra mucho más cercano a la noción de “reducción de jornada” que a la de una ausencia intermedia a lo largo de la jornada diaria. Si se observa, la acumulación del permiso de lactancia en jornadas completas no es otra cosa que una reducción de la jornada anual de trabajo. Y, siendo ello así, se presenta algo alejado de la lógica y la coherencia jurídica que mientras el trabajador reduzca su

jornada diaria lo haga a razón de media hora por día y cuando lo que redujese fuese su jornada anual, mediante esta opción del disfrute acumulado del permiso, lo haga a razón de una hora completa por cada día computado en la acumulación.

Por estos motivos, entiendo que la acumulación del permiso en jornadas completas es heredera de la reducción de la jornada diaria y no de la ausencia intermedia durante la misma. Sin embargo, ciertamente, resultaría difícil trasladar al plano aplicativo todo el análisis conceptual o *esencial* que se ha expuesto; pues afirmar que el número de días completos de permiso acumulado se calcula a partir de la suma de media hora por día supondría llevar a cabo una interpretación restrictiva de este derecho sin que, en efecto, exista un soporte normativo sólido para ello. Por tanto, parece que la acumulación de este permiso en jornadas completas deberá producirse, necesariamente, a partir de horas completas; tal y como invita a pensar la imprecisa estructura de la norma. En cualquier caso, sí considero, a este respecto, que el legislador debiera revisar esta cuestión para adecuar las diferentes modalidades de disfrute del derecho a la naturaleza jurídica que verdaderamente les corresponde en cada caso.

Otra característica fundamental del permiso por lactancia de los hijos es su carácter retribuido. Y ello pese a que el art. 37.4 del ET elude cualquier mención expresa sobre el particular. Sin embargo, no parece discutible que, cuando el trabajador disfrute, bien de las ausencias intermedias durante la jornada diaria, bien una reducción de la misma, o incluso su acumulación en días completos, no verá minorada su retribución. Tres son los principales argumentos que conducen a tal conclusión.

En primer lugar, la norma califica a este derecho como “permiso”, lo que le sitúa junto al resto de figuras contempladas por el art. 37.3 del ET, de las que sí se predica expresamente el carácter retribuido. Por otro lado, y este es el segundo argumento, cuando el legislador ha optado por la no retribución de algunos de los otros derechos de conciliación encuadrados en el art. 37 del ET, así lo ha declarado sin margen alguno para la duda; lo que también resultaría sintomático de que la lactancia ostenta carácter retribuido, pues nada refiere la Ley en contrario. Y, por último, ya en el plano

del derecho internacional, el Convenio 103 de la OIT declara que las interrupciones derivadas de la lactancia deberán considerarse como horas de trabajo y retribuirse como tales.³¹⁰ Por su parte, también la normativa comunitaria discurre por la senda de la retribución en el planteamiento del permiso de lactancia.³¹¹

Otro elemento relevante en el análisis del contenido del derecho de lactancia es el incremento proporcional que experimenta la duración del derecho en los casos de parto, adopción o acogimiento múltiples. En efecto, como se sabe, cuando concurren éstas circunstancias, la dinámica del derecho se mantendrá inalterada, pero, según el tenor literal del ET “la duración se incrementará proporcionalmente”, lo que es tanto como decir que el tiempo de permiso se multiplicará por el número de hijos lactantes.

En fin, aun a riesgo de señalar lo evidente, conviene a referir aquí la problemática, ya superada, que, durante anteriores situaciones de vigencia, ha suscitado el derecho a la lactancia cuando los trabajadores que debían disfrutarlo tuviesen una jornada a tiempo parcial. En efecto, como se sabe, hasta la entrada en vigor de la Ley 39/1999 de Conciliación de la vida familiar y laboral, el art. 37.4 del ET hablaba de reducciones en la “jornada normal de trabajo”. Dicha terminología abría un debate respecto al caso particular de los trabajadores con una jornada a tiempo parcial. El dilema se planteaba respecto a dos posiciones divergentes. La primera exponía que, en estos casos, el tiempo de permiso derivado de la lactancia debía reducirse de manera proporcional a la jornada, pues el propio art. 12.4 d) del ET prevé que, cuando así corresponda a su naturaleza, los derechos de los trabajadores a tiempo parcial serán reconocidos en función del tiempo trabajado.

³¹⁰ Convenio nº 103 de la OIT, art. 5.2: “Las interrupciones de trabajo, a los efectos de la lactancia, deberán contarse como horas de trabajo y remunerarse como tales en los casos en que la cuestión esté regida por la legislación nacional o de conformidad con ella...”

³¹¹ Preámbulo de la Directiva 92/85/CEE: “Considerando que las medidas de organización del trabajo tendentes a la protección de la salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, no tendrían efecto útil si no estuvieran acompañadas del mantenimiento de los derechos relacionados con el contrato de trabajo, incluido el mantenimiento de una remuneración...”

En una línea contraria se defendía que la finalidad de este permiso no puede ser satisfecha sino mediante el disfrute íntegro del derecho tal y como lo configura de inicio la norma, pues cualquier reducción artificial posterior lo vaciaría totalmente de sentido.³¹² Y parece que son estos últimos argumentos los considerados en la nueva redacción del art. 37.4 del ET que formuló la Ley 39/1999 (y que, en lo relativo a este particular persiste inalterada), pues ahora la norma hace referencia, en todo momento, al derecho del trabajador a reducir “su” jornada. Lo cual supone, sin margen de error alguno, que las ausencias o reducciones de jornada originadas por el ejercicio del permiso por lactancia se producirán siempre en los términos temporales recogidos por este precepto (o las normas convencionales, en su caso). Sin que exista ningún género de distinción motivada por el tipo de jornada que ocupase al trabajador.

d) Duración.

La duración del derecho de lactancia determina el periodo de tiempo durante el que el trabajador podrá reducir su jornada diaria o bien ausentarse a lo largo de ésta. O bien, en caso de que se hubiese optado por la acumulación, cuántas horas se sumarán para calcular el número de días de permiso que le correspondan. Esta duración se fija atendiendo a un criterio absolutamente objetivo: la edad del hijo lactante, de forma que el trabajador disfrutará del permiso de lactancia hasta que su hijo cumpla los nueve meses. Como se observa, no cabe ningún tipo de juicio subjetivo que contemple las necesidades, presuntas o reales, del lactante, y, por ende, del progenitor; sino que se establece un parámetro aséptico e independiente de cualquier circunstancia subjetiva o ambiental. Así, el disfrute de la suspensión por maternidad del art. 48.4 del ET no retrasa el inicio del cómputo de duración del derecho de lactancia, cuyo *dies a quo* coincide con la fecha del nacimiento del lactante y el *dies ad quem* con la del cumplimiento de los nueve meses de edad. Llegado este momento, el permiso de

³¹² Para una síntesis sobre las posturas encontradas en su momento sobre esta cuestión: SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: “Los permisos...”, *op. Cit.*, págs. 189-191.

lactancia concluirá inexorablemente,³¹³ aunque en la práctica negociadora resulta habitual que los Convenios Colectivos amplíen la duración hasta la fecha en la que el lactante cumpla el año de edad.³¹⁴ Además, el fallecimiento del hijo también determinaría la finalización del permiso, en tanto en cuanto la verdadera finalidad de este derecho es tutelar a éste, no al progenitor.³¹⁵

e) Ejercicio del derecho.

El ET atribuye al trabajador la facultad de elegir si disfruta el derecho a la lactancia bien en forma de ausencia intermedia a lo largo de su jornada diaria o bien mediante una reducción, en media hora, de la misma. Además, el art. 37.4 prevé que, en función de lo previsto en la negociación colectiva o lo acordado con el empresario, el trabajador pueda acumular el permiso para su disfrute en jornadas completas. Por último, una vez decidida la modalidad de disfrute, el trabajador podrá llevar a cabo la concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute del permiso, pues así lo reconoce el art. 37.7 del ET. Lo cual implica que, en principio, el trabajador será libre para fijar los momentos exactos en que se materializará el permiso que les reconoce el precepto. Sin embargo, dicha facultad no es omnímoda, pues está sujeta a ciertos límites.

En primer lugar, como no podría ser de otra manera y así lo certifica la doctrina científica de modo pacífico, esta prerrogativa del trabajador queda sometida a los principios generales de buena fe de los arts. 5 a) y 20.2 del ET y de abuso de derecho del 7.2 del CC; los cuales deberán ser aplicados en función de las circunstancias concurrentes en cada caso.

³¹³ GARCÍA NINET, J.I.: "Notas...", *op. Cit.*, págs. 30 y 31.

³¹⁴ GARCÍA TESTAL, E., LÓPEZ BALAGUER, M.: "Los derechos...", *op. Cit.*, pág. 92; citando el VII Convenio Colectivo de la empresa "Vigilancia Integrada" 2005-2008 y el XIII Convenio Colectivo de la Organización Nacional de Ciegos 2005-2009.

³¹⁵ GARCÍA NINET, J.I.: "Notas...", *op. Cit.*, pág. 31.

Y, en segundo lugar y con un carácter más específico, el propio art. 37.7 del ET impone que el trabajador preavise al empresario con una antelación de quince días naturales, o la que se determine convencionalmente, de la fechas concretas en las que iniciará y finalizará el disfrute del permiso.³¹⁶ No obstante, la observancia de tales plazos no será exigible en los casos de imposibilidad por fuerza mayor, concepto que deberá interpretarse aquí en un sentido amplio y flexible.³¹⁷

En cualquier caso, este derecho a la concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute del permiso que el art. 37.7 del ET confiere al trabajador debe ser tomado con extrema precaución a la luz de lo dispuesto por el art. 139 de la LRJS, que recoge un procedimiento urgente y contra el que no cabrá recurso³¹⁸ para la resolución de cualquier discrepancia surgida entre empresario y trabajador sobre este punto; y que, como se verá inmediatamente, relativiza en gran medida las conclusiones que podrían extraerse en un primer momento acerca del alcance de esta facultad.

En efecto, la LRJS dispone que, en caso de que el empresario rechazase la propuesta del trabajador, éste dispondrá de un plazo de veinte días para reclamar ante el Juzgado de lo Social. Además, podrá acumular a la demanda la pertinente reclamación de daños y perjuicios derivados de la negativa del derecho o la demora en su efectividad, si bien el empresario quedará exonerado de esta posible responsabilidad cuando hubiese cumplido provisionalmente la propuesta que realizó el trabajador. La cuestión es que, como se observa, el precepto de la LRJS parte de la hipótesis de que el empresario rechazase, definitiva o provisionalmente, la *propuesta* del trabajador; por lo que se aprecia un importante desajuste entre la norma estatutaria y su vertiente

³¹⁶ Dado que la Ley no ofrece ningún dato acerca de cuál habrá de ser la forma de dicha comunicación, habrá que estar a aquélla que se determinase en el convenio colectivo o, en su defecto, a través del cualquier medio válido en Derecho.

³¹⁷ Téngase en cuenta que la concurrencia de “fuerza mayor”, entendida en un sentido estricto, requeriría más bien un permiso que eximiese completamente de la asistencia al trabajo y no la simple reducción de jornada o ausencia que prevé el art. 37.6: BALLESTER PASTOR, M.A.: “El irreconocible...”, *op. Cit.*, pág. 198.

³¹⁸ salvo cuando se hubiese acumulado pretensión de resarcimiento de perjuicios que por su cuantía pudiera dar lugar a recurso de suplicación, en cuyo caso el pronunciamiento sobre las medidas de conciliación sería ejecutivo desde que se dictase la sentencia.

procesal. En efecto, el art. 37.7 del ET proclama categóricamente que será el trabajador quien fije los términos concretos del disfrute de los derechos previstos entre los puntos 4 y 8 del art. 37; pero, sin embargo, la literalidad del art. 139 de la LRJS³¹⁹ conduce a pensar que la prerrogativa del trabajador no va más allá de *proponer* al empresario los términos de disfrute del derecho y, por tal motivo, ante la disconformidad de éste, será el trabajador quien actúe como demandante en el proceso.³²⁰ Desde luego, parece que de la relación operativa entre estos dos preceptos se desprende la conclusión de que los enunciados del art. 37.7 del ET sobre el ejercicio de los derechos de conciliación no pasan de ser una promesa vacía de contenido.³²¹

Por último, dejando a un lado los múltiples problemas aplicativos que plantea esta reclamación judicial y centrándonos en los aspectos que al estudio de la jornada importan, debe realizarse un examen sobre la incompatibilidad del permiso de lactancia con el disfrute a tiempo parcial de las suspensiones por maternidad y paternidad del art. 48 del ET. Como se sabe, la D.A. 1ª del RD 295/2009³²² establece en su punto 7 que los derechos recogidos por los puntos 4, 5 y 6 del art. 37 del ET, entre los que se encuentra el derecho de lactancia, son incompatibles con el disfrute a tiempo parcial de las suspensiones por maternidad y paternidad; de modo que solamente podrá disfrutarse del permiso de lactancia cuando se hubiese agotado ya la

³¹⁹ En concreto, el párrafo 3º del art. 139.1 a) de la LRJS establece que *el empresario y el trabajador deberán llevar sus respectivas propuestas y alternativas de concreción a los actos de conciliación previa al juicio y al propio acto de juicio...* Lo que da idea de que esa presunta rotundidad en el ejercicio del derecho, anunciada por el art. 37.6 del ET, no es tal ya llegados a la vía judicial.

³²⁰ VIQUEIRA PÉREZ, CARMEN: "El derecho a la reducción de jornada por motivos familiares y la prestación por desempleo", en *Estudios Financieros*, nº 39/2006, pág.76.

³²¹ En un sentido similar: CRUZ VILLALÓN, J.: "El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado. (Comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)", en *RMTAS*, nº extraordinario de 1999, pág. 99. En esencia: El ET parece establecer un *ius variandi* a favor del trabajador, pero la LRJS lo reduce a una mera propuesta, pues si el empresario la deniega, tendrá que reclamar ante el Juzgado de lo Social.

³²² "El permiso de maternidad y el de paternidad a tiempo parcial serán incompatibles con el disfrute simultáneo por los mismos trabajadores de los derechos previstos en los apartados 4 y 4.bis del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores y de la reducción de jornada por guarda legal prevista en el apartado 5 del mismo artículo. Será asimismo incompatible con el ejercicio del derecho a la excedencia por cuidado de familiares regulado en el artículo 46.3 de la citada ley."

suspensión por maternidad o paternidad que se disfrutaba a tiempo parcial. Pues bien, la imposibilidad de disfrutar simultáneamente estos derechos ha sido objeto de severas críticas por parte de la doctrina científica.

En primer lugar, tal prohibición no solo rigidiza el abanico de posibilidades abiertas a la conciliación, al imponer que ambos derechos se disfruten necesariamente de manera sucesiva, sino que puede suponer, incluso, la pérdida del derecho a la lactancia; dado que la suspensión por maternidad o paternidad disfrutadas a tiempo parcial pueden extenderse prácticamente hasta la fecha en la que el hijo cumpliera los nueve meses, momento en el que el derecho a la lactancia se habría ya extinguido de manera irremisible. Todo lo cual, desde luego, no parece demasiado razonable.³²³

Más allá del plano aplicativo, esta incompatibilidad entre las suspensiones por maternidad y paternidad disfrutadas a tiempo parcial y el permiso de lactancia (recogida por la D.A. 1ª del RD 295/2009) puede ser considerada nula de pleno derecho por contravenir lo dispuesto en normas de rango superior; como pueden ser los arts. 37.4 y 12.4 d) del ET.³²⁴ En efecto, tal y como se sabe, el art. 37.4 del ET, al regular el permiso de lactancia, se refiere a la posibilidad de que el trabajador reduzca “su” jornada, lo que, como ya se examinó anteriormente, supone que el derecho a la lactancia es absolutamente impermeable al tipo de jornada desarrollada por el trabajador, sea ésta a tiempo completo o a tiempo parcial.³²⁵

³²³ VIQUEIRA PÉREZ, CARMEN: “Derechos de conciliación...”, *op. Cit.*, edición digital.

³²⁴ FERNÁNDEZ PRIETO, M.: “La lactancia natural: un bien jurídico a proteger, ¿pero cómo?”, en A.A.V.V. *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2011, págs. 162-166.

³²⁵ Un último argumento, que permite apreciar la desmesura de esta incompatibilidad entre el disfrute a tiempo parcial de las suspensiones por maternidad y paternidad y el permiso de lactancia, se desprendería de los principios generales que rigen el trabajo a tiempo parcial. Obviamente, el disfrute a tiempo parcial de las suspensiones por maternidad y paternidad no convierte a los trabajadores a jornada completa en trabajadores a tiempo parcial. No obstante, el análisis de las reglas generales del trabajo a tiempo parcial sí permite observar hasta qué punto resulta desmedida la opción de legislador de incompatibilizar el disfrute de dichas suspensiones a tiempo parcial y el permiso de lactancia.

En efecto, como se sabe, el art. 12.4 d) del ET consagra el principio de igualdad de derechos entre los trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo, mientras establece que la proporcionalidad será la regla de excepción. Sin embargo, el RD 295/2009 genera una situación de hecho en la que el trabajador

En fin, todas estas reglas expuestas sobre el ejercicio del permiso por lactancia, incluida esta última sobre su incompatibilidad con las suspensiones por maternidad y paternidad a tiempo parcial, son comunes al resto de derechos de conciliación recogidos entre los puntos 4 y 8 del art. 37 del ET, que se estudiarán a continuación. Las distintas especialidades que pudiese revestir la actuación de cada uno de ellos serán objeto de análisis, en su caso, en el apartado correspondiente.

3. El derecho a la reducción de jornada para la atención de los hijos prematuros u hospitalizados tras el parto.

Con el ánimo de completar la línea iniciada por la Ley 39/1999, para promover la conciliación laboral y familiar de las personas trabajadoras, la Ley 12/2001 amplió los derechos relacionados con la maternidad o la paternidad. En concreto, desarrolló en su D.A. 8ª un permiso específico para que el padre o la madre pudiesen prestar a su hijo nacido prematuramente o que, por cualquier otra razón, hubiese de ser hospitalizado tras el parto, las atenciones paternas que necesitase, dada su delicada situación. Lo que se traduce, de un modo particular, en visitarle durante el periodo de ingreso en el centro hospitalario. Pues bien, a tales efectos, el art. 37.5 del ET prevé un derecho de los progenitores a ausentarse del trabajo durante una hora o a reducir en dos horas su jornada diaria; y que, como se verá más adelante, puede extenderse hasta un máximo de trece semanas de duración.

o trabajadora que, disfrutando de la maternidad o paternidad a jornada parcial, se reintegrase con una jornada diaria muy reducida (porque concentrase en poco tiempo su suspensión a tiempo parcial) disfrutaría en mayor medida del permiso de lactancia que otro que suspendiese, siempre a tiempo parcial, su contrato durante un periodo de tiempo más largo pero, a cambio, realizase una jornada diaria superior. Pero es que, en el segundo supuesto podría incluso perderse absolutamente el derecho de lactancia si, cuando finalizase su suspensión a tiempo parcial, el niño hubiese cumplido ya los nueve meses. Por tanto, lo dispuesto por el RD 295/2009 implica que, en determinados casos, ni siquiera se aplicarán reglas de proporcionalidad respecto al disfrute del derecho a la lactancia. Queda claro, por tanto, que la opción tomada por el legislador respecto a los trabajadores que disfrutaban a tiempo parcial de las suspensiones por maternidad o paternidad no encuentra encaje ni parangón alguno dentro de la normativa laboral.

a) *Finalidad y titularidad.*

Este derecho surge con motivo de la hospitalización del recién nacido, ya fuese debida a un parto prematuro o a cualquier otra razón que exigiese dicha medida médica. Lo que el precepto exige es que el ingreso hospitalario se produzca “a continuación del parto”. No obstante, esta indicación debe interpretarse de manera flexible, dada la finalidad del derecho, y, de esta manera, no se exige una inmediatez total y absoluta entre el parto y la hospitalización.³²⁶

Por lo que se refiere a la hospitalización de los hijos adoptados o menores acogidos, existen dudas sobre si sería posible la equiparación con la filiación biológica y, por tanto, cupiese también el disfrute del derecho. En este sentido se sostiene que, pese a la falta de referencia expresa en la norma, los adoptantes o acogedores de un recién nacido hospitalizado tras el parto también podrían hacer uso del permiso previsto por el art. 37.4 del ET.³²⁷ Desde otra postura, se argumenta que el tenor literal de la Ley no parece dejar margen de dudas y, por tanto, no procedería esta extensión analógica³²⁸. De modo que, según esta lectura, los adoptantes o acogedores del recién nacido hospitalizado deberían acudir en estos casos a otros derechos de conciliación de la vida laboral y familiar que sí fuesen compatibles con las adopciones o acogimientos; como podrían ser el permiso de lactancia o las reducciones de jornada del art. 37.6 del ET. En realidad, para valorar con plenas garantías la posible extensión del disfrute del derecho en los casos de adopción, es necesario remontarse a la finalidad última de la norma. Si se observa, el precepto se propone garantizar el

³²⁶ De modo que incluiría supuestos que no encajasen de manera rigurosa en la literalidad de la norma, como serían los del recién nacido fuera del hospital pero debe ser trasladado al mismo, o los que son dados de alta hospitalaria después del nacimiento pero de forma inmediata son nuevamente ingresados: GARCÍA TESTAL, E., LÓPEZ BALAGUER, M.: “Los derechos...”, *op. Cit.*, pág. 56.

³²⁷ GARCÍA TESTAL, E., LÓPEZ BALAGUER, M.: *ibidem*, pág. 57

³²⁸ LÓPEZ TERRADA, E.: “El concepto de familia en el Estatuto de los Trabajadores: Identificación de los sujetos protegidos”, Valencia (Tirant lo Blanch), 2003, págs. 84-85: A diferencia de otros preceptos estatutarios relacionados con el cuidado de los hijos, no se refiere sin más al “nacimiento” de un hijo, sino que precisa el supuesto de hecho que protege, reconociendo la equivalencia existente entre el nacimiento de un hijo prematuro y la necesidad de atención hospitalaria de un hijo “a continuación del parto”.

cuidado de un hijo hospitalizado durante los primeros momentos de su vida; y ello, ligado a la práctica imposibilidad de adoptar a un recién nacido, haría comprensible la exclusión de estos casos. No obstante, esta finalidad última de la norma sí justificaría un tratamiento equivalente para los casos de filiación biológica y adoptiva, pero no la exclusión radical de estos últimos. Así, una posible solución sería articular un tratamiento equivalente para los casos en que la hospitalización tenga lugar tras la adopción señalando, simplemente, un límite de edad para el hijo en cuestión.³²⁹ Además, considero que, al hilo del análisis que ya se refirió durante el tratamiento del derecho a la lactancia, la exclusión de los hijos adoptivos del campo de aplicación del derecho comprendido en el art. 37.5 del ET podría considerarse contrario los arts. 39.2 y 14 de la CE y 108 del CC. Por todo ello, parece que una exclusión como la actual, radical y definitiva, de los casos de adopción del disfrute del permiso por hospitalización de hijos recién nacidos carece de una justificación sólida y, por tanto, sería conveniente una corrección normativa que recogiese, al menos, una protección equivalente para estos supuestos.

Respecto a su titularidad, este permiso sigue exactamente el mismo esquema que ya se expuso en el análisis del derecho a la lactancia; de manera que tanto el padre como la madre podrán disfrutar, indistintamente, del permiso. Así, como tampoco existirá preferencia alguna sobre cuál de los dos progenitores disfrutará el derecho; si bien solo uno de ellos podrá hacer uso efectivo del mismo.

En fin, sí resulta conveniente hacer aquí referencia a la articulación de la suspensión por maternidad del art. 48.4 del ET y el permiso para el cuidado de los hijos recién nacidos del art. 37.5 del ET en relación al reparto de fechas de disfrute de ambos derechos entre sus titulares en los supuestos de parto. Como se sabe, el art. 48.4 del ET programa una suspensión del contrato de trabajo de dieciséis semanas ininterrumpidas por razones de parto, adopción o acogimiento. En el caso del parto, dicho periodo de suspensión se distribuirá entre ambos progenitores a discreción de la madre biológica, pero con la exigencia de que las seis semanas inmediatamente

³²⁹ VIQUEIRA PÉREZ, C.: "Interrupción...", *op. Cit.*, págs. 44-46.

posteriores al parto sean, en todo caso, de disfrute obligatorio e intransferible para ella misma. El resto del periodo sí puede ser distribuido a voluntad de la madre. De esta manera, lo lógico es que el permiso del art. 37.5 del ET, consistente en una ausencia o reducción de la jornada diaria durante la hospitalización del recién nacido posterior al parto, sea disfrutado por el otro progenitor; al menos durante las seis primeras semanas, puesto que la madre biológica tendría ya suspendida su relación laboral en virtud del art. 48.4 del ET.³³⁰

Al margen de que las seis primeras semanas posteriores al parto sean, en todo caso, de descanso obligatorio para la madre, el propio art. 48.4 del ET permite interrumpir el cómputo de esta suspensión “por maternidad” hasta el momento en que se produjese el alta hospitalaria del recién nacido. De esta forma, si pasadas seis semanas tras el parto siguiese hospitalizado, el neonato recibiría los cuidados sanitarios por parte de los profesionales del centro, así como las visitas de uno de los progenitores propiciadas por el art. 37.5 del ET. Y posteriormente, una vez ya se obtuviese el alta médica, recibiría en el hogar familiar toda la atención que le prestasen la madre biológica o el otro progenitor, si ella le cediese su derecho, pues retomarían la suspensión del art. 48.4 del ET desde el punto en que la dejaron cuando interrumpieron su cómputo.³³¹

Además, en el párrafo 5º del art. 48.4, el ET estipula que, en estos casos, y siempre y cuando la hospitalización posterior al parto se extendiese más allá de siete días, el periodo de suspensión se ampliaría en tantos días como el neonato se encontrase hospitalizado, con un tope máximo de trece semanas adicionales.

³³⁰ Todo ello al margen de la incidencia que, en este supuesto, tendría también la suspensión por paternidad *ex* art. 48.7 del ET si este otro progenitor decidiese hacer uso de este derecho durante dicho periodo.

³³¹ Este elevado grado de compatibilidad entre el permiso recogido por el art. 37.4 bis del ET y el derecho a la interrupción de la suspensión por maternidad contemplada por el art. 48.4 del ET se debe, sin duda, a la distinta finalidad de ambos: FERNÁNDEZ-PEINADO MARTÍNEZ, A.: “La prestación por maternidad”, Albacete (Bomarzo), 2013, pág. 128.

Así, el panorama práctico que arroja la combinación de todas estas reglas para el supuesto de que el hijo natural recién nacido sea hospitalizado tras el parto, es el siguiente: durante las seis primeras semanas, la madre biológica verá suspendido su contrato de trabajo necesariamente. En este periodo, también el otro progenitor podrá visitar y acompañar al neonato, pues el art. 37.5 del ET le permite ausentarse del trabajo o reducir su jornada diaria a tal efecto.³³² Pasadas estas seis primeras semanas, si el menor continuase ingresado, la madre podrá interrumpir, si esa fuera su voluntad, el cómputo de la suspensión contractual programada por el art. 48.4 del ET hasta que el niño reciba el alta médica. Mientras llegase ese momento, bien la madre, o bien el otro progenitor, seguirían pudiendo visitar al recién nacido con arreglo al permiso previsto por el 37.5 del ET. Y, una vez tuviese lugar ese alta médica, la madre biológica, o el otro progenitor si ésta le cediese su derecho, retomarían la suspensión por maternidad durante el tiempo que restase. Además, si el ingreso del neonato se hubiese extendido durante más de siete días, dicha suspensión se ampliará, al menos, en tantos días como hubiese permanecido ingresado, con el límite de trece semanas adicionales.

b) Contenido.

El permiso conferido por el art. 37.5 del ET contempla dos opciones alternativas para su disfrute: bien una ausencia del trabajo de una hora o bien una reducción de la jornada de dos horas, con una minoración proporcional del salario en este último caso; quedando en manos del trabajador la opción por una u otra posibilidad.

La opción por la ausencia sigue un esquema prácticamente idéntico al que ya se analizó con respecto al estudio del permiso de lactancia. Así, el permiso deberá ubicarse en un tramo intermedio de la jornada diaria, pues tanto antes como después de la ausencia el trabajador deberá encontrarse ocupado en el desempeño de sus

³³² Más allá de las posibilidades abiertas por la suspensión por paternidad, del art. 48.7 del ET, a la que, obviamente, también tendría derecho y que, a elección del otro progenitor, podría disfrutarse en un periodo coincidente con éste.

funciones. Doctrinalmente se ha avalado la posibilidad de acordar que la ausencia se sitúe, precisamente, al inicio o al final de la jornada diaria.³³³ Desde luego, no habría por qué negar un pacto individual o colectivo que, en ese sentido, favoreciese al trabajador. Ello no obstante, en mi opinión, la Ley diseña esta opción de disfrute del derecho tomando en consideración sus diferencias cualitativas respecto a la otra alternativa disponible, la reducción de jornada; que, precisamente, se caracteriza por eximir al trabajador de prestar servicios en los momentos iniciales o finales de la actividad diaria. Y, por tanto, de no existir el beneplácito empresarial, ya fuese directo o indirecto, a través de acuerdo individual o convenio colectivo, dicha ausencia, debido a su propia naturaleza, no podría situarse nunca ni al inicio ni al final de la jornada diaria, sino que habría de disfrutarse en un momento intermedio de la misma.

Por lo que se refiere al aspecto retributivo, cuando el derecho se ejercita a través de la opción de la ausencia, no existe pérdida ni minoración alguna. Ello se desprende, en primer lugar, de que, cuando la Ley ha optado expresamente por la pérdida retributiva derivada del ejercicio de estos derechos de conciliación, así lo ha declarado expresa e inequívocamente, tal y como ocurre, sin ir más lejos, con la segunda alternativa que el art. 37.5 del ET prevé para que los trabajadores puedan atender a sus hijos recién nacidos hospitalizados.; por lo que, a *sensu* contrario, debe interpretarse que, en este caso, no existe pérdida retributiva alguna. Además, a mayor abundamiento, debe apreciarse la cercanía que, en todos los sentidos, guarda esta opción de disfrute del derecho con los permisos retribuidos del art. 37.3 del ET; que, como se sabe, tampoco suponen llevar aparejada ninguna pérdida retributiva.

Por su parte, como acaba de analizarse, la otra posibilidad que el art. 37.5 del ET pone a disposición del trabajador, la de reducir la jornada diaria de trabajo hasta en dos horas, sí acarrea la pérdida proporcional del salario; pues así lo prevé literalmente el precepto. Esta diferencia de efectos legales entre una y otra opción encuentra su razón de ser, a mi juicio, en la idea de que la reducción de jornada acarrea, en principio, un mayor desajuste en la organización empresarial y, por tanto, un mayor perjuicio para

³³³ GARCÍA TESTAL, E., LÓPEZ BALAGUER, M.: “Los derechos...”, *op. Cit.*, pág. 58.

el empresario que la ausencia de ese mismo empleado en una fase intermedia de la jornada. Por último, cabe señalar que esta reducción salarial no supondría rebaja alguna en caso de una eventual indemnización legal, pues, de acuerdo a lo establecido expresamente en el apartado 1 de la D.A. 18ª del ET, la indemnización se ha de calcular conforme a lo que hubiera correspondido al trabajador sin considerar la reducción de jornada efectuada.

La dinámica de la reducción de jornada para la atención del recién nacido hospitalizado no presenta, apenas, ninguna dificultad. Únicamente debe resaltarse que la Ley permite que dicha reducción sea de “hasta” dos horas, pero nada impide que el trabajador decida hacer sólo un uso parcial de esta facultad. Por otra parte, y a diferencia de lo que ocurría con la reducción de la jornada derivada de la lactancia, en este caso la Ley no contempla la posibilidad de acumular el permiso en jornadas completas. Podría pensarse que la razón no es otra que la propia imposibilidad de prever con exactitud durante cuánto tiempo se dilatará el ingreso hospitalario. Lo que impediría que, de modo alguno, se pudiese conocer cuántas reducciones de dos horas diarias deberían acumularse para eximir al trabajador de prestar servicios durante un número cierto de jornadas completas. Pero, en mi opinión, resulta evidente que una hipotética acumulación del permiso en jornadas completas chocaría de lleno con la finalidad del derecho, pues si lo que se trata de garantizar es el acompañamiento del recién nacido durante su hospitalización, no tendría ningún sentido concentrar el permiso al principio de la misma para luego dejarlo solo. En fin, debe destacarse por último que, del mismo modo que ocurriese con el permiso de lactancia, aquí también se ha superado cualquier tipo de problema aplicativo para el supuesto de trabajadores a tiempo parcial, pues el precepto se refiere en todo momento a “su” jornada.

c) Duración y dinámica.

La extensión temporal del permiso para la atención de hijos hospitalizados tras el parto adolece de cierta indeterminación, dada la naturaleza de la coyuntura protegida.

Respecto a su inicio, la ubicación temporal del permiso no presenta dificultades. El trabajador comenzará a disfrutar del derecho conferido por el art. 37.5 del ET desde el momento mismo del ingreso hospitalario del hijo; lo que, en circunstancias normales y dada la estructura de la norma, coincidirá con el nacimiento o en las fechas inmediatamente posteriores a éste.³³⁴

Si bien el *dies a quo* se localiza con una claridad total, el *dies ad quem* no puede concretarse a priori con exactitud. El precepto vincula el disfrute del permiso a que el neonato permanezca hospitalizado, con lo que el trabajador podrá hacer uso del mismo en tanto en cuanto no se produzca el alta médica. Lo que ocurre es que, en función de sus variadas características, cada proceso sanitario tendrá una duración diferente. Y la permanencia en el hospital se prolongará en mayor o menor medida según las circunstancias de cada caso. Por tanto, resultará imposible determinar con precisión hasta qué punto se dilatará el ingreso hospitalario y, por ende, el disfrute del permiso.

Por lo que se refiere a la dinámica del permiso para la atención de los hijos hospitalizados al nacer, el art. 37.7 del ET atribuye al trabajador la concreción horaria y la determinación de su periodo de disfrute. En realidad, el periodo de disfrute vendrá delimitado por la propia evolución de la salud del recién nacido y su permanencia en el hospital, con lo que no puede decirse que sea verdaderamente el trabajador quien lo determina. Pero, sobre todo, debe tenerse en cuenta que, todo lo dispuesto por este art. 37.7 del ET no pasa de ser, en la práctica, una promesa vacía; en tanto que la oposición del empresario conduce a un procedimiento, recogido en el art. 139 de la LRJS, en el que es el trabajador el que ocupa la posición de demandante.³³⁵

³³⁴ Ya se vio anteriormente en este mismo apartado que la expresión “a continuación del parto” debe interpretarse de manera flexible, dada la finalidad del precepto. Con lo que se asume que puedan existir casos en los que el nacimiento y el ingreso hospitalario no se sucedan con una inmediatez absoluta.

³³⁵ Como se vio durante el análisis del ejercicio del permiso de lactancia, el art. 139 de la LRJS reduce a una mera “propuesta” el derecho a la concreción horaria anunciado por el ET.

Un importante matiz que diferencia el régimen de ejercicio de los permisos por hospitalización de hijos recién nacidos y por lactancia guarda relación con el plazo de preaviso. Como se sabe, el art. 37.7 del ET exige que el trabajador preavise al empresario con una antelación de quince días, o bien la que se establezca con carácter específico en el convenio colectivo, de las fechas concretas en las que iniciará y finalizará el disfrute del permiso. Como puede fácilmente inferirse, la incertidumbre que rodea al momento concreto en que finalizará el ingreso hospitalario y, por tanto, el permiso impide que el trabajador observe este requisito en los casos de hospitalización de hijos recién nacidos. Lo que ha llevado la doctrina científica a declarar inaplicable el plazo de preaviso referido a la finalización del permiso.³³⁶ Todo ello no obstante, la necesaria aplicación de los principios generales de buena fe de los arts. 5 a) y 20.2 del ET y de abuso de derecho del art. 7.2 del CC, sí conduce a que el trabajador preavise al empresario en el menor lapso de tiempo posible desde que tuviese conocimiento de la finalización del ingreso de su hijo.

4. El derecho a la reducción de jornada por razones de guarda legal y cuidado directo de familiares.

El art. 37.6 del ET confiere al trabajador la posibilidad de reducir su jornada de trabajo ante distintas eventualidades que afectan a su esfera familiar y personal. En concreto, el precepto recoge tres supuestos diferentes que generarán este derecho a la reducción de jornada. Las razones que justifican dicha potestad, así como las condiciones de su disfrute, son distintas en cada uno de los tres casos, pero sí tienen un denominador común: las situaciones protegidas se centran siempre en la necesidad de atender a un familiar cercano o persona allegada.

³³⁶ NORES TORRES, L.E.: “El artículo 37”, en A.A.V.V. *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores 2ª edición*, Valladolid (Lex Nova), 2012, pág. 396 y GARCÍA TESTAL, E., LÓPEZ BALAGUER, M.: “Los derechos...”, *op. Cit.*, pág. 59.

a) Guarda legal de menores de doce años y de discapacitados.

El primero de los supuestos contemplados por el art. 37.6 del ET se refiere al trabajador que, por razones de guarda legal, tenga a su cuidado directo, bien a algún menor de doce años, o bien una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial que no desempeñe actividad retribuida alguna. Y para tal eventualidad, la Ley prevé la posibilidad de que el trabajador reduzca su jornada diaria entre un octavo y la mitad de su duración, con una disminución proporcional del salario.

La titularidad de este derecho a la reducción de la jornada diaria corresponde a todo trabajador, hombre o mujer, que tenga a su cuidado directo a alguna de las personas que el precepto señala. La titularidad es individual y plena, lo que supone que, cuando sean varias las personas sobre las que recaiga ese “cuidado directo” del menor o del discapacitado, todas ellas generarán el derecho.³³⁷ No obstante, el último párrafo del art. 37.6 del ET establece que, cuando varios trabajadores de una misma empresa generasen el derecho a raíz del mismo sujeto causante (menor o discapacitado), el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa. Como se observa, la Ley confiere al empresario esta potestad para limitar la reducción de jornada sólo cuando concurren simultáneamente tres circunstancias. Primero, que ambos trabajadores presten sus servicios en la misma empresa; además, que ambos pretendiesen generar el derecho para el derecho a raíz del mismo sujeto causante; y, por último, que existiesen razones relacionadas con el funcionamiento de la empresa que justificasen la adopción de tal medida. Por tanto, el empresario no podrá instar esta limitación de jornada cuando en su empresa trabajara uno solo de los distintos trabajadores que pretendiesen ejercitar tal derecho. Y, del mismo modo, tampoco podrá limitarse el ejercicio del derecho cuando varios

³³⁷ De esta forma, la titularidad no solo residirá en el cuidador principal, sino en todos y cada uno de los cuidadores simultáneos en los que concurren todos los requisitos exigidos por la norma: SALA FRANCO, T., BALLESTER PASTOR M.A.: “Reducción y adaptación de la jornada por conciliación”, Valencia (Tirant lo Blanch), 2009, pág. 42.

trabajadores de una misma unidad familiar pretendan reducir su jornada, pero lo hagan en atención a distintos sujetos causantes³³⁸.

El derecho nace cuando, por razones de guarda legal, el trabajador tenga a su cuidado directo bien a un menor de doce años o bien a un discapacitado que no desempeñe actividad retribuida alguna. El concepto de “guarda legal” engloba, desde luego, la guardia y custodia de los progenitores y a la tutela. Pero, además, la doctrina científica asume, de manera pacífica, que también quedaría incluido, sin ninguna duda, el acogimiento familiar. La verdadera cuestión a dilucidar en este punto radica en si las razones de “guarda legal” que exige el precepto terminan aquí o, por el contrario, debe hacerse una interpretación amplia de este concepto, de manera que también otras situaciones encajen en este supuesto de hecho. En primer lugar, cabe afirmar que, con toda seguridad, el cónyuge incapacitado también quedaría englobado en la categoría extensa de guarda legal, dados los deberes de cuidado y socorro que el art. 68 del CC impone a los consortes.³³⁹ Igualmente, la situación de un ascendiente discapacitado, que no estuviese sometido a ningún tipo de tutela pero precisase el cuidado directo de otra persona, integraría las razones de “guarda legal” que generan el derecho a la reducción de jornada.³⁴⁰ Por todo ello, puede concluirse que el concepto de guarda legal ha de ser interpretado, por lo que aquí respecta, desde una perspectiva extensiva y que, de esta forma, abarcaría cualquier situación de hecho o de derecho que implicase una obligación de cuidado.³⁴¹

³³⁸ SALA FRANCO, T., BALLESTER PASTOR M.A.: *ibidem*, pág. 28.

³³⁹ LÓPEZ TERRADA, E.: “El concepto...”, *op. Cit.*, pág. 47.

³⁴⁰ SALA FRANCO, T., BALLESTER PASTOR M.A.: “Reducción...”, *op. Cit.*, págs. 30 y 31: Por lo tanto, sería posible encuadrar la atención de estos ascendientes discapacitados en el primer supuesto del art. 37.5 del ET, sin que fuese necesario acudir al segundo caso previsto, el de los familiares que por razones de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos. De hecho, antes de su incorporación por vía de la Ley 39/1999, los tribunales ya avalaban el cuidado de estas personas a través de la reducción de jornada por razones de guarda legal: STSJ de Castilla y León de 16/01/1992 (Rec. 664/1991).

³⁴¹ SALA FRANCO, T., BALLESTER PASTOR M.A.: *ibidem*, pág. 30.

Por lo que se refiere a los sujetos causantes, éstos serán tanto el menor de doce años como la persona con una discapacidad física, psíquica o sensorial que no desempeñe actividad retribuida alguna.

Respecto al primero de ellos cabe destacar que, en consonancia con el incremento de la importancia otorgada por los poderes públicos a la conciliación de la vida familiar y laboral, se ha aumentado la edad máxima³⁴² de los menores cuyo cuidado directo genera la reducción de jornada. Desde los seis años iniciales, se ha pasado a los doce en la situación de vigencia actual. Esta última modificación, operada por el RDL 16/2013³⁴³, amplía la edad de los menores contemplados en el precepto por primera vez desde la promulgación de la LOI 3/2007, que la aumentó de los seis a los ocho años. Con este marco actual, se satisface el vehemente reclamo de la doctrina científica de que la edad de referencia del menor a cargo contemplada por el ET se equiparase con la del EBEP, que ya ascendía hasta esos doce años.

La identificación del segundo sujeto causante previsto por el precepto, la persona con una discapacidad física, psíquica o sensorial, también exige algunas precisiones. Es claro que discapacitado es toda persona que tuviese reconocido un grado de minusvalía igual o superior al treinta y tres por ciento; así como todo pensionista por incapacidad permanente de la Seguridad Social, ya fuese en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.³⁴⁴ Además, parece que la noción de persona discapacitada debiera interpretarse, a los efectos aquí referidos, en un sentido amplio; de manera que

³⁴² El tenor literal de la norma (“...algún menor de doce años...”) hace entender que será posible generar el derecho hasta el momento preciso en el que el sujeto causante alcanzase dicha edad.

³⁴³ El RDL 16/2013 justifica esta ampliación de la edad de referencia del menor a cargo en la urgente necesidad de favorecer la conciliación familiar y laboral y crear empleo, sobre todo, de las mujeres.

³⁴⁴ De acuerdo al art. 4.2 de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobada por el RDL 1/2013.

englobase a toda persona que padezca cualquier tipo de dolencias o enfermedades médicas constatadas que alteren notoriamente su salud.³⁴⁵

Y, por otra parte, resulta necesario que la persona discapacitada, cuyo cuidado directo genera este derecho, no desempeñe una actividad retribuida. Parece que, con este requisito, la norma exige que el discapacitado no pudiese costearse por sus propios medios la atención de un cuidador profesional. Sin embargo, dado el tenor literal del precepto, la reducción de jornada sí podría motivarse perfectamente por el cuidado directo de un discapacitado que, aun no desempeñando actividad retribuida alguna, percibiese ingresos derivados de una pensión o rentas patrimoniales. Pues bien, según se ha encargado de señalar la doctrina científica³⁴⁶, destapa una importante incoherencia jurídica, que pone en cuestión la pretendida finalidad de este requisito; puesto que es evidente que ni toda persona que realiza una actividad retribuida cuenta con ingresos suficientes para costearse los cuidados de un profesional ni todo aquél que no la desempeña carece de ellos.³⁴⁷ Por tanto, en mi opinión, una propuesta de *lege ferenda* que permitiría resolver con plena coherencia esta cuestión sería vincular el derecho no con el desempeño, o no, de una actividad retribuida por parte del sujeto causante, sino con la percepción de un determinado nivel de rentas.

Concurrentes los requisitos que acaban de analizarse, el trabajador podrá reducir su jornada diaria de trabajo entre un octavo y la mitad de su duración, con la consiguiente merma proporcional de salario. Obsérvese que el ET circunscribe la reducción de jornada al ciclo “diario”, lo que supone un importante estrechamiento del marco de posibilidades del trabajador para ajustar su jornada de trabajo a las exigencias relacionadas con la atención del sujeto causante. Sin embargo, para situar esta circunscripción al ciclo “diario” de la reducción de jornada en su contexto, conviene recordar que la norma no fue siempre tan exigente. En efecto, hasta la entrada en

³⁴⁵ GARCÍA TESTAL, E., LÓPEZ BALAGUER, M.: “Los derechos...”, *op. Cit.*, pág.112.

³⁴⁶ SALA FRANCO, T., BALLESTER PASTOR M.A.: “Reducción...”, *op. Cit.*, pág.35 y LÓPEZ TERRADA, E.: “El concepto...”, *op. Cit.*, págs. 50 y 51.

³⁴⁷ LÓPEZ TERRADA, E.: *ibidem*, pág. 54.

vigor de la Ley 3/2012, simplemente se hacía referencia a que el trabajador podía reducir su jornada de trabajo; sin especificar que se tratase, exclusivamente, de la “diaria”. Y ello, lógicamente, permitía reducciones de jornada muy flexibles que, por ejemplo, podían concentrarse en días concretos de la semana o determinados periodos de año, en función de las necesidades particulares de cada caso.³⁴⁸ Sin embargo, la Ley 3/2012, a través de un cambio que, en principio, podría aparentar cierta futilidad (dado que a nivel literal supuso la simple incorporación de un término) provocó, con toda claridad, el derrumbamiento de uno de los pilares esenciales de este derecho³⁴⁹.

Así, la actual configuración del derecho a la reducción de jornada por razones de guarda legal deteriora gravemente las prerrogativas que el trabajador tenía atribuidas en este terreno. Pues es indudable que la verdadera armonización de la vida familiar y laboral depende de la flexibilidad con la que el trabajador pueda hacer uso de los derechos que tiene atribuidos en materia de conciliación; para así adaptar sus obligaciones laborales a la infinidad de circunstancias familiares y personales que puedan sobrevenir en cada caso concreto. Y, en este sentido, resulta fácilmente imaginable que muchas de las necesidades del trabajador relacionadas con el art. 37.6 del ET solo se verían satisfechas mediante reducciones de jornada de una cierta extensión temporal; que le permitiesen, por ejemplo, atender a los hijos durante el periodo de vacaciones escolares o cuidar de un discapacitado a su cargo durante los días concretos de la semana en que la persona o centro que habitualmente se encargase de sus cuidados no pudiese hacerlo. Sin embargo, desatendiendo toda esta compleja realidad, la actual redacción del ET merma drásticamente la versatilidad de este derecho, en la medida en que encorseta la reducción de jornada en el módulo

³⁴⁸ En este sentido, se afirma que, anteriormente a la entrada en vigor de la Ley 3/2012, las reducciones de jornada podían venir referidas a cualquier parámetro cuantitativo de la misma, ya fuese el día, la semana o, incluso, el año. SALA FRANCO, T., BALLESTER PASTOR M.A.: “Reducción...”, *op. Cit.*, págs. 19 y 20.

³⁴⁹ La intensidad y gravedad de la reforma han llevado a que algunos autores le atribuyan el efecto de provocar la expulsión laboral de aquellos trabajadores incapaces de asumir las responsabilidades familiares en un contexto de generalizado desentendimiento, gubernamental y empresarial, de la gestión del cuidado: BALLESTER PASTOR, M.A.: “El irreconocible...”, *op. Cit.*, pág. 178.

diario. Lo que lo inutiliza ante muchas de las situaciones difíciles y comprometidas a las que, potencial y teóricamente, debiera ofrecer una salida válida. Todo ello se da, además, en una materia tan sensible como es la conciliación de la vida familiar y laboral, lo cual ha suscitado las más duras críticas por parte de la doctrina científica.³⁵⁰

Sea como fuere, en mi opinión, nada obsta a que la negociación colectiva, o incluso el pacto individual, permitan que, como en efecto sucedía hasta ahora en muchos casos, la reducción se acumule para su disfrute en jornadas completas. Desde luego, si su situación particular le hiciese decantarse por esta acumulación en jornadas completas, esta nueva posibilidad mejoraría las previsiones legales en beneficio del trabajador, al tiempo que se alcanzarían con mayor precisión los objetivos conciliadores de esta norma.³⁵¹ Postura sustentada recientemente por la AN, que en su Sentencia de 23/05/2015 (St. 49/2015) reconoce a este aspecto de la Ley un valor de derecho necesario relativo; pues cualquier otra interpretación resultaría ajena a la finalidad de la propia norma y contraria a la eficacia de la reducción de la jornada y los derechos de conciliación de la vida profesional y familiar.

Para finalizar este análisis sobre el contenido del derecho a la reducción de jornada por razones de guarda legal, es preciso clarificar una última cuestión. Tal y como se ha encargado de esclarecer la doctrina unificadora del Tribunal Supremo³⁵², el alcance del derecho previsto por el art. 37.6 del ET se ciñe al concepto estricto de reducción de jornada; con lo que quedan fuera de su ámbito objetivo las alteraciones en la propia

³⁵⁰ Así, se ha reflejado que el derecho a la reducción de jornada del art. 37.5 del ET pierde su esencia y queda desdibujado: MONTOYA MEDINA, D.: “Conciliación...”, *op. Cit.*, pág. 139. También, se ha reprobado el hecho de que esta reforma suponga el primer episodio legislativo que recorta el alcance de derechos previamente existentes en materia de conciliación: BALLESTER PASTOR, M.A.: “El irreconocible...”, *op. Cit.*, pág. 176. O, siempre en un sentido muy crítico, se ha afirmado, incluso, que el tenor literal del art. 37.5 del ET no solo vacía de sentido práctico o efecto útil este derecho, sino que, incluso, vulnera el marco constitucional y el comunitario: MOLINA NAVARRETE, C.: “Nuevo revés judicial a la reforma laboral: La reducción de jornada por guarda legal no se agota en la diaria”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 386, 2015, pág. 154.

³⁵¹ En contra: MONTOYA MEDINA, D.: “Conciliación...”, *op. Cit.*, pág. 140, que entiende que el tenor literal de la Ley implica que la previsión de que, en los dos primeros supuestos del art. 37.5 del ET, la reducción se produzca sobre la jornada “diaria” constituye una norma de derecho necesario absoluto.

³⁵² SSTs de 13/06/2008 (Rec. 897/2007) y de 18/06/2008 (Rec. 1625/2007).

organización del tiempo de trabajo, tales como las modificaciones que supusiesen una verdadera transformación del horario de trabajo³⁵³ o el cambio del sistema de turnos³⁵⁴, que vendrían a ser, más que una reducción, una adaptación de la jornada.³⁵⁵ Este otro tipo de variaciones solamente podrían llevarse a cabo a través del art. 34.8 del ET³⁵⁶; cuya virtualidad, como se sabe, queda condicionada a su desarrollo convencional o un eventual acuerdo individual.³⁵⁷

Por otra parte, una de las características fundamentales de esta reducción de jornada es la merma retributiva proporcional que experimentará el trabajador que decidiese hacer uso de este derecho. En efecto, el trabajador verá minorado su salario en la misma proporción que redujese su jornada diaria de trabajo, pues así lo dispone expresamente el art. 37.6 del ET. Sin embargo, la disminución no se producirá respecto al salario en su conjunto, pues sólo se verán reducidas las partidas salariales que estuviesen directamente vinculadas al tiempo de trabajo. De esta manera, el trabajador mantendrá indemnes los complementos salariales disfrutados *ad personam*, siempre que no sean fraccionables en atención al tiempo de trabajo

³⁵³ De esta forma, la norma confiere al trabajador el derecho a reducir su jornada dentro del que venía siendo su horario ordinario, pero no le permite transformarlo o desplazarlo en bloque hacia delante o hacia detrás dentro del día de trabajo pero más allá de los parámetros horarios habituales.

³⁵⁴ Pese a que pueda afirmarse que no cabe instar el cambio del sistema de turnos a través del ejercicio del art. 37.5 del ET, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia de 15 de enero de 2007 (Rec. 6715/2003) entiende que dicho artículo sí comprende la posibilidad de que el trabajador concrete una jornada reducida que se concentre única y exclusivamente dentro de uno de los turnos rotativos que el trabajador venía desarrollando en su jornada ordinaria de trabajo.

³⁵⁵ Pese a haberse analizado aquí de manera específica para el caso de la reducción de jornada por razones de guarda legal, estas conclusiones son absolutamente exportables al resto de supuestos contemplados por el art. 37.5 del ET. De manera que los derechos programados en los párrafos 2º y 3º del citado precepto (para el cuidado directo de los familiares que no pudiesen valerse por sí mismos y los hijos menores enfermos de gravedad respectivamente) también consisten en una “reducción de la jornada” en sentido estricto.

³⁵⁶ SALA FRANCO, T., BALLESTER PASTOR M.A.: “Reducción...”, *op. Cit.*, pág. 18, VIQUEIRA PÉREZ, CARMEN: “Derechos de conciliación...”, *op. Cit.*, edición digital.

³⁵⁷ En este mismo capítulo se dedica, íntegramente, un epígrafe al tratamiento y análisis del derecho a la adaptación de jornada recogido en el art. 34.8 del ET.

efectivo y su justificación se mantenga con la reducción de jornada.³⁵⁸ Por su parte, la D.A. 19ª del ET, amparada por la LOI 3/2007, establece que las reducciones de jornada del art. 37.6 del ET³⁵⁹ no tendrán reflejo en el cálculo de las indemnizaciones que pudieran corresponder al trabajador.

b) Cuidado directo de familiares que no puedan valerse por sí mismos.

También tiene derecho el trabajador a reducir la jornada diaria entre un octavo y la mitad de su duración para encargarse del cuidado directo de un familiar con un parentesco de hasta segundo grado, que no pudiese valerse por sí mismo y no desempeñase una actividad retribuida.³⁶⁰

Por lo que se refiere a su titularidad, el derecho a la reducción de jornada para el cuidado de familiares presenta el mismo esquema que se expuso respecto a la reducción de jornada por razones de guarda legal.³⁶¹ Por su parte, también el contenido del derecho es aquí idéntico al que ya se refirió durante el análisis de la reducción de jornada por razones de guarda legal.³⁶² Y existe una última simetría entre

³⁵⁸ SALA FRANCO, T., BALLESTER PASTOR M.A.: “Reducción...”, *op. Cit.*, pág. 46. Para un estudio detallado de cada una de las posibles percepciones salariales y su pérdida proporcional o conservación en los casos de reducción de jornada en virtud del art. 37.5 del ET: GARCÍA TESTAL, E., LÓPEZ BALAGUER, M.: “Los derechos...”, *op. Cit.*, págs. 125-128.

³⁵⁹ Establece lo mismo para los apartados 5 y 8 de este mismo art. 37 del ET.

³⁶⁰ Este segundo supuesto de reducción de jornada fue incorporado al art. 37.5 del ET por el art. 2.2 de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

³⁶¹ De esta manera, que nos encontramos ante un derecho de titularidad individual y plena de todo hombre o mujer trabajadora que genere las condiciones exigidas por la norma para su ejercicio.

³⁶² En efecto, es el propio precepto el que atribuye, de manera expresa, exactamente el mismo derecho para ambos supuestos. Por lo tanto, cuando el trabajador tenga a su cuidado directo a un familiar que no pudiese valerse por sí mismo, podrá reducir su jornada diaria entre un octavo y la mitad de su duración, con todas las especialidades que ya se refirieron respecto al supuesto del cuidado directo por razones de guarda legal. De este modo, el derecho solo comprende una reducción de la jornada diaria en sentido estricto, con lo que quedaría fuera de su espectro cualquier alteración en la organización del tiempo de trabajo que tuviese una naturaleza cualitativa; como podrían ser la transformación del horario de trabajo o el cambio del sistema de turnos. Y, además, dicha reducción quedaría circunscrita al ciclo “diario”.

los dos primeros supuestos de reducción de jornada recogidos por el art. 37.6, que es la relativa a su hecho causante. En efecto, tanto en este caso como en el anteriormente estudiado el derecho surgirá cuando al trabajador se le presente la necesidad de prestar cuidados directos a una tercera persona, que será el sujeto causante. Pero es respecto a ese sujeto causante donde sí se diferencian la reducción de jornada del primer supuesto, que se origina por el cuidado directo de un menor de doce años o un discapacitado, y esta otra, que se analiza ahora y viene motivada por el cuidado directo de un familiar que no pueda valerse por sí mismo.

Esa tercera persona cuyo cuidado directo motiva el derecho, se define a partir de cuatro elementos configuradores: que se trate de un familiar del trabajador, que no pueda valerse por sí mismo, que su situación menesterosa responda a razones de edad, accidente o enfermedad y que no desempeñe una actividad retribuida. Solo cuando en el sujeto causante concurren todas y cada una de estas notas características, el trabajador podrá articular la reducción de jornada prevista por el párrafo 2º del art. 37.6 del ET.

Respecto al elemento del parentesco, la norma exige que el sujeto causante esté conectado por lazos de consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado, con el trabajador. Pese a que a la luz de la literalidad de la norma ni el cónyuge ni los parientes por adopción parecerían quedar comprendidos en el espectro de la norma, no pueden albergarse dudas de que, también dichos parientes, originarán el derecho a la reducción de jornada; pues el reconocimiento expreso y la protección constitucional del matrimonio (art. 32 CE) y todos los hijos con independencia de su filiación (art. 39 CE) no podrían conducir a otra conclusión.

Sin embargo, la cuestión no está tan clara por lo que se refiere a la pareja de hecho. En efecto, parece que la firme opción del legislador es la de excluir de la aplicación de este derecho a las parejas de hecho³⁶³; lo cual implica que, con la configuración actual de la norma, el mismo trabajador podría, por ejemplo, reducir su jornada de trabajo

³⁶³ LÓPEZ TERRADA, E.: "El concepto...", *op. Cit.*, págs. 52 y 53.

para cuidar del marido de su hermana pero no podría, en cambio, hacerlo para cuidar de la madre de sus hijos, con la que constituyese una pareja de hecho. Siendo ello así, en mi opinión, resulta del todo gráfico y evidente dicha exclusión no se ajusta, en absoluto, a la finalidad de la norma; por lo que coincido en que sería oportuno desvincular definitivamente la cuestión del cuidado del grado de parentesco. De este modo, se permitiría acceder a los derechos previstos en este campo a los cuidadores efectivos, con independencia de sus lazos legales o familiares con la persona afectada.³⁶⁴ Queda reflejado, pues, que la redacción actual del precepto deja sin cobertura situaciones que, con total claridad y de acuerdo a los verdaderos objetivos de la norma, debieran quedar protegidas por este derecho.

La segunda y la tercera notas características requeridas por la norma vienen a converger, pues son causa y consecuencia la una de la otra. Se trata de que el sujeto causante no pueda valerse por sí mismo y dicha situación de necesidad se deba a su edad, a una enfermedad o a un accidente.

Dado que la norma no exige nada al respecto, ha de entenderse que concurre la exigencia de que el sujeto “no pueda valerse por sí mismo” tanto en los casos en que existiese una declaración formal y con relevancia jurídica acerca de su situación de invalidez como cuando, de hecho, el familiar del trabajador no pudiese desenvolverse sin ayuda de un tercero en alguna de las parcelas vitales. A este respecto, será el propio trabajador interesado en ejercitar el derecho a la reducción de jornada quien deba probar la concurrencia de tales circunstancias en su familiar, el sujeto causante, de acuerdo al art. 217.2 de la LEC³⁶⁵ y el criterio sostenido por los Tribunales y la doctrina científica.³⁶⁶ En este sentido, cuando exista un documento en que se declare

³⁶⁴ SALA FRANCO, T., BALLESTER PASTOR M.A.: “Reducción...”, *op. Cit.*, pág. 38, todo ello en un contexto social en el que los vínculos familiares estrictos se van debilitando y flexibilizando cada vez más.

³⁶⁵ “Corresponde al actor y al demandado reconviniendo la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención.”

³⁶⁶ GARCÍA TESTAL, E., LÓPEZ BALAGUER, M.: “Los derechos...”, *op. Cit.*, pág. 116, con cita de la STSJ de La Rioja de 02/06/2005 (Rec. 119/2005).

alguna de las invalideces previstas en la LGSS, o bien la condición de dependiente en alguno de los grados previstos en la Ley 39/2006, la imposibilidad del sujeto causante para valerse por sí mismo no presentaría, en realidad, ningún problema probatorio. Sin embargo, habrá otras ocasiones en las que, pese a concurrir de hecho, la situación de necesidad del familiar del trabajador no cuente, a priori, con esta acreditación de carácter oficial y es, en tales casos, cuando deberá probarse, a instancia de parte y a través de cualquier medio válido en derecho, que el sujeto causante no puede valerse por sí mismo en alguna parcela de la vida cotidiana.

Debe recalcar, eso sí, que no se precisa un escenario de extrema gravedad, pues basta con que la dependencia se manifieste en aspectos parciales o concretos de la vida cotidiana.³⁶⁷ En efecto, la propia esencia de la norma, que contempla una reducción moderada de la jornada diaria, no parte de la premisa de que el sujeto causante adolezca de una incapacidad total; sino que se considera suficiente que requiera cuidados y atención durante algunos momentos concretos del día.

Por otro lado la Ley exige que, además, dicha situación de necesidad o dependencia se deba a razones de edad, accidente o enfermedad. Estos dos últimos sucesos no presentan mayores dificultades aplicativas o interpretativas, ya que, normalmente, existirá un informe médico que concretará las circunstancias específicas de cada caso; por lo que será, así, sencillo acreditar que al enfermo o accidentado le es imposible valerse por sí mismo en alguna parcela de la vida cotidiana.

Sin embargo, dada su genérica formulación, el supuesto de la edad sí presenta alguna dificultad. En primer lugar porque, obviamente, no existirá ningún documento en el que se acredite, a priori, que la edad en sí misma, impide al sujeto causante valerse por sí mismo en alguna parcela de la vida cotidiana; por lo que será necesario que el interesado acredite tales extremos de acuerdo a lo analizado anteriormente. Pero, además, por otro lado, también debe plantearse la cuestión de si la Ley contempla

³⁶⁷ SALA FRANCO, T., BALLESTER PASTOR M.A.: *ibidem*, págs. 38-40.

únicamente la atención de personas mayores³⁶⁸ o si, por el contrario, el trabajador también podría instar la reducción de jornada aduciendo el cuidado directo de un menor que superase el umbral de edad establecido en el primer supuesto del art. 37.6 del ET. En concreto la idea que se baraja es si los menores que ya hubiesen cumplido los doce años, y por tanto quedasen fuera del ámbito de aplicación del primer supuesto de reducción de jornada del art. 37.6 del ET, podrían quedar incluidos en este segundo supuesto cuando les uniese al trabajador un vínculo de parentesco de hasta segundo grado. Desde luego, la genérica literalidad del precepto a la hora de referirse a la “edad” podría llevar a pensar que también los familiares de edad temprana, pero ya mayores de doce años, generarían la reducción de jornada contemplada por el párrafo 2º del art. 37.6 del ET.³⁶⁹ Sin embargo, esta posibilidad se planteó en sede doctrinal durante una situación de vigencia en la que la edad de referencia del párrafo primero de dicho artículo era de sólo ocho años.³⁷⁰ Pues bien, modestamente considero que, dada la configuración actual de la norma, dicho debate, quizá, haya perdido en cierta medida su virtualidad. Y es que, habida cuenta de que actualmente el primer supuesto de reducción de jornada previsto por este artículo cubre la necesidad de cuidados directos de los menores de hasta doce años, parece difícil sostener que la edad temprana, pero ya a partir de estos doce años, pueda ser, en sí misma y sin que concurra ninguna otra circunstancia específica, una situación objetiva de dependencia.

La cuarta y última nota característica que debe concurrir en el sujeto causante es la de no desarrollar una actividad retribuida; requisito común con el supuesto de las

³⁶⁸ La edad avanzada de un familiar se sitúa como supuesto arquetípico que se planteó el legislador a la hora de fijar esta reducción de jornada, pues la propia Ley 39/1999, que incorpora al art. 37.5 del ET este segundo párrafo, menciona de manera expresa en su Exposición de Motivos los cambios demográficos y el envejecimiento de la población en nuestro país.

³⁶⁹ Dado que la falta de matices de la redacción legal favorecería una comprensión del precepto favorable a la inclusión de la incapacidad de valerse por sí mismo propia de la minoría de edad: LÓPEZ TERRADA, E.: “Permisos parentales y conciliación”, en A.A.V.V. *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2010, pág. 155.

³⁷⁰ SALA FRANCO, T., BALLESTER PASTOR M.A.: “Reducción...”, *op. Cit.*, págs. 41-42; GARCÍA TESTAL, E., LÓPEZ BALAGUER, M.: “Los derechos...”, *op. Cit.*, pág.117-118; LÓPEZ TERRADA, E.: “El concepto...”, *op. Cit.*, págs. 53-54.

personas con discapacidad que se encontrasen bajo el cuidado directo del trabajador por razones de guarda legal, que ya se analizó anteriormente.³⁷¹

c) Cuidado de menores a cargo afectados por cáncer u otra enfermedad grave.

El tercer párrafo del art. 37.6 del ET³⁷² prevé que los padres del menor de dieciocho años que se encontrase afectado de cáncer u otra enfermedad grave podrán reducir su jornada de trabajo, al menos, en un cincuenta por ciento; con la consiguiente merma salarial.

Serán titulares del derecho tanto los progenitores como los adoptantes y acogedores, ya se tratase de un acogimiento preadoptivo o de carácter permanente. Por otra parte debe reiterarse que el derecho es de titularidad individual y plena de todos los trabajadores, tanto hombres como mujeres, tal y como se ha expuesto en relación a los dos supuestos anteriores de reducción de jornada.

El hecho causante viene referido, de nuevo, al cuidado directo de una tercera persona que se encuentra necesitada y con la que, en este caso, se guardan lazos de paternidad en sentido amplio (filiación natural o adopción, o bien acogimiento). Lo determinante para que el trabajador pueda reducir su jornada de trabajo será la concurrencia de dos requisitos en la persona de este sujeto causante, aparte del propio vínculo que le une al titular del derecho. En primer lugar, el sujeto causante deberá estar aquejado bien de cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas) o bien cualquier otra enfermedad grave que precisase ingreso hospitalario de larga duración (lo cual, a su vez, debe quedar debidamente acreditado por los servicios públicos de salud). Y, en segundo lugar, debe tratarse de un menor de dieciocho años. La norma así lo establece

³⁷¹ El alcance de la exigencia es aquí exactamente el mismo que el expuesto en el apartado *a)* de este mismo epígrafe. Además, cabe igualmente verter la crítica ya dirigida a la falta de coherencia jurídica de este requisito. La cual queda evidenciada al observar cómo se permite que el sujeto causante perciba ingresos, incluso cuantiosos, de otras fuentes, como pudieran ser las rentas patrimoniales o cualquier tipo de pensión.

³⁷² Este tercer supuesto de reducción de jornada por razones de cuidado directo de un familiar fue introducido en el art. 37.5 del ET por la D.A. 22ª de la Ley 39/2010.

con meridiana claridad³⁷³, con lo que solo podrá instarse esta reducción de jornada mientras el hijo o acogido fuese menor de edad. Además, si, una vez ya se estuviese disfrutando dicha reducción de jornada, el sujeto causante alcanzase la edad de dieciocho años, el derecho se extinguiría de manera automática e irremisible. No obstante, no parece peregrino sostener que, una vez ya cumplidos los dieciocho años por parte del sujeto causante, esta difícil coyuntura podría pasar vehicularse a través del segundo supuesto de reducción de jornada previsto en este mismo artículo 37.6 del ET, el del cuidado directo de un familiar. Pues, de hecho, así había de hacerse con carácter general hasta la entrada en vigor de este tercer párrafo, en el año 2011. Ciertamente, las posibilidades de reducción de la jornada de trabajo menguarían llegados a este punto³⁷⁴; pero considero que ello encuentra justificación en que la verdadera finalidad de la norma es la de proteger de un modo específico la severa situación en que se encuentra el trabajador cuyo hijo gravemente enfermo es, además, menor de edad.

En fin, por lo que se refiere a su contenido, este tercer supuesto solo presenta dos divergencias respecto a las dos reducciones de jornada anteriormente examinadas (las derivadas de la guarda legal y el cuidado directo de un familiar). La primera de ellas consiste en que, ahora, la jornada deberá reducirse, al menos, en la mitad de su duración. Del tenor literal de la norma se desprende que, en caso de ejercitar este derecho, el trabajador deberá reducir su jornada de trabajo como mínimo a la mitad. Este elevado mínimo parece reflejar una voluntad restrictiva por parte del legislador, que límite el ejercicio de este derecho a aquellos casos en los que las circunstancias concurrentes sean realmente graves y requieran una profunda readaptación del tiempo de trabajo. No obstante, entiendo que no existiría problema alguno en que, ya fuese a nivel individual o colectivo, se permitiese al trabajador reducir su jornada por

³⁷³ “...y como máximo hasta que el menor cumpla los 18 años.”

³⁷⁴ Recuérdese que la reducción de jornada para el cuidado de menores a cargo afectados por enfermedades graves será de al menos la mitad de la duración de aquella, sin que se establezca límite máximo alguno. Por su parte, la reducción de jornada por cuidado directo de familiares será de entre un octavo y la mitad de la duración de aquella.

cuidado de menores enfermos a partir de coeficientes inferiores al cincuenta por ciento.³⁷⁵

Además, en el párrafo tercero del art. 37.6 del ET se prevé expresamente que, por convenio colectivo, se podrá pactar que la reducción de la jornada de trabajo por cuidado de menores enfermos se acumule en jornadas completas. Como se sabe, para los dos primeros supuestos el precepto establece que la reducción se producirá de manera específica sobre la jornada “diaria”, pero nada se dice sobre su posible acumulación en jornadas completas. Con lo que, aparentemente, existiría una disparidad normativa entre este tercer supuesto de reducción de jornada y los dos anteriores. Sin embargo, entiendo que esta previsión del párrafo tercero no supone una verdadera diferencia entre la reducción de jornada por cuidado de menores enfermos y las de los dos supuestos anteriores. Pues, tal y como ya se explicó, también en aquéllos resultaba posible que, tanto en sede colectiva como individual, se permitiera que el trabajador acumulase la reducción de jornada en días completos de ausencia.³⁷⁶

Por lo demás, el contenido del derecho previsto en este tercer párrafo del art. 37.6 no difiere en absoluto de todo lo ya expuesto en relación a los dos primeros supuestos, incluyendo la merma retributiva proporcional y el alcance de ésta.

³⁷⁵ De este modo se facultaría al trabajador a reducir la duración de su jornada sin necesidad de alcanzar como mínimo esta elevada cuota del 50% que exige la norma; lo que podría traducirse, por ejemplo, en una reducción de una octava parte (12.5%), el mismo porcentaje mínimo que prevé la Ley para los dos primeros supuestos del art. 37.5 ET.

³⁷⁶ En contra: MONTOYA MEDINA, D.: “Conciliación...”, *op. Cit.*, pág. 140, que entiende que el tenor literal de la Ley implica que la previsión de que, en los dos primeros supuestos del art. 37.5 del ET, la reducción se produzca sobre la jornada “diaria” constituye una norma de derecho necesario absoluto.

d) *Ejercicio de los derechos a la reducción de jornada del art. 37.6 del ET.*

De la dinámica de ejercicio del derecho a las reducciones de jornada de los tres supuestos del art. 37.6 del ET se ocupa el art. 37.7 del ET, que, como se sabe, también regula el ejercicio del permiso de lactancia. De esta manera, será al trabajador a quien corresponda la concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute de las reducciones de jornada programadas por el art. 37.6. Pero con la sujeción a los límites que ya se vieron con ocasión del derecho a la lactancia: en primer lugar, el respeto a los principios generales de buena fe de los arts. 5 a) y 20.2 del ET y de abuso de derecho del 7.2 del CC y, en segundo lugar y con carácter más específico, la necesidad de preavisar al empresario con una antelación de quince días, o la que se determine convencionalmente, de la fechas concretas en las que se iniciará y finalizará la reducción de jornada. Además, en caso de discrepancia entre las partes acerca de su disfrute, también será aplicable el procedimiento urgente e irrecurrible³⁷⁷ previsto por el art. 139 de la LRJS³⁷⁸.

Sin embargo, la D.A. 1ª de la Ley 3/2012 introduce una importante especificidad en el ejercicio del derecho a las reducciones de jornada del art. 37.6 del ET. Ahora, el art. 37.7 del ET prevé la posibilidad de que los convenios colectivos establezcan criterios para la concreción horaria de las tres reducciones de jornada previstas por el art. 37.6, en atención a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y a las necesidades productivas y organizativas de las empresas. Como se observa, esta reforma normativa abre la puerta para que la negociación colectiva condicione el ejercicio del derecho a la reducción de jornada ante determinadas circunstancias relacionadas con la organización y productividad de la empresa. Tal giro legislativo supone un empobrecimiento de los derechos de conciliación contenidos en el art. 37.6

³⁷⁷ Salvo cuando se haya acumulado pretensión de resarcimiento de perjuicios que por su cuantía pudiera dar lugar a recurso de suplicación, en cuyo caso el pronunciamiento sobre las medidas de conciliación será ejecutivo desde que se dicte la sentencia.

³⁷⁸ Con las suspicacias planteadas por la doctrina científica acerca del desajuste entre la vertiente sustantiva y procesal del derecho a la determinación y concreción del disfrute de los permisos y reducciones de jornada de los puntos 4 a 7 del art. 37 del ET durante el análisis del ejercicio de la lactancia, en el primer epígrafe de este mismo capítulo.

del ET, que hasta la entrada en vigor de la Ley 3/2012 se ejercitaban, única y exclusivamente, con acuerdo a las necesidades y preferencias del trabajador.³⁷⁹ Sin embargo, tras la citada reforma, la normativa vigente permite que los convenios colectivos establezcan determinadas restricciones en la concreción horaria y determinación del periodo de disfrute de tales reducciones de jornada, justificadas, eso sí, en las necesidades organizativas y productivas de la empresa. Con lo que, ciertamente, se adiciona otro límite más a la genérica libertad con la que el trabajador ejercerá el derecho a las tres reducciones de jornada contempladas por el art. 37.6 del ET.

En fin, cabe matizar que tal limitación solo podrá producirse en una medida razonable, pues incurriría en abuso de derecho una restricción tal del ejercicio del derecho que llevase a su práctico vaciamiento. Pero, además, todo ello no debe confundirse con una rebaja en el contenido objetivo de este derecho, que siempre deberá mantenerse, al menos, en los términos cuantitativos reconocidos por la Ley. En efecto, puede afirmarse que, en ningún caso, el establecimiento de tales condicionantes en el ejercicio del derecho puede suponer, so pena de nulidad³⁸⁰, una restricción convencional de su contenido legal.³⁸¹

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

³⁷⁹ En un sentido similar: BALLESTER PASTOR, M.A.: "El irreconocible...", *op. Cit.*, págs. 198-199.

³⁸⁰ MONTOYA MEDINA, D.: "Conciliación...", *op. Cit.*, pág. 142, con apoyo en la doctrina judicial del Tribunal Constitucional, que pone de relieve la relevancia constitucional de estos derechos, dado su entronque con el derecho a la no discriminación y el mandato de protección de la familia y la infancia de los arts. 14 y 39 de la CE

³⁸¹ Tal y como sostiene el Tribunal Supremo, los apartados 5 y 6 del art. 37 del ET no regulan dos derechos independientes, sino uno solo, la reducción de la jornada en el apartado 5 y la extensión en la que puede ejercitarse con arreglo al apartado 6. Por lo tanto, cualquier reforma normativa del apartado 6, como es la aquí analizada, no puede suponer, en ningún caso, un cambio en el contenido sustancial del derecho que reconoce el apartado 5: SSTs de 13/06/2008 (Rec. 897/2007) y de 18/06/2008 (Rec. 1625/2007).

5. El derecho a la reducción y adaptación de jornada de las víctimas de violencia de género o de terrorismo.

El punto 8 del art. 37 reconoce un derecho a la reducción de jornada, así como a su adaptación, para aquellas trabajadoras y trabajadores que tuviesen la consideración de víctimas de violencia de género o de terrorismo.

El titular de este derecho será, por tanto, todo aquel trabajador que fuese, bien víctima de violencia de género, o bien víctima de terrorismo. Este derecho, cuya finalidad declarada es que las víctimas hagan efectivo su derecho a la protección o su acceso a la asistencia social, fue diseñado, con carácter inicial, exclusivamente para las víctimas de violencia de género.³⁸² Sin bien, con posterioridad³⁸³, se añadió al campo subjetivo del art. 37.8 del ET también a las víctimas de terrorismo.³⁸⁴

Respecto a su contenido, el derecho contempla dos posibles alternativas. En primer lugar se prevé una reducción de la jornada de trabajo con la correspondiente rebaja retributiva proporcional. Sobre este punto es importante precisar que el ET, a diferencia con lo que ocurre con las situaciones previstas por el art. 37.6, no circunscribe la reducción de jornada al ciclo “diario” y, además, tampoco se refleja ningún porcentaje máximo ni mínimo en la cuantía de la misma; lo que da idea de que las posibilidades ofrecidas al trabajador son mayores. Pero, en cualquier caso, resulta que el precepto confiere al trabajador o trabajadora víctima de violencia de género o terrorismo una segunda alternativa, consistente en llevar a cabo una verdadera reordenación de la jornada laboral. Con lo cual se abre la puerta a que el trabajador reorganice su tiempo de trabajo en sentido amplio; lo que, por tanto, sí incluiría la

³⁸² Es la LO 1/2004, de medidas para la protección integral contra la violencia de género, la que, en su D.A. 7ª incorporó al art. 37 del ET este punto 7.

³⁸³ Esta modificación se introdujo durante la tramitación parlamentaria de la Ley 3/2012.

³⁸⁴ Esta equiparación, entre las víctimas de violencia de género y de terrorismo, ha sido cuestionada por parte de la doctrina científica. En primer lugar porque, de esa manera, se degrada a unas y otras víctimas, en tanto en cuanto esa injustificada extensión subjetiva parece más un premio que una prevención. Pero, sobre todo, porque proteger a aquellos que ya han sido víctimas del terrorismo carece de la finalidad preventiva que, en origen, tenía el derecho para el caso de las víctimas de violencia de género: BALLESTER PASTOR, M.A.: “El irreconocible...”, *op. Cit.*, pág. 202.

adaptación de horario, o incluso la aplicación del horario flexible, y el cambio de turno.³⁸⁵

En fin, cabe por último analizar el ejercicio de este derecho, bien a la reducción de jornada, bien a su verdadera adaptación, previsto por el art. 37.8 del ET. En principio, el párrafo 2º del 37.8 se remite al acuerdo que las partes alcanzasen acerca de los términos concretos de ejercicio de la reducción o adaptación de jornada, con respeto, en su caso, a los criterios que a tal efecto se hubiesen previsto en la negociación colectiva. Ante la hipótesis de que no se alcanzase un acuerdo pacífico por estas vías, el ET afirma que será el trabajador quien realice la concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute del derecho; en consonancia con lo previsto por el art. 37.7 del ET para los permisos y reducciones de jornada por lactancia, nacimiento de hijos prematuros, guarda legal o cuidado directo de familiares.³⁸⁶ Lo que ocurre es que, como se sabe, el régimen procesal previsto por el art. 139 de la LRJS para la resolución de cualquier conflicto relacionado con los derechos de conciliación recogidos en el art. 37 del ET reduce ese derecho a la concreción horaria del trabajador, anunciado por el ET, a una mera *propuesta*; que, en caso de ser desatendida por el empresario obligará al propio trabajador a acudir a los tribunales para reclamar el ejercicio de su derecho. Y es por ello que se afirma que la prerrogativa proclamada por el ET en este punto no pasa de ser una promesa vacía de contenido.

³⁸⁵ Opciones que, como ya se vio, quedan fuera del espectro objetivo de la reducción de jornada, en sentido estricto, por razones de guarda legal y cuidado directo de familiares, prevista por el art. 37.5 del ET; pues suponen una transformación de la jornada en términos cualitativos, mientras que las reducciones de jornada del 37.5 solo pueden suponer una variación cuantitativa de la misma. En efecto, tal y como se vio en el apartado *a)* del epígrafe anterior, dicho artículo confiere al trabajador el derecho a reducir su jornada dentro del que venía siendo su horario ordinario, pero no le permite transformarlo o desplazarlo en bloque hacia delante o hacia detrás dentro del día de trabajo pero más allá de los parámetros horarios habituales.

³⁸⁶ Derechos previstos en los puntos 4 y 5 del propio art. 37 del ET.

6. El derecho a la adaptación de jornada por razones personales y familiares del art. 34.8 del ET.

El art. 34.8 del ET establece que los trabajadores podrán adaptar su jornada de trabajo, para así hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, de acuerdo a lo pactado con el empresario o lo previsto por la negociación colectiva.³⁸⁷ Como se vislumbra con toda claridad, la finalidad esencial de este derecho es la de proteger la esfera privada del trabajador, ofreciéndole la posibilidad de reorganizar su tiempo de trabajo ante determinadas circunstancias de índole tanto familiar como personal; por lo que prácticamente cualquier situación particular del trabajador que hiciese deseable una adaptación de jornada podría llegar a ser incardinable en este campo objetivo. Todo ello no obstante, parece que la norma supedita el disfrute real y efectivo de este derecho, bien al acuerdo individual, o bien a su reconocimiento convencional explícito. Y este punto constituye, como se verá, el principal escollo en la interpretación del precepto.

Respecto a su titularidad, queda fuera de toda duda que se trata de un derecho que podrá ser disfrutado de igual manera tanto por los hombres como por las mujeres trabajadoras. Pese a la genérica dicción literal del artículo, ninguna otra conclusión podría extraerse de una visión panorámica de la normativa, tanto nacional como comunitaria, y el sentido de la línea interpretativa que los tribunales sostienen

³⁸⁷ “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.

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.”

respecto a la titularidad de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral; basada en el, así acuñado, principio de corresponsabilidad entre sexos.^{388 389}

Por lo que se refiere a su contenido, este derecho comprende toda variación de la jornada de trabajo, tenga la naturaleza que tenga. En este sentido, puede afirmarse que se trata de un derecho complementario de los recogidos en el art. 37.6 del ET, ya que las limitaciones propias de estos derechos los hacían insuficientes para proteger por sí solos todas y cada una de las innumerables situaciones de necesidad concurrentes en el campo de la conciliación. Pues bien, precisamente para completar el marco normativo de la conciliación de la vida laboral, familiar y personal, la LOI 3/2007 introdujo este apartado 8 en el art. 34 del ET, en el que se regula el derecho a la adaptación de jornada en sentido amplio. Por tanto, es a través de ese derecho desde donde habrán de vehicularse las pretensiones del trabajador relacionadas con la jornada de trabajo que excediesen del concepto estricto de “reducción de jornada” de los puntos 4, 5 y 6 del art. 37 del ET. Así, mediante esta otra vía para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, los trabajadores podrán instar cualquier tipo de transformación o reorganización del tiempo de trabajo; incluidas aquéllas de naturaleza *cuantitativa*, como podrían ser el cambio de turno o la variación del horario³⁹⁰. Pero, además de las modificaciones de índole *cuantitativa*, debe recordarse que esta norma también permite adaptar la “duración” de la jornada; lo que, por su parte, también autorizaría a acometer reducciones de jornada que excediesen de los parámetros temporales-cuantitativos fijados por los arts. 37.4, 37.5 y 37.6 del ET, o bien

³⁸⁸ En un sentido similar: SALA FRANCO, T., BALLESTER PASTOR M.A.: “Reducción...”, *op. Cit.*, pág. 27, LAHERA FORTEZA, J: “Organización flexible del tiempo de trabajo y conciliación familiar”, en *Documentación Laboral*, nº 100, 2014, pág. 41.

³⁸⁹ No obstante, debe señalarse que la cuestión de la titularidad de los derechos de conciliación, y concretamente este de la adaptación de jornada recogido en el art. 34.8 del ET, también se ha afrontado desde otra perspectiva diversa. Según ésta, el bien jurídico protegido, desvinculado de connotaciones de sexo y género, no es sino la familia. Y, por ello, debe entenderse que la titularidad no recae tanto en la figura de la persona trabajadora como en la globalidad de los miembros de la familia: SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “Adaptación de la jornada laboral por circunstancias familiares: la familia como bien jurídico protegido (reflexiones en torno a la STC 24/2011)”, en *REDT*, nº 155, 2012, págs. 271-274.

³⁹⁰ Incluso, tras la modificación operada por la Ley 3/2012 se prevé expresamente la posibilidad de introducir un horario flexible, así como cualquier otro modo de organización del tiempo de trabajo y los descansos.

no encontrasen en ellos amparo causal. Además, debe valorarse que el término “vida personal” desborda el concepto estricto de familia que recogen los derechos de conciliación del art. 37 del ET, por lo que queda claro, de nuevo, que el derecho contenido en el art. 34.8 del ET complementa a los anteriores.

El verdadero problema aplicativo del art. 34.8 del ET radica en determinar su grado de efectividad; esto es, si contiene, o no, un derecho directamente exigible. Como se sabe, el precepto reconoce el derecho a la adaptación de jornada “...en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que se llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto por aquélla.” Resulta evidente, pues, que cuando el convenio colectivo se pronunciase sobre estos extremos o se hubiese llegado a un acuerdo concreto con el empresario, no habría más que remitirse a los mismos y, en función de lo pactado, determinar la viabilidad de lo pretendido por el trabajador en cada caso concreto. La cuestión, por tanto, es qué sucede en el supuesto de que el convenio colectivo, por su parte, no dote de unas pautas de acceso y un contenido específico a este derecho y, además, empresario y trabajador, a nivel individual, no llegasen a un acuerdo sobre el particular. En estos casos, ¿puede el trabajador ejercer de manera unilateral el derecho que le reconoce la norma? ¿Cuál es, por tanto, la auténtica virtualidad del art. 34.8 del ET? ¿Se reconoce un verdadero derecho o se trata simplemente de una enunciación programática?

La doctrina científica mayoritaria se posiciona en apoyo de la exigibilidad y efectividad directa de este derecho.³⁹¹ Desde esta postura se defiende que la referencia a la negociación colectiva y al acuerdo individual tiene un sentido no condicional, sino secundario; que recuerda, por un lado, la jerarquía de fuentes del derecho laboral y, por otro, las distintas posibilidades negociales en la delimitación de los derechos plenos de naturaleza imprecisa.³⁹² En este sentido, también se relaciona la virtualidad

³⁹¹ Para un elenco de numerosas obras y autores orientados en esta línea: GARCÍA TESTAL, E., LÓPEZ BALAGUER, M.: “Los derechos...”, *op. Cit.*, pág. 84.

³⁹² SALA FRANCO, T., BALLESTER PASTOR M.A.: “Reducción...”, *op. Cit.*, págs. 52-54: que, en esta misma línea, prosiguen afirmando que esa referencia a la negociación colectiva tiene un carácter meramente recordatorio.

práctica del art. 34.8 del ET con el contenido mínimo que el art. 85 impone a los convenios colectivos, afirmando que, a pesar de que el propio derecho a la adaptación de jornada y sus términos de ejercicio penden de su desarrollo convencional o contractual, el convenio colectivo que guardase silencio respecto al llamamiento del art. 34.8 podría, incluso, llegar a ser considerado indirectamente discriminatorio por no abordar estos extremos.³⁹³

En cualquier caso, es posible, también, encontrar otras opiniones doctrinales que convergen con indubitada firmeza en la idea de que el derecho a la adaptación de jornada del art. 34.8 del ET carece por sí mismo, y al margen del acuerdo convencional o individual al respecto, de una eficacia directa o autónoma. Por lo que, sin el respaldo del convenio colectivo o la aprobación del propio empresario, el trabajador no podría ejercitar el derecho que proyecta este precepto.³⁹⁴

No obstante, pese a que la opinión predominante entre la doctrina científica sea que el derecho a la adaptación de jornada goza de exigibilidad y aplicabilidad directa, el juicio de los tribunales discurre por la dirección opuesta. En efecto, el Tribunal Supremo estima que, sin desarrollo convencional ni acuerdo individual al respecto, el art. 34.8 del ET carece de eficacia práctica. En este sentido, su Sentencia de 13 de junio de 2008 (Rec. 897/2007) dictamina que la Ley condiciona el ejercicio del art. 34.8 del ET “a los términos establecidos en la negociación colectiva o en el acuerdo que se llegue con el empresario, respetando lo previsto en aquel; y lo contrario sería admitir un cambio de horario por decisión unilateral del trabajador carente de apoyo legal”. También la STS de 19/10/2009 (Rec. 3910/2008), en esta misma línea, razona que el art. 34.8 del ET no “delega sin límites en el beneficiario de la conciliación la configuración del derecho de adaptación de jornada”, habida cuenta de esa sujeción al desarrollo y concreción

³⁹³ VIQUEIRA PÉREZ, CARMEN: “Derechos de conciliación...”, *op. Cit.*, edición digital. En contra, afirmando que no es estrictamente necesario que el convenio colectivo dote de un contenido específico al derecho de adaptación de jornada del art. 34.8 del ET, pues ello no forma parte del contenido mínimo que le impone el art. 85. Sino que, simplemente, se encuentra dentro del escenario de un deber de negociar: LAHERA FORTEZA, J: “Organización...”, *op. Cit.*, pág. 41.

³⁹⁴ GARCÍA TESTAL, E., LÓPEZ BALAGUER, M.: “Los derechos...”, *op. Cit.*, págs. 88-89, LAHERA FORTEZA, J: “Organización...”, *op. Cit.*, pág. 45.

convencional o contractual.³⁹⁵ Además, debe apreciarse que, la existencia de todo un conjunto de medidas dirigidas a garantizar la conciliación de la vida familiar y laboral, compuesto de dos vías paralelas y con un alcance diferente (los derechos de conciliación del art. 37 del ET, por un lado, y, el derecho a la adaptación de jornada del art. 34.8 del ET, por otro), lleva al Tribunal Supremo a afirmar que esa virtualidad condicionada al desarrollo y concreción convencional o contractual del derecho a la adaptación de jornada del art. 34.8 del ET no conculca el deber de aseguramiento de la protección social y jurídica de la familia por parte de los poderes públicos, en los términos del art. 39 de la CE.³⁹⁶ En fin, por su parte, entre las SSTSJ imperan, asimismo, las resoluciones que abogan por la falta de eficacia directa del derecho a la adaptación de jornada.³⁹⁷

También el Tribunal Constitucional participa de la idea de que la exigibilidad del derecho de adaptación de jornada del art. 34.8 del ET queda supeditada a la existencia de un acuerdo convencional o individual sobre el particular. Así se explicita claramente en su Sentencia 24/2011 de 14 de marzo. No obstante, es preciso destacar que esta interpretación de la norma queda matizada en su Sentencia 26/2011, curiosamente de ese mismo día, en la que se proscribe la negativa empresarial indiscriminada y carente de fundamento objetivo y razonable alguno, dado el innegable valor constitucional de los intereses jurídicos en juego.³⁹⁸

³⁹⁵ Otras Sentencias del Tribunal Supremo que aducen estos mismos argumentos son las SSTS 18/06/2008 (Rec. 1625/2007) o 20/05/2009 (Rec. 2286/2008).

³⁹⁶ STS de 19/10/2009 (Rec. 3910/2008).

³⁹⁷ Si para muestra basta un botón, resulta especialmente gráfico el razonamiento seguido por la STSJ de Castilla la Mancha de 03/12/2008 (Rec. 32/2008), que expone que el art. 34.8 del ET “no reconoce un derecho efectivo tangible y exigible, en cuanto que la remisión bien a la negociación colectiva o al acuerdo individual para su efectiva implantación, comporta que, hasta que la misma no se produzca, estamos, de una parte, ante un derecho carente de todo contenido eficaz y, de otra, ante un llamamiento, una invocación a los interlocutores sociales, y a empresarios y trabajadores, para que hagan algo que, incluso sin la existencia del precepto, podían ya hacer, como es negociar esa posibilidad de conciliación, que no está sujeta en realidad a mínimos legales de clase alguna.” O también la reciente STSJ de Madrid nº 809/2012 (Rec. 3621/2010), que se pronuncia en esta misma línea.

³⁹⁸ Si bien podría considerarse que estas dos Sentencias, curiosamente del mismo día, son de signo opuesto [en efecto, parte de la doctrina entiende que las SSTC 24/2011 y 26/2011, ambas de 14 de marzo, contienen pronunciamientos abiertamente contradictorios: GARCÍA TESTAL, E., LÓPEZ

Resumen de todo ello es, en mi opinión, que sin un desarrollo específico en el convenio colectivo y a falta de acuerdo con el empresario, el derecho a la adaptación de jornada del art. 34.8 del ET no podrá ser ejercido unilateralmente por el trabajador. Pues si la verdadera intención del legislador hubiese sido reconocer de manera específica un derecho de contenido concreto y exigibilidad directa, así lo hubiese dispuesto. Tal y como sucede con las ausencias y reducciones de jornada programadas por los puntos 4, 5, 6 y 8 del art. 37 del ET, para cuyo ejercicio el 37.7 confiere a los trabajadores la potestad de determinar y concretar tanto el horario como el periodo de disfrute. Especialmente gráfico en este sentido resulta el 37.8 del ET, en el que se establece que, en defecto de acuerdo colectivo o individual, serán las propias víctimas de violencia de género y terrorismo quienes concreten los términos del ejercicio de su derecho a reducir o adaptar la jornada de trabajo. Sobre esta misma línea argumental

BALAGUER, M.: “Los derechos...”, *op. Cit.*, págs. 89-90, LAHERA FORTEZA, J: “Organización...”, *op. Cit.*, págs. 44-45], en mi opinión ambos pronunciamientos no resultan incompatibles entre sí; sino que, al ponderarlos en conjunto, puede apreciarse una interpretación general del precepto que, no obstante, admite ciertos matices. Así, en su Sentencia 24/2011 de 14 de marzo, el TC concluye que el art. 34.8 del ET regula un derecho que no será exigible legalmente sino cuando, en efecto, concurriese el pacto convencional o individual al que se condiciona el ejercicio del mismo. [En principio, podría parecer que esta STC 24/2011 de 14 de marzo recae sobre un supuesto de hecho idéntico al enjuiciado por la STC de 15 de enero de 2007 (Rec. 6715/2003), ya analizada anteriormente (VIDE SUPRA), pero con un pronunciamiento de signo opuesto. Sin embargo, debe valorarse que mientras esta última admitía una reducción de jornada monitorizada a través del art. 37.5 del ET, la STC 24/2011 deniega una adaptación de jornada pretendida desde la aplicación art. 34.8 del ET que, como se encarga de clarificar la Sala, carece de la exigibilidad legal que sí ostenta el art. 37.5] Sin embargo, en la STC 26/2011, de ese mismo día, la Sala admitió una adaptación de la jornada [en concreto, la adscripción exclusiva a uno de los turnos que el trabajador desarrollaba rotativamente] invocada por aplicación del art. 34.8 del ET, pese a la falta de desarrollo convencional del mismo y la negativa del empresario. Pero lo que en realidad ocurre con este último pronunciamiento, es que el Tribunal Constitucional, pese al mantenido criterio jurisprudencial de la falta de eficacia directa de la norma, entiende que no puede dejar de valorarse la dimensión constitucional de los valores jurídicos en juego. Como son el principio de igualdad del art. 14 CE y el de protección de la familia del art. 39 CE. Y que las especiales circunstancias familiares del trabajador, situación laboral del cónyuge y el número de hijos, edad y situación escolar de estos, combinadas con la realidad funcional de la empresa, en la que su situación organizativa le permitiría asumir la adaptación de jornada del trabajador sin dificultad, hacían oportuno admitir la pretensión del trabajador en este caso concreto. Personalmente considero que esta última Sentencia del Constitucional no debe erigirse, necesariamente, como un contrapunto a todo el contrastado cuerpo jurisprudencial que asume el carácter condicionado del derecho a la adaptación de jornada. Estimo que, más bien, este pronunciamiento debe ser valorado como un matiz operante en casos de extrema claridad, en los que las circunstancias subjetivas del trabajador y objetivas de la empresa impidan eludir, despreocupadamente, la dimensión constitucional de los bienes jurídicos protegidos por los derechos de conciliación.

destaca la última reforma normativa del precepto, operada por la Ley 3/2012, en la que el legislador añade un segundo párrafo al art. 34.8, en el que se dispone que "...a tal fin se promoverá la utilización de la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo..." que mejoren la compatibilidad entre la conciliación y la productividad de las empresas. Desde luego, la expresión se *promoverá* no puede sino dejar patencia de que la intención sostenida y deliberada del legislador es exactamente esa: conferir a este artículo un carácter programático o intencional dirigido a la negociación colectiva, en primer lugar, y, en su defecto, a la voluntad de las partes. Sobre todo si se valora que en el momento de llevar a cabo esta reforma el legislador era ya buen conocedor de todo el debate doctrinal que ha rodeado al carácter o naturaleza del derecho a la adaptación de jornada desde su incorporación al ET. Por último, si se quiere, también la propia ubicación sistemática del precepto al final del art. 34, que regula la jornada ordinaria de trabajo, y lejos del clausulado que recoge los verdaderos derechos de conciliación, da idea de que nos encontramos, más bien, ante un llamamiento para que la negociación colectiva *promueva* la conciliación de la vida familiar, personal y laboral, dentro de la regulación de la jornada ordinaria. Siendo tan claro e incuestionable el criterio del legislador, no pueden los órganos jurisdiccionales asumir las funciones legislativas de éste para reconfigurar la virtualidad de un derecho. Pues no es ese su papel, tal y como se ha encargado de recordar el TS en alguna ocasión³⁹⁹. Así como tampoco el de la doctrina científica.

Todo ello no obstante, los principios generales de los arts. 5 a) y 20.2 del ET, aquí potenciados por la dimensión constitucional de los intereses jurídicos en juego, obligan a negociar de buena fe en aras de la consecución de acuerdos concretos. Lo que, ante la falta de regulación específica en el convenio colectivo, impide al empresario situarse en una negativa indiscriminada ante cada propuesta razonable del trabajador.⁴⁰⁰

³⁹⁹ STS de 13/06/2008 (Rec. 897/2007).

⁴⁰⁰ Recuérdese como la STC 26/2011 de 14 de marzo consideraba procedente una adaptación de jornada en atención a las especiales circunstancias subjetivas del trabajador y objetivas de la empresa.

Del mismo modo, no parece que pueda negársele al trabajador el acceso a la vía judicial, a través del procedimiento urgente e irrecurrible⁴⁰¹ del art. 139 de la LRJS, para la defensa de sus intereses en relación a este derecho. En primer lugar porque, aun cuando careciese de un desarrollo específico en la negociación colectiva, sí nos encontramos ante un derecho de conciliación con reconocimiento legal (“El trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución...”), tal y como exige el propio 139 de la LRJS. Y, además, porque el derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido por el art. 24.1 de la CE, no permitiría lo contrario.⁴⁰²

7. Las reducciones o adaptaciones de jornada por motivos de conciliación frente a la distribución irregular de la jornada y la realización de horas extraordinarias.

Llegados a este punto, es preciso analizar, siquiera tangencialmente, la relación operativa entre las reducciones y adaptaciones de jornada instadas por el trabajador por motivos de conciliación, que se han estudiado en este capítulo, y las principales herramientas para la gestión flexible del tiempo de trabajo con que cuenta el empresario; esto es, la distribución irregular⁴⁰³ de la jornada ordinaria y el recurso a las horas extraordinarias. Es decir, se tratará, aquí, de dilucidar qué ocurre cuando, en un mismo periodo de tiempo, coincidan una reducción o adaptación de jornada y un incremento de la carga de trabajo derivado de una distribución irregular de la jornada o de la realización de horas extraordinarias. En efecto, como puede fácilmente vislumbrarse, nos encontramos ante dos conjuntos de instituciones que, en cierta

⁴⁰¹ Recuérdese que sí cabrá recurso cuando se haya acumulado pretensión de resarcimiento de perjuicios que por su cuantía pudiera dar lugar a recurso de suplicación, en cuyo caso el pronunciamiento sobre las medidas de conciliación será ejecutivo desde que se dicte la sentencia.

⁴⁰² En un sentido similar: LAHERA FORTEZA, J: “Organización...”, *op. Cit.*, pág. 45.

⁴⁰³ Ya fuese en su modalidad rígida o flexible. Sobre esta cuestión, véase el capítulo relativo a la jornada ordinaria de este mismo trabajo.

medida, son susceptibles de colisionar entre sí;⁴⁰⁴ en el sentido de que, las necesidades de empresario y trabajador, amparadas por los correspondientes derechos que la Ley reconoce a las partes, convergen en un mismo punto desde ángulos opuestos. Por tanto, es preciso plantearse en qué modo se limitará, en tales casos, el ejercicio de los derechos ostentados por empresario y trabajador.

Pues bien, antes examinar de manera particularizada qué ocurre con estos derechos a la reducción o adaptación de la jornada por motivos de conciliación cuando su disfrute coincida bien con una jornada ordinaria distribuida irregularmente o bien con la realización de horas extraordinarias, es preciso aclarar, ya de entrada, que, a este respecto, los derechos y prerrogativas de empresario y trabajador se limitarán recíprocamente. Así, los derechos de las partes concurrentes en este punto habrán de convivir con un respeto mutuo, expandiéndose cada uno de ellos, únicamente, hasta el punto en el que chocasen con el derecho reconocido, en este terreno, a la otra parte de la relación laboral.

En efecto, el hecho de que el trabajador se encontrase disfrutando de una reducción o adaptación de jornada por motivos de conciliación no sería un impedimento total y absoluto para que el empresario, en ejercicio de las facultades conferidas por la negociación colectiva o por la propia Ley, incrementase la carga de trabajo a través de una distribución irregular, rígida o flexible, de la jornada de trabajo. En este sentido, entiendo que, si el legislador hubiese querido restringir o prohibir la distribución irregular de la jornada cuando el trabajador se encontrase ejerciendo alguno de estos derechos, así lo hubiese reflejado expresamente, junto con el resto de límites que contempla.⁴⁰⁵ Así, el trabajador que se encontrase disfrutando de una reducción o

⁴⁰⁴ En un sentido similar: CRUZ VILLALÓN, J.: “Elementos condicionantes para la efectividad de la conciliación laboral en España”, en A.A.V.V. *Conciliación de la vida laboral y familiar y crisis económica*, Dir. Lourdes Mella Méndez, Madrid (Delta Publicaciones), 2015, págs. 17-18.

⁴⁰⁵ No obstante, cabe aclarar que nada impediría que fuese la negociación colectiva la que blindase las reducciones o adaptaciones de jornada por motivos de conciliación frente a la distribución irregular, de manera que tal medida empresarial para la gestión del tiempo de trabajo no pudiese llegar afectar a los trabajadores que se encontrasen disfrutando de estos derechos. En este sentido, señalando que esta práctica resulta muy excepcional en la negociación colectiva en nuestro país: SERRANO GARCÍA, M. J.: “Las modificaciones de la jornada de trabajo y la distribución del tiempo de trabajo *versus* los derechos

adaptación de jornada, no estaría exento de verse afectado, al menos hasta un cierto punto, por un calendario que implicase aumentar el ritmo de trabajo en ese mismo periodo. Pero, a la vez, resulta evidente que dicha distribución del tiempo de trabajo no podrá, tampoco, invadir el periodo horario en que se hubiese concretado esa reducción o adaptación de jornada; y es que, lo contrario, supondría anular de raíz el derecho que la Ley reconoce al trabajador. En efecto, el ejercicio de los derechos a la reducción o adaptación de jornada por motivos de conciliación no está supeditado, de ninguna manera, a las facultades empresariales para gestionar de manera irregular y flexible la jornada ordinaria de trabajo, por lo que, aunque la jornada se distribuya irregularmente en atención a las necesidades del empresario, el trabajador podrá seguir ejerciendo estos derechos sin ninguna especificidad. De este modo, el trabajador disfrutará de los derechos de conciliación que tiene reconocidos y, por su parte, el empresario gestionará la distribución de la jornada ordinaria con arreglo a las prerrogativas y límites ya estudiados en el capítulo correspondiente; pero el ejercicio de estas facultades, tanto desde el lado del trabajador como desde el lado del empresario, no podrá, nunca, suponer un vaciamiento radical de los derechos que ostenta la otra parte.

Por su parte, respecto a la posibilidad de que, coetáneamente, coincidiesen una reducción o adaptación de jornada por razones de conciliación y la eventual realización de horas extraordinarias, cabe distinguir tres escenarios diferentes. En primer lugar, si se tratase de realizar horas extraordinarias de aceptación voluntaria, no habría ningún problema a la vista, en tanto en cuanto el mismo trabajador que ejercita sus derechos de conciliación es quien decide si le interesa realizar, o no, las horas extraordinarias que, concretamente, le propone el empresario.

En segundo lugar, si no encontramos ante el caso de que el trabajador, previamente, ya fuese por contrato o por convenio, estuviese obligado a realizar determinadas horas extraordinarias y, posteriormente, se diese una coincidencia entre estas horas

de conciliación”, en A.A.V.V. *Conciliación de la vida laboral y familiar y crisis económica*, Dir. Lourdes Mella Méndez, Madrid (Delta Publicaciones), 2015, pág. 138.

extraordinarias y el ejercicio de alguno de los mencionados derechos de conciliación, cabría extraer las mismas conclusiones que ya se han expuesto anteriormente en relación a las horas ordinarias distribuidas irregularmente. Así, el trabajador habrá de realizar todas aquellas horas extraordinarias a las que estuviese obligado, pero exceptuando las que pudiesen coincidir con el periodo horario en que se hubiese concretado la reducción o adaptación de jornada que estuviese disfrutando. En efecto, como se sabe, la Ley prohíbe y limita la realización de horas extraordinarias para toda una serie de colectivos de trabajadores, entre los que no se encuentran los trabajadores que estuviesen ejerciendo alguno de los derechos de conciliación que se tratan en este capítulo; lo que a sensu contrario conduce a pensar que, más allá del espacio temporal propio y concreto de esa reducción o adaptación de jornada, sí podrían llevarlas a cabo.

Por último, en relación a las horas extraordinarias por fuerza mayor, creo que el análisis debe ser diferente, en tanto en cuanto la ponderación de los intereses en juego y la excepcionalidad (y casi marginalidad, podríamos decir) que rodea a las horas extraordinarias por fuerza mayor, me llevan a considerar que, en virtud de la buena fe que debe presidir la actuación de las partes implicadas en la relación laboral, los trabajadores estarán obligados a realizar dichas horas; incluso aunque se solapasen con el espacio temporal propio de la reducción o adaptación de jornada que estuviesen ejercitando. A mayor abundamiento de esta interpretación acude el contenido del art. 47.2 del ET que, como se sabe, prohíbe la realización de horas extraordinarias a los trabajadores que, en virtud de una decisión empresarial, hubiesen visto reducida su jornada de trabajo por motivos económicos, técnicos, organizativos o productivos, pero con excepción expresa de las horas extraordinarias por fuerza mayor, que sí estarán obligados a realizar; lo cual evidencia que estas horas extraordinarias deben llevarse a cabo, incluso, por trabajadores que tuviesen prohibida su realización con carácter general.⁴⁰⁶

⁴⁰⁶ Como se observa, el art. 47.2 del ET prohíbe con carácter general la realización de horas extraordinarias a los trabajadores que hubiesen visto reducida su jornada de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas; pero ello no debe llevar a entender que aquellos



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

otros trabajadores que, voluntariamente, redujesen su jornada en ejercicio de alguno de los derechos de conciliación analizados en este capítulo también tienen prohibida, con carácter general, la realización de las horas extraordinarias comunes. En efecto, la situación de unos y otros trabajadores es completamente distinta, y parece claro que el motivo que lleva al legislador a prohibir la realización de horas extraordinarias comunes a los trabajadores que hubiesen visto reducida su jornada por motivos económicos, técnicos, organizativos o productivos es que carecería de toda lógica y coherencia jurídica que se permitiese al empresario reducir el tiempo de trabajo al amparo de tales causas y, a continuación, se le permitiese proponer a los trabajadores la realización de horas extraordinarias por la mera concurrencia de intereses productivos (que parecerían, desde luego, incompatibles con los motivos aducidos, precisamente, para reducir la jornada en virtud del art. 47.2 del ET). Por tanto, queda claro que este precepto no compromete la interpretación anteriormente expuesta, según la cual los trabajadores que redujesen o adaptasen su jornada por motivos de conciliación sí podrían realizar horas extraordinarias comunes cuando éstas no se solapasen con el periodo horario en que se concretase dicha reducción o adaptación.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CAPÍTULO VI

EL DESCANSO INTRA-JORNADA Y EL DESCANSO INTER-JORNADAS



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

VI. EL DESCANSO INTRA-JORNADA Y EL DESCANSO INTER-JORNADAS.

1. Introducción. 2. El descanso intra-jornada. 3. El descanso inter-jornadas.

1. Introducción.

El ordenamiento jurídico español, en sintonía con las pautas marcadas por las normas internacionales y comunitarias, establece un sistema de ordenación del tiempo de trabajo basado en sucesivos ciclos temporales, de cadencia periódica y de duración creciente. Así, el día, la semana y el año conforman los periodos de referencia que, interrelacionados entre sí, sirven para ubicar temporalmente la jornada de trabajo y las distintas instituciones que la conforman. Y, de forma paralela, el legislador ha previsto distintos periodos de descanso para cada una de estas unidades temporales: el descanso diario, el descanso semanal y las vacaciones anuales.

Como se sabe, todos estos recesos, que liberan al trabajador de la prestación de servicios durante determinados periodos de tiempo, comparten unos principios informadores comunes; que no son otros que la protección de la salud y la seguridad en el trabajo y el desarrollo de otras parcelas de la vida, además de la laboral, como la personal, la familiar y la social. No es preciso decir que, pese a que todos los descansos previstos por el legislador participen de estas finalidades, no lo hacen en igual medida ni con una intensidad homogénea; de manera que siempre podrá apreciarse cómo en cada uno de los descansos, la persecución de uno u otro propósito destaca respecto a los demás. Así, las vacaciones anuales, aunque también atienden a la salud fisiológica y psicológica, tienen como objetivo más destacado la programación de actividades sociales y familiares de una duración considerable cada año.⁴⁰⁷ El descanso semanal, a mi parecer, protege especialmente la esfera psicológica de la salud, en tanto en cuanto permite desconexiones periódicas y frecuentes del trabajo al tiempo que posibilita la realización de eventos de pequeña entidad relacionados con el ocio, la vida personal o familiar. Y, por último, los descansos de ciclo diario tienen como objetivo fundamental

⁴⁰⁷ Aunque, ciertamente, tal y como se analizará en el capítulo relativo a las vacaciones, el trabajador es plenamente libre, después, para decidir en qué emplea ese tiempo de asueto; incluso, si quiere trabajar para otro empleador o llevar a cabo una actividad como autónomo.

el cuidado de la salud del trabajador, al que protegen del agotamiento más puramente orgánico derivado del trabajo.

Queda claro que en la pirámide de necesidades del ser humano, el descanso fisiológico y la protección de la salud frente a la extenuación en el trabajo se encontrarían en los primeros escalones. Mientras que el ocio, así como la vida en familia y en sociedad, pese a ostentar también una importancia capital, se situarían ya en niveles superiores. Por ello no es casualidad que las primeras reivindicaciones de carácter laboral tuviesen por objeto el establecimiento de unos parámetros máximos de tiempo de trabajo y unos descansos mínimos de ciclo diario.⁴⁰⁸ Así como tampoco puede pasar inadvertido que son, precisamente, los descansos de cómputo diario los únicos que quedan absolutamente al margen de la capacidad organizativa del empresario. Y es que, mientras el descanso semanal puede perder tal carácter y pasar a disfrutarse quincenalmente y las vacaciones pueden ver modificadas sus fechas de disfrute, los descansos diarios son de respeto absolutamente necesario e inalterable; lo cual da sobrada cuenta de su vital importancia. Y así, por todo ello, debe afirmarse que, en mi opinión, dentro de una dinámica evolutiva marcada por la flexibilización de la jornada laboral, los descansos diarios se erigen como la última frontera a traspasar por el poder de dirección del empresario en relación al tiempo de trabajo.

2. El descanso intra-jornada.

El ET, en su redacción original de 1980 recogía dos tipos de jornada diaria de trabajo, la partida y la continuada, en función de si a lo largo del día existía, o no, un descanso ininterrumpido de una hora como mínimo. Y para cada una de ellas, se establecía un régimen jurídico diferenciado, hasta el punto de fijar un número máximo de horas

⁴⁰⁸ Esa fue, precisamente, la reclamación del movimiento obrero a lo largo del s. XIX, que en España no se plasmó hasta la aprobación del Real Decreto de 3 de octubre del 1919, para el establecimiento de la jornada diaria máxima de ocho horas de trabajo.

semanales distinto para una y otra.⁴⁰⁹ Sin embargo, la reforma laboral de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, suprimió esta delimitación conceptual entre la jornada diaria partida y la continuada; y, desde entonces, la única previsión respecto al desarrollo de la jornada diaria es que, cuando su duración fuese a prolongarse más allá de un determinado punto, los trabajadores habrán de disfrutar necesariamente de una breve pausa intermedia: el descanso intra-jornada.⁴¹⁰

La regulación vigente, como se sabe, dispone que, siempre que la jornada diaria continuada exceda de las seis horas de duración, los trabajadores disfrutarán de un período de descanso durante la misma de, al menos, quince minutos. El precepto tiene una clarísima finalidad, que no es otra que la de salvaguardar la salud física y psicológica del trabajador. Lo cual se consigue mediante esta breve interrupción, que le permite desconectar de las obligaciones y la rutina laboral a lo largo del día de trabajo y, además, satisfacer sus necesidades fisiológicas⁴¹¹. No sin acierto, tanto la doctrina científica como los agentes negociadores se refieren con habitualidad a este descanso como “la pausa del bocadillo”.

En fin, respecto al contexto normativo, cabe mencionar que con el reconocimiento del derecho al descanso intra-jornada, el texto estatutario integra el mandato contenido

⁴⁰⁹ Concretamente, la redacción original del art. 34 Dos del ET en la Ley 8/1980 era la siguiente: “La duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de cuarenta y tres horas semanales de trabajo efectivo en jornada partida y de cuarenta y dos horas semanales de trabajo efectivo en jornada continuada.”

⁴¹⁰ En realidad, el disfrute de un tiempo mínimo de descanso a lo largo de las jornadas diarias que alcanzan una determinada extensión resulta preceptivo desde mucho antes de la promulgación de la Ley 11/1994. En concreto, fue la Ley 4/1983 de 29 de junio la que estableció un período de descanso no inferior a quince minutos en los supuestos de jornada continuada. Este descanso, también conocido como “la pausa del bocadillo”, apareció por primera vez configurado con su estructura actual en la Ley 16/1976 de Relaciones Laborales, en su art. 23.6. En fin, para un estudio pormenorizado de la evolución normativa del descanso intra-jornada y su relación con la jornada partida y continuada ver: SALA FRANCO, T.: “La jornada partida”, en A.A.V.V. *Estudios sobre la jornada de trabajo*, Madrid (ACARL), 1991, pags. 126-129.

⁴¹¹ En este sentido, la STS de 03/06/1999 (Rec. 4319/1998) resulta muy gráfica al declarar que “la finalidad del descanso de la jornada continuada es romper la permanencia del esfuerzo laboral durante más de seis horas y proporcionar un tiempo libre para un refrigerio”. En un sentido similar se ha afirmado que “la *ratio legis* de este descanso estriba en la necesaria reposición de energías físicas y psíquicas consumidas, satisfaciendo necesidades vitales”: VALDÉS DAL-RE, F.: “Jornada...”, *op. Cit.*, pág. 289.

en el art. 4 de la Directiva 2003/88 CE⁴¹² y, al mismo tiempo, desarrolla el art. 40.2 de la CE, que conmina a los poderes públicos a velar por la seguridad en el trabajo y garantizar el descanso necesario.

a) Naturaleza jurídica.

Por lo que se refiere a su naturaleza jurídica, no existen dudas acerca de que nos encontramos ante una norma de derecho necesario relativo; pues así se desprende, con toda claridad, tanto de su tenor literal como de su ubicación sistemática dentro del art. 34 del ET.⁴¹³ Ciertamente, si se observa el encuadre de la regulación de la pausa diaria dentro de la estructura general de la jornada ordinaria, parece indudable que nos hallamos ante una norma de tal naturaleza jurídica. Y, como no podía ser de otra manera, este carácter de mínimo inquebrantable condicionará la dinámica jurídica del derecho; lo que supone que, ya sea a nivel individual o en sede colectiva, los extremos sobre su contenido y disfrute solamente podrán negociarse en beneficio del trabajador.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

⁴¹² Art. 4 Directiva 2003/88 CE: “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que 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.”

⁴¹³ ROQUETA BUJ, R.: “Artículo 34”, *op. Cit.*, pág. 368: Los términos exactos utilizados por la norma, y que llevan a esta idea, son los de “siempre que...”, “deberá establecerse...”. Por su parte, también la ubicación de este descanso dentro del art. 34, que establece los límites imperativos de la jornada de trabajo, conduce a la misma conclusión. En el mismo sentido, afirmando que tanto la doctrina científica como la jurisprudencia convergen en este punto: NORES TORRES, L.E.: “Los descansos intra-jornada e inter-jornadas”, en A.A.V.V. *El tiempo de trabajo en la negociación colectiva*, Dir. José María Goerlich Peset, Madrid (Ministerio de Trabajo e Inmigración), 2008, pag. 104.

b) Devengo y contenido del derecho.

El derecho programado por el art. 34.4 del ET consiste en un descanso de duración no inferior a quince minutos que los trabajadores disfrutarán durante su jornada diaria de trabajo, siempre que ésta exceda de seis horas.

Por tanto, tras la desaparición de la delimitación conceptual entre jornada continuada y partida, la Ley simplemente exige que, para generar el derecho a este descanso, el trabajador preste sus servicios durante al menos seis horas a lo largo del día. De manera que los términos contemplados por el ET coinciden exactamente con los previstos por el art. 4 de la Directiva 2033/88 para el devengo del derecho. Además, debe señalarse aquí que el trabajador generará el derecho a disfrutar de esta pausa siempre que desempeñe su trabajo durante más de seis horas seguidas; ya sea porque esa es su jornada de trabajo habitual o porque, ese día en concreto, su jornada se ha extendido hasta tal punto debido a una distribución irregular de la jornada ordinaria o a la realización de horas extraordinarias⁴¹⁴.

Por lo que respecta a su contenido, ya se ha visto que la norma nacional establece un descanso con una duración mínima de quince minutos. De forma que el ET supera, tanto en precisión como en contenido, a la norma Comunitaria, que nada prevé sobre el contenido específico de esta pausa. El precepto no se pronuncia acerca de la concreta utilización de ese tiempo de descanso, por lo que debe entenderse que será el propio trabajador el que decida en qué emplear estos minutos de receso; siempre de acuerdo, eso sí, a las posibilidades existentes en su entorno de trabajo.⁴¹⁵ En

⁴¹⁴ En el mismo sentido: CABEZA PEREIRO, J. [et al.]: “La ordenación...”, *op. Cit.*, págs. 70 y 71, indicando que también la permanencia en el puesto de trabajo durante más de seis horas que estuviere motivada el cambios de turno, o cualquier otra circunstancia, también determinaría necesariamente la aparición de la pausa de quince minutos.

⁴¹⁵ En este sentido, resulta particularmente dudoso si, dado lo exiguo del descanso, al trabajador le resulta posible ausentarse de su puesto de trabajo durante este periodo: VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: “Pausas intra-jornada y descansos inter-jornadas”, en A.A.V.V. *Estudios sobre la jornada de trabajo*, Madrid (ACARL), 1991, pág. 280. Mostrando pronunciamientos judiciales parcialmente contradictorios sobre este punto: RODRÍGUEZ PASTOR, G.: “El régimen...”, *op. Cit.*, págs. 217-218. El que mayor claridad ofrece de todos ellos es la STSJ del País Vasco de 07/10/1997 (Rec. 1353/1997), que afirma que “las facultades de dirección y organización del empresario son incompatibles con el derecho a no trabajar, por lo que impedir al trabajador salir del lugar de trabajo para disfrutar del derecho al descanso,

cualquier caso, la idea plasmada por el TS de que el descanso de la jornada continuada proporciona al trabajador un “tiempo libre para un refrigerio”⁴¹⁶ ofrece una imagen general, aunque fiel y aproximada, de los eventuales aprovechamientos de este receso.

Por último, debe valorarse que, dada la naturaleza de la norma, las partes podrán mejorar tanto el contenido del derecho como su periodo de devengo en favor del trabajador; por lo que será posible aumentar directamente el tiempo de la pausa o bien reducir las horas de trabajo exigidas para su génesis.⁴¹⁷

Las condiciones hasta aquí referidas son las previstas para la generalidad de los trabajadores, pero existen grupos específicos para cuyo descanso intra-jornada la Ley prevé algunas particularidades. En primer lugar, el propio art. 34.4 del ET recoge con toda fidelidad las especialidades que la normativa comunitaria contempla, sobre esta materia, para los trabajadores menores de edad, y que conmina a los Estados miembros a tomar las medidas necesarias para que los trabajadores menores de dieciocho años disfruten de una pausa no inferior a treinta minutos cuando su jornada diaria exceda de cuatro horas y media.⁴¹⁸ De esta forma, los menores de dieciocho años experimentan una doble mejora en las condiciones de la pausa intra-jornada

desnaturalizaría el mismo.” En este mismo sentido, voces autorizadas dentro de la doctrina científica abogan por la posibilidad de abandonar el puesto de trabajo durante el descanso: LÓPEZ AHUMADA, J.E.: “Los descansos comprendidos dentro de la jornada de trabajo: su aplicación a las relaciones ordinarias de trabajo”, en *RL*, nº22, 2004, págs. 15-17. En fin, lo que sí parece del todo claro es que, en caso de que, a nivel convencional o contractual, se le permitiese ausentarse del puesto de trabajo durante la pausa, ese tiempo extra no aumentaría la duración del descanso: STSJ de Murcia de 15/12/1993 (Stc. Nº 744/1993).

⁴¹⁶ STS 03/06/1999 (Rec. 4319/1998).

⁴¹⁷ Sobre ejemplos de estas modificaciones dentro de la práctica negocial de nuestro país: NORES TORRES, L.E.: “Los descansos...”, *op. Cit.*, pág. 104. También existen casos en los que, incluso, se combinan ambos tipos de mejora.

⁴¹⁸ Art. 12 de la Directiva 94/33/CE, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo: “Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que los jóvenes que trabajen más de cuatro horas y media al día disfruten de una pausa de al menos treinta minutos, a ser posibles consecutivos”. Los arts. 2 y 3 especifican que, a los efectos de la presente Directiva, se entenderá por *joven* toda persona menor de dieciocho 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.

respecto al común de los trabajadores, pues ven aumentado su tiempo de descanso mientras que se reduce el tiempo de devengo; todo lo cual resulta coherente con el propósito de la Directiva europea de velar, con una especial intensidad, por la salud y seguridad de este colectivo tan vulnerable.

Por otra parte, el RD 1561/1998, sobre jornadas especiales de trabajo, también prevé algunas variaciones respecto al régimen general en el descanso intra-jornada que disfrutarán los trabajadores de ciertos sectores de la actividad. Así, el art. 10 bis, en su punto 4, fija la pausa diaria de los trabajadores móviles⁴¹⁹ en una duración no inferior a treinta minutos cuando su jornada diaria exceda de seis horas consecutivas; y, en caso de que se alcanzasen las nueve horas diarias, el tiempo de descanso pasaría a ser de, al menos, cuarenta y cinco minutos. También el art. 31 establece, de un modo similar, que el personal que trabaje en el interior de cámaras frigoríficas y de congelación disfrutará de una serie de pausas cuya duración y periodicidad se incrementará en función de la temperatura que se alcance en estos recintos. Concretamente, en las cámaras de entre cero y menos cinco grados, los trabajadores gozarán de una pausa de diez minutos cada tres horas de trabajo ininterrumpido; en las de menos cinco hasta menos dieciocho grados centígrados, se prevé la necesidad de llevar a cabo una pausa de quince minutos por cada hora de trabajo ininterrumpido; y en las de menos de dieciocho grados bajo cero, con una oscilación de más o menos tres, los trabajadores tendrán una pausa de quince minutos por cada cuarenta y cinco minutos de servicios ininterrumpidos en el interior de las mismas. Como resulta del todo lógico y evidente, las especiales circunstancias en que prestan sus servicios estos trabajadores requieren de medidas extraordinarias para la adecuada protección de su salud; y, en este sentido, parece que el establecimiento de una serie de pausas muy frecuentes durante la jornada diaria resulta de lo más indicado para prevenir los riesgos inherentes a estas actividades.

⁴¹⁹ Que, en virtud del art. 10.2 del RD 1561/1998, serán aquellos que formen parte del personal que se desplaza y que está al servicio de una empresa que efectúa servicios de transporte.

c) *Disfrute.*

Las condiciones de disfrute de la pausa intra-jornada se encuentran firmemente engranadas con su finalidad esencial; que, como se ha visto, no es otra que la de proporcionar a los trabajadores un tiempo libre que les permita descansar y reponerse, física y mentalmente, del esfuerzo realizado a lo largo de su jornada diaria de trabajo. De este modo, resultaría absolutamente inadmisibles que el descanso se fijase justo al inicio de la jornada diaria (lo que consistiría en empezar a trabajar más tarde) o inmediatamente antes de finalizarla (lo que equivaldría a dejar antes su puesto de trabajo). Pues cualquiera de estas dos opciones supondría quebrantar el espíritu y la esencia final de esta pausa. Y es que, si el descanso se fijase tanto al principio como al final del día de trabajo, dejaría de ser un verdadero descanso, que como tal permitiese al trabajador recuperarse de la fatiga física y mental para reanudar la prestación de servicios en mejores condiciones, y pasaría a ser, más bien, una reducción de jornada⁴²⁰. Pero esta aseveración no se desprende solo de la interpretación finalista de la norma sino que su propia literalidad, al hacer referencia a que el descanso se establecerá “durante la jornada diaria”, conduce a esa misma conclusión. Esto es, que la pausa intra-jornada debe ubicarse en un momento intermedio del día de trabajo.

Sin embargo, nada impide que, siempre que se respete su carácter intermedio, la pausa se fije después de seis horas y media de servicios ininterrumpidos, o cuatro y media en el caso de los menores de dieciocho años⁴²¹, pues esas seis horas y media (o cuatro y media en el caso de los menores de dieciocho años) a las que se refiere la norma representan el volumen que debe tener la jornada diaria para que el trabajador

⁴²⁰ STS 06/03/2000 (Rec. 1217/1999). En un sentido similar, vinculando el disfrute de la pausa en un momento intermedio de la jornada con la finalidad reparatoria del derecho al descanso intra-jornada: STS 03/06/1999 (Rec. 4319/1998).

⁴²¹ RODRÍGUEZ PASTOR, G.: “El régimen...”, *op. Cit.*, pág. 217.

tenga derecho a disfrutar de la pausa intra-jornada; pero nada obliga a situar el descanso en el interior de ese lapso temporal.⁴²²

Una vez aclarado que esta pausa no puede situarse ni al principio ni al final de la jornada diaria, resulta necesario plantearse la cuestión de quién fijará el momento exacto y preciso del disfrute.

En primer lugar, ha de decirse que no es infrecuente la existencia de acuerdos colectivos a este respecto. El convenio colectivo podría, de este modo, determinar con exactitud el momento concreto de la pausa, o puede, también, facultar a una de las partes para fijarlo dentro de unos parámetros horarios concretos. En este sentido, resulta ilustrativa la práctica comercial consistente en reconocer al empresario la facultad de fijar el momento de la pausa, pero sin que sea posible situarla ni antes ni después de haber transcurrido un determinado tiempo desde el inicio de la jornada.⁴²³

Por su parte, también resulta plenamente admisible que sean las partes, a nivel individual, las que acuerden la ubicación temporal del descanso; siempre y cuando, eso sí, se respete su sentido y su naturaleza.

Más complejo es determinar a quién corresponde la potestad de fijar el momento preciso del descanso en ausencia de acuerdo colectivo o individual. Entiendo que, llegados a ese caso, y dado el silencio de la norma, el poder de dirección conferiría al empresario la potestad de fijar unilateralmente el punto exacto del día de trabajo en el que deba efectuarse la pausa intra-jornada; pues no parece que, a falta de acuerdo convencional o individual sobre el particular, cupiese ninguna otra solución alternativa capaz de garantizar la adecuada organización del tiempo de trabajo a este respecto.⁴²⁴

⁴²² De esta manera sería válido, por ejemplo, fijar la pausa en el momento en que se cumpliera la séptima hora de trabajo ininterrumpido dentro de una jornada diaria de diez horas.

⁴²³ MONREAL BRINGSVAERD, E.: "La jornada...", *op. Cit.*, pág. 135. Cfr. Convenio colectivo del sector del telemarketing, art. 25.

⁴²⁴ En este sentido se manifiesta, de manera absolutamente pacífica, la doctrina científica. Por todos: LÓPEZ AHUMADA, J.E.: "Los descansos...", *op. Cit.*, pag. 20, VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: "Pausas...", *op. Cit.*, págs. 278 y 279 y RODRÍGUEZ PASTOR, G.: "El régimen...", *op. Cit.*, pág. 216. Además, existe también algún pronunciamiento judicial que ahonda en esta postura: STCT de 13/04/1987 (Ar. 9069).

En cualquier caso, se afirma que, ya una vez determinado a través de la vía pertinente, el descanso intra-jornada debe plasmarse con la requerida precisión en el horario de trabajo; pues así lo exigen tanto su carácter previsible y periódico, como la aplicación del principio de seguridad que debe regir en la ordenación del tiempo de trabajo.⁴²⁵

Se ha planteado, también, la cuestión de si es posible, o no, fragmentar la pausa. Sin embargo, en mi opinión, su brevedad y naturaleza esencial no parecen permitir esta opción; y únicamente cabría aceptarlo en aquellos supuestos en que, por mejora individual o convencional, la duración de este descanso se hubiese incrementado hasta tal punto que fuese posible dividirlo en distintas fracciones de, al menos, quince minutos cada una. En efecto, en tal hipótesis no solo se estarían respetando los mínimos normativos, sino que, de hecho, se estarían mejorando sustancialmente; por lo que no cabría nada que objetar. Además, debe valorarse que dicha opción encontraría, incluso, un aval normativo en el RD 1561/1998; que, como se sabe, contempla que el descanso intra-jornada de los trabajadores móviles podrá dividirse en varias fracciones de, como mínimo, quince minutos.⁴²⁶ Por otra parte, y con respecto al caso particular de los menores de dieciocho años, también se ha defendido desde la doctrina científica la posibilidad de dividir en dos mitades sus treinta minutos de pausa intra-jornada.⁴²⁷ En efecto, ya que en este caso concreto el umbral de referencia es menor (cuatro horas y media) y, sin embargo, la duración de la pausa es mayor (treinta minutos), la división del receso en dos mitades puede considerarse, incluso, más ajustada al propósito y finalidad de la norma. No obstante, entiendo que, para que ello sea posible, siempre deberá concurrir el acuerdo expreso del trabajador.

⁴²⁵ LÓPEZ AHUMADA, J.E.: “Los descansos...”, pág. 12.

⁴²⁶ NORES TORRES, L.E.: “Los descansos...”, *op. Cit.*, pág. 107. Concretamente se hace referencia al art. 10 bis, punto 4, del RD 1561/1998 de jornadas especiales de trabajo; donde se establece que la pausa intra-jornada de los trabajadores móviles (mejorada por el mismo RD hasta los treinta o cuarenta y cinco minutos según la duración de la jornada diaria) podrá dividirse en varias fracciones de como mínimo quince minutos. No obstante, el propio autor señala que este precepto podría servir, también, como contrargumento, ya que se trata de una norma de carácter especial y, además, contempla una excepción a la regla que contiene; pues para trayectos inferiores a los cincuenta kilómetros sí podrían fijarse fracciones de duración inferior a los quince minutos.

⁴²⁷ RODRÍGUEZ PASTOR, G.: “El régimen...”, *op. Cit.*, pág. 215.

En fin, la última cuestión que debe dirimirse es la de si la “pausa del bocadillo” o intra-jornada debe ser disfrutada necesariamente *in natura*, es decir, en forma de descanso, o, por el contrario, puede sustituirse por una compensación económica equivalente. El silencio de la norma al respecto podría hacer pensar que tal compensación económica sería posible. El principal argumento que acude en defensa de esta interpretación es que el art. 34.4 del ET no contiene una regla prohibitiva a este respecto, como sí ocurre en el caso del art. 38 (que suprime cualquier posibilidad de compensar económicamente las vacaciones); por lo que, según esta lectura, si el legislador hubiese querido imponer, en todo caso, el disfrute de la pausa intra-jornada en forma de descanso, habría seguido la fórmula utilizada en el art. 38 del ET.⁴²⁸

No obstante, dicho argumento no resulta, en mi opinión, concluyente; y me inclino más por pensar que, dado que nos encontramos ante una norma de naturaleza necesaria relativa, el descanso habrá de ser disfrutado, en todo caso, *in natura*. Lo que no obsta para que, en determinados supuestos excepcionales, pueda llegar a admitirse la compensación en metálico del descanso. Esto es, precisamente, lo que acontece en dos supuestos concretos resueltos por el TS en relación a la admisibilidad de que el convenio colectivo estableciese la compensación en metálico del descanso intra-jornadas para dos grupos de trabajadores muy particulares; los primeros, del sector ferroviario⁴²⁹ y, los segundos, de una empresa de reparación de ascensores, en la que

⁴²⁸ ALONSO OLEA, M., CASAS BAAMONDE, M. E.: “Derecho del Trabajo”, Madrid (Civitas), 1997, pag. 258 y CABEZA PEREIRO, J. [et al.]: “La ordenación...”, *op. Cit.*, pág. 118.

⁴²⁹ Así, para la STS de 03/06/1999 (Rec. 4319/1998), una interpretación sistemática del RD 1561/1995 sobre jornadas especiales de trabajo permite que, por vía convencional, el descanso de la jornada continuada sea sustituido por una indemnización en metálico. Pero, antes de atribuir efectos generales a este pronunciamiento, convendría detenerse en el contexto del caso. Pues esta sentencia se pronuncia sobre un conflicto derivado de la compensación económica del descanso intra-jornada de un grupo de trabajadores del sector ferroviario. Ámbito para el que, debido a las peculiaridades de la actividad desarrollada, la propia normativa estatal ya prevé distintas especialidades en materia de jornada a través del RD 1561/1995. Y una de estas especialidades va referida, precisamente, a la pausa intra-jornada; para la que este RD 1561/1995 recoge, su DA 7ª, un régimen muy singular. A mi parecer, todo este panorama impide que puedan extraerse conclusiones genéricas del criterio manifestado por los tribunales en este caso tan particular, pues se trata de un escenario laboral muy concreto que ya a nivel legislativo recibió un tratamiento bien diferenciado respecto al régimen común.

las singulares circunstancias en que se prestaban servicios así lo permitían⁴³⁰. De este modo, considero que la conclusión que debe colegirse del análisis sistemático de estas dos sentencias, no es la de que resulte posible sustituir el descanso efectivo de la pausa intra-jornada por una indemnización en metálico⁴³¹, sino la de que en casos como estos, en los que circunstancias de excepcionalidad hacen de esta solución la más razonable, sí sea posible tal compensación. Pero ello no equivale, desde luego, a entender que, con carácter general, la compensación económica de la pausa intra-jornada quede dentro del marco de posibilidades del acuerdo colectivo.⁴³²

Por otra parte, cuando de manera extraordinaria y por razones técnicas, organizativas o productivas imposibilitantes no se hubiese podido disfrutar *in natura* del descanso, será necesario compensar ese derecho no satisfecho. Y, dado lo ineficaz de proveer al trabajador de otros descansos, que ya no podrían cumplir con la finalidad del descanso intra-jornada, parece que lo más razonable en estos casos sí sería, efectivamente,

⁴³⁰ Por su parte, la STS de 30/04/2004 (Rec. 31/2003) también valida una norma convencional que prevé la compensación económica de los descansos intra-jornada. Pero lo hace atendiendo a las circunstancias verdaderamente atípicas que se dan en este caso, relacionado con el personal técnico de una empresa de mantenimiento de ascensores. El convenio colectivo en cuestión prevé el resarcimiento económico de las pausas intra-jornada de los trabajadores que participasen en las guardias. En concreto, estos trabajadores prestaban sus servicios en la empresa de un modo intermitente y no continuado, acudiendo, llegado el caso, al lugar en que se hallasen los ascensores que sufrían la emergencia o avería. Lo cual permitía que el personal operativo en estos turnos, pese a no disfrutar de manera reglamentaria del descanso intra-jornada programado por el art. 34.4 del ET, sí pudiese realizar, perfectamente, diversas pausas y tomarse un tiempo libre para alimentarse. Además, esta misma STS también valida la supresión de la pausa intra-jornada para el personal administrativo de esta misma empresa, que renunció convencionalmente a la misma; pero no ya a cambio de una compensación económica, sino de una reducción de la jornada semanal muy sustanciosa durante los meses de verano.

⁴³¹ En sentido contrario: ROQUETA BUJ, R.: "Artículo 34", *op. Cit.*, pág. 368.

⁴³² En un sentido similar: RODRÍGUEZ PASTOR, G.: "El régimen jurídico de la distribución de la jornada de trabajo", Valencia (Tirant lo Blanch), 1999, pág. 215. Para el autor, la posibilidad de compensar el descanso mediante una indemnización económica debe negarse por tres razones fundamentales: la literalidad del precepto, la brevedad del descanso y la *ratio legis* del mismo. Defendiendo, también, el carácter excepcional y motivado de la compensación económica del descanso: NORES TORRES, L.E.: "Los descansos...", *op. Cit.*, pág. 109 y VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: "Pausas...", *op. Cit.*, págs. 275-276.

resarcir económicamente al trabajador⁴³³; siendo dicha retribución, al menos, igual al valor asignado a las horas ordinarias⁴³⁴.

d) Su consideración como tiempo de trabajo efectivo.

Un último punto a tratar dentro del análisis del descanso previsto por el art. 34.4 ET es el de su calificación como tiempo de trabajo efectivo. En sus orígenes normativos, el tiempo durante el que se disfrutaba de este derecho sí se consideraba, a todos los efectos, trabajo efectivo; y, por tanto, como tal se retribuía y computaba dentro de la jornada de trabajo.⁴³⁵ Sin embargo, su configuración actual ha cambiado de forma sustancial, pues es que el vigente art. 34.4 del ET dispone que el periodo de descanso se considerará tiempo de trabajo efectivo sólo cuando así se pacte convencional o individualmente. El precepto excluye, de esta manera, esos quince minutos (o más, en caso de mejora) que dura el descanso del cómputo del tiempo de trabajo efectivo; aunque paralelamente admite que, bien en el convenio colectivo o bien en el contrato de trabajo, se acuerde la consideración de esta pausa intra-jornada como tiempo de trabajo efectivo. De este modo, salvo que a nivel colectivo o individual se hubiese pactado otra cosa, el periodo de la pausa no se considerará tiempo de trabajo efectivo;⁴³⁶ lo que tiene como efecto inmediato que el final de la jornada se demoraría

⁴³³ LÓPEZ AHUMADA, J.E.: “Los descansos...”, págs. 44-46.

⁴³⁴ STS 12/11/2015 (Rec. 14/2015): sin que fuese necesario, siempre y cuando no se superase la jornada máxima ordinaria, que dicha retribución alcanzase la cuantía prevista específicamente en el convenio colectivo para las horas extraordinarias.

⁴³⁵ Concretamente, el art. 23.6 de la Ley 16/1976 de Relaciones Laborales, que como se ha visto puede considerarse el precedente más directo de la actual pausa intra-jornada en España, preveía la retribución de estos quince minutos como tiempo de trabajo efectivo y su consideración como trabajo efectivo.

⁴³⁶ En este sentido, conviene tener en cuenta que la mera tolerancia o condescendencia de la empresa, que habitualmente no exigiese la recuperación del tiempo empleado en este descanso, no genera por sí sola una condición más beneficiosa. Pues para que estas interrupciones se considerasen como tiempo de trabajo efectivo, resultaría necesario que la empresa dejase patente su voluntad inequívoca de conceder un derecho que supera el nivel legal o pactado. Tal y como lo exige el art. 34.4 del ET. Y, de esta forma, el nacimiento la condición más beneficiosa debe interpretarse restrictivamente; ya que de lo

tanto como hubiese durado el descanso.⁴³⁷ Por el contrario, si se hubiese pactado que ese tiempo de descanso se contabilizase dentro del tiempo efectivamente trabajado, el trabajador experimentaría, en la práctica, una reducción de su jornada.⁴³⁸

El panorama expuesto hasta aquí sobre esta cuestión resulta relativamente sencillo. Lo que sucede es que la prolífica experiencia negocial en nuestro país excede con mucho de este planteamiento dicotómico, según el que las partes simplemente pactarían, o no, la consideración del periodo del descanso como parte operativa de la jornada de trabajo. En efecto, fruto de las múltiples y diversas opciones desarrolladas en la práctica, pueden encontrarse determinados puntos controvertidos sobre los que es necesario efectuar alguna aclaración.

Lo primero que debe reseñarse es que la consideración del periodo de la pausa como tiempo de trabajo efectivo determina, automáticamente, su carácter retribuido; de modo que, cuando, bien en el convenio colectivo, o bien en el contrato de trabajo, se establezca que el tiempo durante el que se disfrute el descanso intra-jornada computará como parte de la jornada de trabajo, será necesario retribuirlo ordinariamente. Respecto a la cuantía específica de dicha retribución deben distinguirse dos escenarios diferenciados. En primer lugar, si las partes, simplemente, acordasen en términos genéricos que el descanso intra-jornada se considerará tiempo de trabajo efectivo (razón por la que, necesariamente, habrá de ser ya retribuido), la cuantía de dicha retribución será, exactamente, la que correspondiese a las horas ordinarias de trabajo. Sin embargo, en mi opinión, cabría un escenario diferente, en el sentido de que entiendo que también sería perfectamente posible que, en el mismo momento de pactar que la pausa intra-jornada computaría como tiempo de trabajo efectivo, las partes excluyesen de su retribución la parte correspondiente a

que se trata es de generar derechos por la vía de los efectos tácitos de un comportamiento: STS de 17/06/2013 (Rec. 178/2013).

⁴³⁷ Si, por ejemplo, la jornada ordinaria para un día estuviese fijada en ocho horas continuadas y no existiese previsión contractual ni convencional alguna sobre la pausa intra-jornada, el final de esa jornada diaria se ubicaría, exactamente, ocho horas y quince minutos después de su inicio.

⁴³⁸ RODRÍGUEZ PASTOR, G.: "El régimen...", *op. Cit.*, pág.214.

determinados complementos salariales relacionados con el puesto de trabajo, como los de peligrosidad, toxicidad, penosidad y otros similares, cuando durante el disfrute de esta pausa no concurren las circunstancias que los motivan. En efecto, ya que nos encontramos ante una mejora absolutamente voluntaria de los mínimos legales, nada obstaría a que las partes delimitasen el alcance de la misma; sobre todo si, como sería en este caso, existe una justificación objetiva y razonable para excluir la parte proporcional de tales complementos salariales.

No obstante, pese a que la consideración de la pausa como tiempo de trabajo efectivo sí lleva directa e imperativamente a retribuirla, tal conexión teleológica no se da en sentido inverso. Es decir, que el reconocimiento del carácter retribuido del periodo durante el que se descansa no supone que, necesariamente, este tiempo deba ser considerado como parte efectiva de la jornada laboral. En efecto, no existen dudas acerca de que el pacto para la retribución del tiempo transcurrido durante la pausa no supone, necesariamente, que éste pase a considerarse como tiempo de trabajo efectivo y compute dentro de la jornada.⁴³⁹ De esta manera, puede afirmarse que la consideración de la pausa como trabajo efectivo, o no, y su carácter retribuido, o no, son cuestiones parcialmente independientes⁴⁴⁰; pues incluir la pausa dentro del tiempo de trabajo efectivo sí llevará forzosamente a retribuirla, pero esta relación no se da en sentido inverso. Así, puede, perfectamente, reconocerse el carácter retribuido de este descanso pero no computarse como tiempo de trabajo efectivo.⁴⁴¹

⁴³⁹ En efecto, para el TS en su sentencia de 21/10/1994 (Rec. 600/1994), resulta evidente que de la retribución del descanso intra-jornada no cabe, en manera alguna, inferir una tácita voluntad consensuada entre las partes en orden a la configuración como jornada efectiva de trabajo del señalado descanso, que es lo exigido por el art. 34 del ET. En el mismo sentido, las SSTs de 20/12/1999 (Rec. 2481/1999) y de 24/01/2000 (Rec. 2600/1999), que también afirman que el hecho de que la empresa venga retribuyendo el tiempo de “toma de bocadillo” dentro de la jornada continuada de trabajo, no debe comportar de manera ineludible el que tal período de tiempo deba calificarse como de trabajo efectivo.

⁴⁴⁰ NORES TORRES, L.E.: “Los descansos...”, *op. Cit.*, pág. 106.

⁴⁴¹ En caso de que las partes pactasen, únicamente, el carácter retribuido del descanso (pero no su consideración como tiempo de trabajo efectivo) también podrían, por lo ya analizado anteriormente, fijar una cuantía salarial idéntica a la de las horas ordinarias o, por el contrario, excluir la percepción de la parte correspondiente a determinados complementos salariales relacionados con el puesto de trabajo.

Por último, debe indicarse que es absolutamente aceptable que el convenio colectivo o el contrato de trabajo establezcan la consideración de trabajo efectivo o la retribución solamente respecto a una parte de la pausa.⁴⁴² De este modo, el convenio colectivo podría, por ejemplo, considerar como trabajo efectivo, o retribuir, únicamente aquella parte del descanso que representase el mínimo legal (es decir, los primeros quince minutos), mientras el tramo correspondiente a una mejora convencional (por ejemplo, los cinco minutos siguientes, si la pausa se hubiese mejorado hasta los veinte de duración) mantuviese las características originales de la Ley y no fuese, por tanto, ni computado dentro de la jornada ni retribuido.

3. El descanso inter-jornadas.

Por su parte, el art. 34.3 del ET establece que entre el final de una jornada y el inicio de la siguiente mediarán, como mínimo, doce horas. Como puede observarse, el precepto no se refiere de manera directa y explícita a un “descanso”, pero ese es, indiscutiblemente, el contenido material que encierra⁴⁴³. De tal manera que la Ley programa un tiempo de reposo de doce horas entre el final de una jornada diaria de trabajo y el inicio de la siguiente. Tiempo de receso al que la doctrina científica ha bautizado, con buen criterio, como el descanso inter-jornadas; habida cuenta de que los trabajadores lo disfrutan entre los días de trabajo sucesivos.

Este derecho, tal y como lo configura el ET, mejora las indicaciones de la Directiva 2003/88/CE, que en su art. 3 exhorta a los Estados miembros a garantizar un periodo mínimo de descanso diario de once horas consecutivas en el curso de cada periodo de veinticuatro. Sin embargo, en nuestro país es posible localizar la presencia del descanso inter-jornadas desde mucho antes de su entrada en la Unión Europea, incluso con anterioridad a la propia promulgación de la CE en el año 78; pues ya la Ley

⁴⁴² NORES TORRES, L.E.: *ibídem*, pág. 106.

⁴⁴³ En el mismo sentido: LÓPEZ AHUMADA, J.E.: “Descansos laborales y tiempo de trabajo”, Madrid (CES), 2004, págs. 30-32.

16/1976 de Relaciones Laborales reconocía este derecho en términos prácticamente idénticos a los actuales⁴⁴⁴. Y, todavía más remotamente, la Ley Reguladora de la Jornada de la Dependencia Mercantil, de 4 de julio de 1918, que ya regulaba el descanso diario.⁴⁴⁵

En fin, como se vislumbra ya desde el primer acercamiento, el propósito de este derecho no es otro que el de velar por la salud del trabajador, mediante un descanso que le permita recuperarse del desgaste físico y psicológico derivado de la prestación de servicios continuada⁴⁴⁶; así como garantizarle un tiempo mínimo libre para atender sus necesidades personales y una mínima dedicación a los demás aspectos de la vida como ciudadano⁴⁴⁷. De este modo, el art. 34.3 del ET entronca con la CE a través de su art. 40.2, que reclama que los poderes públicos garanticen el descanso necesario y la limitación de la jornada laboral.

a) Naturaleza y contenido del derecho.

El derecho al descanso entre jornadas sucesivas de trabajo se caracteriza por ser diario, ininterrumpido y de naturaleza necesaria.⁴⁴⁸

Se afirma que se trata de un descanso de ciclo diario, pues así se desprende del análisis sistemático de los dos primeros párrafos del art. 34.3 del ET. En concreto, el párrafo primero del artículo fija un lapso de tiempo de doce horas que siempre deberá mediar

⁴⁴⁴ Art. 23 Uno. de la Ley 16/1976: "...que entre la terminación de la jornada diaria y el comienzo de la siguiente disponga, al menos, de un descanso de doce horas."

⁴⁴⁵ Véase: GARCÍA NINET, J.I.: "Jornada", en A.A.V.V. *Comentarios a las leyes laborales*, Madrid (EDERSA), 1982., pág. 113.

⁴⁴⁶ LÓPEZ AHUMADA, J.E.: "Descansos... *op. Cit.*, pág. 31 y NORES TORRES, L.E.: "Los descansos...", *op. Cit.*, pág. 103.

⁴⁴⁷ STS de 15/02/1999 (Rec. 2380/1998) y GARCÍA NINET, J.I.: "Ordenación del Tiempo de Trabajo", en A.A.V.V. *Comentarios a las leyes laborales*, Madrid (EDERSA), 1994, T. I, Vol. 2º, pág. 26.

⁴⁴⁸ NORES TORRES, L.E.: "Los descansos...", *op. Cit.*, pág. 111.

entre el final de una jornada y el inicio de la siguiente (término que, además, deviene inquebrantable tanto para la autonomía individual como para la colectiva), mientras tanto, en el párrafo siguiente se establece un límite máximo (ahora sí disponible para la negociación colectiva, de nueve horas ordinarias de trabajo efectivo cada día). La conjunción de estas dos previsiones, sumada a la principal acepción del término “jornada”⁴⁴⁹, conduce a la conclusión de que las doce horas que deberán mediar entre el final de una *jornada* de trabajo y el inicio de la siguiente se ubicarán dentro de cada ciclo sucesivo de veinticuatro horas.⁴⁵⁰ Debe apreciarse que estos ciclos sucesivos de veinticuatro horas, dentro de los cuales se efectuará el reposo, no tienen por qué coincidir, necesariamente, con el ciclo horario previsto para los días civiles, de las 00:00 a las 23:59. En efecto, dadas las distintas alternativas para la distribución del tiempo de trabajo, tal hipótesis sería perfectamente plausible. Pero ello no incidiría, en absoluto, en el devengo y disfrute del descanso inter-jornadas, que seguiría sus fases de veinticuatro horas aunque se invadiesen dos días consecutivos del calendario civil. Así, debe apreciarse la decisiva operatividad de este carácter diario, que determinará que nunca puedan trabajarse más de doce horas al día. Y es que, si se dibujan en un esquema espacios sucesivos de veinticuatro horas y, entre uno y otro, se establecen descansos obligatorios de doce horas, se aprecia, con toda claridad, que en ningún caso podrán trabajarse más de doce horas en cada uno de dichos ciclos.

Por otra parte, su carácter ininterrumpido deriva de la esencia y finalidad de este descanso.⁴⁵¹ Ya se ha visto cómo el propósito perseguido por este derecho es el de salvaguardar la salud, a nivel tanto fisiológico como psicológico, del trabajador mediante la provisión de un marco temporal diario que quede impermeabilizado frente a la autonomía colectiva e individual de la relación laboral. Pues bien, una vez se asume esta idea, parece difícil que la atomización o fragmentación del descanso

⁴⁴⁹ DRAE: “Período de tiempo que equivale a 24 horas.”

⁴⁵⁰ En un sentido similar: RODRÍGUEZ PASTOR, G.: “El régimen...”, *op. Cit.*, pág. 83.

⁴⁵¹ GARCÍA NINET, J.I.: “Jornada”, *op. Cit.*, pág. 120, RODRÍGUEZ PASTOR, G.: “El régimen...”, *op. Cit.*, pág. 83, MONREAL BRINGSVAERD, E.: “La jornada...”, *op. Cit.*, pág. 136, LÓPEZ AHUMADA, J.E.: “Descansos...”, *op. Cit.*, págs. 36-37.

resulten compatibles con tales objetivos. En efecto, la programación de actividades de ocio, o cualesquiera otras pertenecientes a la esfera íntima y personal del trabajador, exige un descanso de carácter diario y disfrute continuado lo suficientemente amplio como para provocar una verdadera desconexión entre el trabajo y estas otras facetas de la vida.⁴⁵² Pero es que, si aún cupiese alguna duda a este respecto, la lectura del art. 3 de la Directiva 2003/88/CE despeja cualquier posible suspicacia, pues enuncia con total claridad que el descanso en cuestión consistirá en once horas *consecutivas* en el curso de cada periodo de veinticuatro.

El último elemento característico del descanso inter-jornadas es su naturaleza de derecho necesario relativo. La doctrina científica converge, de manera absolutamente pacífica⁴⁵³, en que ninguna otra conclusión podría extraerse del sentido y finalidad de la norma; así como tampoco de la ubicación sistemática del precepto, incardinado dentro del art. 34 del ET, que recoge los parámetros mínimos en materia de tiempo de trabajo. De esta forma, las doce horas que deberán mediar entre días sucesivos de trabajo constituyen una barrera infranqueable dentro de la organización de la jornada laboral. Barrera operativa tanto para la negociación colectiva como, por supuesto, para la voluntad individual de las partes. En fin, debe destacarse en este sentido que el descanso diario o inter-jornadas representa, quizá, el límite más efectivo en la distribución de la jornada de trabajo. En efecto, de entre todos los límites previstos frente a la distribución irregular de la jornada, el descanso diario es el que más eficazmente protege los objetivos que impregnan toda la ordenación del tiempo de trabajo. Como se sabe, el descanso semanal, por su parte, puede dejar de disfrutarse semanalmente para acumularse por periodos de hasta catorce días; los días festivos no resultan, tampoco, del todo inviolables pues, en determinadas circunstancias, podrá trabajarse durante los mismos; e, incluso, las fechas de disfrute de las vacaciones son susceptibles de sufrir alteraciones. Pero, en cambio, ningún fenómeno de este tipo puede anular la operatividad las doce horas de descanso entre jornadas sucesivas de

⁴⁵² VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: "Pausas...", *op. Cit.*, pág. 284

⁴⁵³ Por todos: VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *ibidem.*, pág. 275; ROQUETA BUJ, R.: "Artículo 34...", *op. Cit.*, pág. 368; MONREAL BRINGSVAERD, E.: "La jornada...", *op. Cit.*, pág. 132.

trabajo. Lo que permite afirmar que el descanso diario del art. 34.3 del ET constituye el auténtico límite infranqueable frente a cualquier pacto de distribución irregular del tiempo de trabajo.⁴⁵⁴

Por lo que se refiere al contenido sustantivo, queda claro que lo que este derecho confiere al trabajador es un descanso de, al menos, doce horas que se disfrutarán entre el final de un día de trabajo y el inicio del siguiente. Respecto a este punto, solo aparecen dos cuestiones o matices que exigen un análisis singularizado.

La primera de ellas es determinar qué relación guarda el descanso diario con la realización de horas extraordinarias. Queda fuera de toda duda que entre la última hora ordinaria realizada en un día de trabajo y la primera hora ordinaria del día siguiente deben mediar las consabidas doce horas de descanso establecidas en el art. 34.3 del ET. Sin embargo, cabe plantearse si esas doce horas de descanso deben mantenerse también cuando entre el final de una jornada ordinaria y el inicio de la siguiente tuviese lugar la realización de horas extraordinarias; o si, por el contrario, en tales supuestos el descanso inter-jornadas podría verse reducido. En mi opinión, el descanso ha de mantenerse íntegro en todos los casos, también cuando se hubiesen realizado horas extraordinarias. El carácter de derecho necesario que ostenta este receso, así como el sentido y la finalidad con la que se configura, abogan por esta lectura; y también abunda en esta idea la interpretación conjunta de los artículos 34.3 del ET y 3 de la Directiva 2003/88/CE: si las doce horas de descanso programadas por el texto nacional se integran dentro del ciclo de veinticuatro horas que la norma comunitaria fija como periodo de referencia, quedarían, como máximo, otras doce horas de trabajo efectivo al día; que comprenderían tanto las ordinarias como las extraordinarias.⁴⁵⁵

Esta solución debe, a mi juicio, mantenerse incluso en los casos de realización de horas extraordinarias por fuerza mayor. Ciertamente, dado que las horas extraordinarias

⁴⁵⁴ Sobre este punto, véase el capítulo dedicado a la jornada ordinaria, concretamente el apartado *d)* del epígrafe 3.

⁴⁵⁵ En este sentido: CABEZA PEREIRO, J. [et al.]: “La ordenación...”, *op. Cit.*, pág. 47.

realizadas por fuerza mayor no se computan dentro de la jornada máxima ordinaria, ni tampoco se incluyen en el cálculo del tope anual de las horas extraordinarias, podría pensarse que su realización tampoco se tendría en cuenta de cara a las doce horas de descanso inter-jornadas.⁴⁵⁶ En favor de esta idea, además, puede aducirse que siempre cabría la posibilidad establecer una suerte de compensación, de modo que toda invasión parcial del tiempo mínimo fijado para el descanso inter-jornadas implicase, necesariamente, que al día siguiente se retrasara la hora de inicio del trabajo tanto como fuese necesario para, así, mantener el respeto a las consabidas doce horas de descanso.⁴⁵⁷ Y además, siempre desde esta tesis de la viabilidad de la invasión parcial del descanso diario ante supuestos de fuerza mayor, se afirma, en un tono garantista, que tales prolongaciones de jornada deberían practicarse siempre dentro de los límites de la *resistencia orgánica del trabajador*.⁴⁵⁸

No obstante todo ello, en mi opinión, no resulta viable, bajo ninguna circunstancia, que el descanso necesario previsto por el art. 34.3 del ET se vea minorado⁴⁵⁹. Por lo que debe entenderse que cada día se trabajarán como máximo doce horas y no será posible reducir el descanso inter-jornadas en ningún caso, ni siquiera cuando tal rebaja del tiempo de reposo fuese a ser compensada con un inicio tardío de la jornada sucesiva. Y ello porque si se ponen en relación los dos primeros párrafos del art. 34.3 del ET con el art. 3 de la Directiva 2003/88/CE, se observa que, lo que en realidad lleva a cabo este bloque normativo es, más allá de la propia configuración de un descanso, una limitación imperativa de la jornada laboral diaria, tanto a nivel cuantitativo como a

⁴⁵⁶ FITA ORTEGA, F.: "Límites legales a la jornada de trabajo", Valencia (Tirant lo Blanch), 1999, págs. 53-54. En este sentido, se ha planteado la posibilidad de reducir el descanso por vía reglamentaria (34.7 del ET) ante estos supuestos de fuerza mayor y con una posterior compensación en forma de descanso: GARCÍA NINET, J.I.: "Ordenación...", *op. Cit.*, pág. 31.

⁴⁵⁷ VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: "Pausas...", *op. Cit.*, pág. 285.

⁴⁵⁸ GARCÍA NINET, J.I.: "Jornada", *op. Cit.*, pág. 119, donde, con esta terminología, el autor se hace eco de lo previsto por la Ley de jornada máxima legal de 1 de julio de 1931, en su art. 97.b), para el sector del transporte ferroviario.

⁴⁵⁹ Salvo que así lo prevea expresamente la propia Ley, tal y como sucede en el RD 1561/1995, de jornadas especiales de trabajo, para determinadas actividades.

nivel cualitativo⁴⁶⁰. De manera que, dentro de cada periodo de veinticuatro horas, podrá prestarse trabajo efectivo dentro de un arco temporal de, como máximo, doce horas consecutivas; en el que se incluirían tanto a las ordinarias como a las extraordinarias.

Resulta evidente, pues, que sobre esta cuestión los intereses de las partes colisionan desde puntos de partida diametralmente opuestos. Por un lado, el deseo de la empresa sería el de atender, de manera excepcional, sus necesidades de servicio ante circunstancias extremas y extraordinarias, como son las que conforman la fuerza mayor, mediante un recurso prácticamente ilimitado al trabajo de su personal. Y, mientras tanto, por parte del trabajador, los valores perseguidos sobre este particular no son ya tanto la conciliación armónica de su vida, personal, familiar y laboral, como ocurre en general en todo lo relativo a la ordenación del tiempo de trabajo. En realidad, dado que aquí nos encontramos ante situaciones muy puntuales (podríamos decir que casi marginales), lo que verdaderamente preocupa al trabajador es, más bien, la protección de su salud y su seguridad en el trabajo ante jornadas que podrían llegar a ser extremadamente extenuantes, desde el punto de vista tanto físico como psicológico, que, además, se desarrollan en un marco de urgencia y perentoriedad como el que caracteriza a las situaciones de fuerza mayor⁴⁶¹. Pues bien, entiendo que el punto de equilibrio entre estos dos extremos es, precisamente, el límite máximo de las doce horas de trabajo efectivo cada día; sin que resulte válido diluirlo acudiendo a criterios de tan difícil determinación como la *resistencia orgánica del trabajador*. Especialmente si se tiene en cuenta que, en esos supuestos de fuerza mayor, el contexto en el que se prestan servicios puede llegar a ser especialmente peligroso; y no solo por razón del cansancio acumulado, sino también por las circunstancias

⁴⁶⁰ En este sentido se afirma que el descanso inter-jornadas implica, en su vertiente cuantitativa, que cada día se trabajarán como mucho doce horas mientras que, en su vertiente cualitativa, este tiempo de receso determina los momentos concretos en los que, necesariamente y sin que quepa mayor dilación, se sucederán las interrupciones diarias de la actividad laboral: LÓPEZ AHUMADA, J.E.: "Descansos...", *op. Cit.*, pág. 39.

⁴⁶¹ Entre las que podemos encontrar incendios, derrumbes, inundaciones... STS 09/06/1987 (RJ 1987\4312).

inherentes a la propia emergencia que motiva esas horas extraordinarias. Por lo tanto, no cabe dejar la seguridad en el trabajo a merced de criterios difusos de difícil apreciación, con los riesgos que ello implicaría. Sino que, muy al contrario, existe un límite legal absolutamente cierto e inequívoco que es el de las doce horas de trabajo efectivo por cada periodo de veinticuatro horas. Así que, que en ningún caso podrán trabajarse más de doce horas al día⁴⁶² y, por tanto, resultará imposible reducir el descanso entre jornadas sucesivas, ni siquiera cuando el trabajo durante más de doce horas en el mismo día⁴⁶³ fuese a ser compensado con un retraso del inicio de la jornada siguiente.

Otra cuestión merecedora de un análisis particularizado, dentro del contenido sustantivo del descanso diario, es la de la operatividad de este derecho ante supuestos de pluriempleo. Hasta este punto se ha analizado cómo la Ley confiere al trabajador el derecho a descansar durante doce horas consecutivas entre las jornadas sucesivas de trabajo. Lo que ocurre es que, en realidad, el mandato del art. 34.3 del ET no va dirigido tanto al trabajador como sí al empresario. En efecto, la norma no contiene un derecho-deber del trabajador, sino un simple y mero derecho o prerrogativa y, eso sí, la correlativa obligación del empresario de respetarlo.⁴⁶⁴ Lo cual determina que el trabajador sea absolutamente libre para decidir en qué ocupa esas doce horas de su tiempo que resultan inaccesibles al poder de dirección empresarial.⁴⁶⁵ Incluida, si esa es su elección, la posibilidad de trabajar por cuenta ajena para otro empresario o por cuenta propia para sí mismo⁴⁶⁶. Todo lo cual resulta plenamente coherente con lo que sucede en otros descansos, como el semanal o las vacaciones; pues nada impide, a

⁴⁶² A salvo, se reitera, de las excepciones contempladas en la propia Ley, como sucede con determinadas actividades reguladas por el RD 1561/1995.

⁴⁶³ Lo determinante en relación al periodo de referencia no es tanto el día natural como que se corresponda con un periodo de veinticuatro horas consecutivas, pese a que éste invada, parcialmente, días naturales sucesivos.

⁴⁶⁴ VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: "Pausas...", *op. Cit.*, pág. 286.

⁴⁶⁵ Pues, a diferencia de lo que ocurría en el art. 23 Uno. de la LRL de 1976, la norma vigente ya no vincula, de manera necesaria, esas doce horas al "descanso del trabajador".

⁴⁶⁶ Por lo que resultarían admisibles tanto los supuestos de pluriempleo como los de pluriactividad.

priori, que durante estos espacios temporales el trabajador desarrolle otras actividades profesionales distintas.⁴⁶⁷

Para concluir con esta cuestión, debe reseñarse que, tal como se vio durante el análisis de la jornada ordinaria, los trabajadores menores de dieciocho años encuentran unos límites específicos al trabajo diario. Como se sabe, el párrafo tercero del art. 34.3 del ET fija un máximo de ocho horas diarias de trabajo efectivo, incluyendo tanto el tiempo dedicado a la formación como, si trabajasen para varios empleadores, las horas realizadas para cada uno de ellos. Y, por tanto, dada la arquitectura de esta norma, resulta imposible siquiera plantearse que los trabajadores menores de dieciocho años dejasen de disfrutar del descanso inter-jornadas por haberse obligado con más de un empresario. Descanso que, además, no sería ya de doce, sino de dieciséis horas consecutivas.⁴⁶⁸

b) Supuestos especiales de descanso inter-jornadas.

Como se sabe, el RD 1561/1995, sobre jornadas especiales de trabajo, establece ciertas especificidades, relativas a la ordenación del tiempo de trabajo, para determinadas actividades. Pues bien, una de las instituciones sobre las que mayores

⁴⁶⁷ Cuestión distinta es que tales sobreesfuerzos repercutiesen negativamente en el rendimiento del trabajador; lo que legitimaría, sin ningún género de dudas [VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *ibídem*, pág. 286, RODRÍGUEZ PASTOR, G.: “El régimen...”, *op. Cit.*, pág. 83], al empresario para adoptar las medidas organizativas pertinentes, incluida la de sancionar al trabajador de acuerdo a lo previsto en el régimen disciplinario y las circunstancias concretas del caso [pudiendo llegar al despido en supuestos muy graves, en virtud del art. 54.2 e) del ET]. Igualmente, cabría la posibilidad de sancionar al trabajador, incluso con el despido, por mor del art. 54.2 d) del ET, cuando, fruto de ese pluriempleo o pluriactividad, el trabajador incurriese en concurrencia desleal.

⁴⁶⁸ Sin embargo, se ha planteado la hipótesis de que si el menor de dieciocho años trabajase para un empresario, por ejemplo, entre las 6 y las 10 de la mañana y para otro entre las 18 y las 22, podría no respetar el descanso inter-jornadas en forma de doce horas consecutivas, aunque sí disfrutaría de un descanso mínimo, pero interrumpido, de dieciséis horas: RODRÍGUEZ PASTOR, G.: “El régimen...”, *op. Cit.*, pág. 82.

transformaciones se observan respecto al régimen común es, precisamente, el descanso diario o inter-jornadas.⁴⁶⁹

En efecto, este texto normativo prevé la posibilidad de que, en una serie de sectores y actividades concretas, los trabajadores disfruten de un descanso diario reducido respecto a las doce horas del régimen común. Así encontramos en los arts. 3, 4 y 5 el caso de los empleados de fincas urbanas, guardas y vigilantes no ferroviarios y el de los trabajadores en labores agrícolas, forestales y pecuarias; cuyo descanso inter-jornadas podrá verse reducido hasta las diez horas consecutivas, compensándose esas dos horas de diferencia respecto al régimen común con descansos equivalentes en un periodo máximo de cuatro semanas. También los trabajadores que presten sus servicios en el sector de los transportes, así como también en el marítimo⁴⁷⁰, podrán ver su descanso diario reducido en estas mismas condiciones, por mor del art. 9. Y, de un modo similar a estos anteriores, el art. 7 del RD 1561/1995 recoge un régimen especial para el descanso diario de los trabajadores en actividades de temporada en la hostelería; donde se podrá acordar la reducción a diez horas del descanso entre jornadas y su compensación de forma acumulada⁴⁷¹. En fin, otro supuesto representativo es el de los trabajadores a turnos, que, en virtud del art. 19.2, podrán ver reducido su descanso diario el mismo día que cambiasen de turno hasta las siete horas; debiéndose compensar, eso sí, la diferencia hasta las doce de rigor en los días

⁴⁶⁹ Para un estudio pormenorizado de los supuestos especiales de descanso inter-jornadas, véase: LÓPEZ AHUMADA, J.E.: "Descansos... *op. Cit.*, págs. 62-103.

⁴⁷⁰ No obstante, de un modo exclusivo y específico para los trabajos marítimos realizados en el ámbito de la marina mercante, en el art. 17, punto 2, se establece que el descanso inter-jornadas podrá reducirse hasta las ocho horas. El punto 3 prevé, para los trabajadores en embarcaciones dedicadas a la pesca, que el descanso podrá reducirse hasta las seis horas. Además, el punto 4 recoge la posibilidad de que la negociación colectiva acuerde que, las diferencias horarias entre estos descanso y los previstos con carácter general por el art. 34.3 del ET, se compensen en un periodo de referencia de hasta ciento ochenta días.

⁴⁷¹ Esta reducción, así como su acumulación, solo podrá pactarse, individual o colectivamente, en función de las causas justificativas que contemplen tanto las necesidades empresariales específicas inherentes a la actividad estacional, como las preferencias de disfrute del descanso en el lugar de residencia del trabajador cuando el centro de trabajo se encuentre alejado de éste: LÓPEZ AHUMADA, J.E.: "Descansos... *op. Cit.*, pág. 73.

inmediatamente siguientes.⁴⁷² Para finalizar este breve análisis de las especialidades previstas por el RD de jornadas especiales, debe reseñarse que el art. 2.1 contempla la posibilidad de que los convenios colectivos autoricen que, previo acuerdo entre la empresa y el trabajador afectado, la totalidad o parte de los descansos compensatorios, derivados de todas estas reducciones previstas para supuestos especiales, puedan acumularse total o parcialmente para ser disfrutadas conjuntamente a las vacaciones.⁴⁷³



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

⁴⁷² Así, de manera absolutamente excepcional en este supuesto, tal reducción del descanso inter-jornadas permitiría que el trabajador a turnos prestase sus servicios durante más de doce horas en un periodo de veinticuatro (contadas hacia detrás o hacia delante). En efecto, esta previsión del RD 1561/1995 quiebra el límite indirecto de las doce horas de trabajo diario máximo que se ha analizado (y defendido) en el presente epígrafe.

⁴⁷³ Sin embargo, la posibilidad de anexas los descansos compensatorios a las vacaciones quedará limitado a que resten por compensar una vez garantizado el disfrute de diez horas de descanso en los periodos de referencia que corresponda. Así, en los casos en los que se permitan reducciones del descanso por debajo de las diez horas, las horas que restasen hasta esas diez deberán compensarse en el periodo de referencia establecido; mientras las otras dos que restarían hasta las doce sí podrían disfrutarse conjuntamente con las vacaciones.

CAPÍTULO VII
EL DESCANSO SEMANAL



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

VII. EL DESCANSO SEMANAL.

1. Introducción y concepto. 2. Duración. 3. La fijación del descanso. 4. Disfrute y carácter retribuido.

1. Introducción y concepto.

El art. 37.1 configura un descanso de periodicidad semanal y una duración de un día y medio ininterrumpido que, como regla general, comprenderá la tarde del sábado, o bien la mañana del lunes, y el día completo del domingo.

Es ya un lugar común afirmar que esta figura del descanso semanal enraíza con el art. 40.2 de la CE, que, como se sabe, insta a los poderes públicos a garantizar el descanso necesario, mientras el 43.3 les llama a fomentar y facilitar la adecuada utilización del ocio.⁴⁷⁴ Pues bien, en cumplimiento de tales mandatos genéricos, se hace necesario articular un descanso con una periodicidad intermedia entre el descanso diario y las vacaciones anuales, que se correspondería con este descanso semanal. Y así, mediante la sinergia de esos tres periodos de reposo, cada uno de ellos con un ciclo creciente respecto al anterior, se persigue alcanzar los objetivos generales del tiempo de descanso en el trabajo asalariado.

En este contexto puede afirmarse que el descanso semanal tiene la finalidad de permitir por un lado, la recuperación fisiológica del trabajador por el esfuerzo realizado durante la semana y, por otro, proporcionarle el tiempo necesario para la satisfacción de ciertas necesidades de índole personal, social y familiar. Así, se aprecia una doble vertiente en esta institución: una primera, de protección individual del trabajador y, otra, que mira al interés propio de la sociedad en su conjunto.⁴⁷⁵

⁴⁷⁴ Como se verá en el presente capítulo, el descanso semanal está estrechamente relacionado con la incorporación de periodos frecuentes de recreo y esparcimiento en la vida de los trabajadores.

⁴⁷⁵ GIL GIL, J.L.: "El descanso semanal", en A.A.V.V. *Estudios sobre la jornada de trabajo*, Madrid (ACARL), 1991, pág. 607.

Las características de esta figura pueden sintetizarse diciendo que el descanso semanal es mínimo, retribuido, semanal, ininterrumpido y de una duración de día y medio.⁴⁷⁶ Respecto a su régimen jurídico, la regulación de este descanso se contiene básicamente, en la Directiva 2003/88/CE y el art. 37.1 del ET, que supone un desarrollo de mínimos de la primera. No obstante, sobre este marco general, el RD 1561/1995 recoge importantes especialidades en el régimen jurídico del descanso semanal para determinadas actividades al amparo de la habilitación contenida en el art. 34.7 ET⁴⁷⁷.

2. Duración.

El art. 37.1 ET fija la duración del descanso semanal en un día y medio ininterrumpido a la semana, con carácter general. La naturaleza de la norma representa un mínimo de derecho necesario, con lo que por vía convencional (preferentemente) o contractual podría establecerse una duración mayor del descanso, en virtud de los principios de norma más favorable y condición más beneficiosa. Debe destacarse, eso sí, que la duración prevista en el ET supone una mejora de lo establecido por el art. 5 de la Directiva 2003/88/CE, que encomienda a los Estados miembros garantizar un descanso mínimo de veinticuatro horas ininterrumpidas por cada periodo de siete días para todos los trabajadores.

Con el mismo carácter de mínimo, el propio art. 37.1 ET establece que, para los trabajadores menores de dieciocho años, el descanso semanal será de al menos dos días ininterrumpidos. Resulta evidente que el legislador trata de proteger la salud física, psíquica y social de los jóvenes de un modo cualificado respecto a la generalidad de los trabajadores; lo que se traduce aquí en el reconocimiento de un descanso semanal de duración superior. Esta concepción implica también una mayor rigidez a la

⁴⁷⁶ En el mismo sentido: GIL GIL, J.L.: *ibídem*, pág. 609.

⁴⁷⁷ Establece que el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo y Seguridad social, previa consulta de los agentes sociales, podrá establecer especialidades en materia de jornada y descansos para los sectores y trabajos que por sus peculiaridades así lo requieran.

hora de fijar el descanso de los menores de edad, tal y como se verá en el apartado correspondiente a la fijación del descanso.

Por su parte, el RD 1561/1995, de jornadas especiales de trabajo, contiene reglas especiales sobre la duración del descanso semanal de determinados de trabajadores, como en el caso del colectivo de la minería. En concreto, el art. 27 del RD establece que el descanso semanal tendrá una duración de dos días para aquellos trabajadores que presten sus servicios en puestos de trabajo subterráneo, o bien lo hagan en el exterior pero su actividad sólo pueda producirse simultáneamente a la de los primeros.⁴⁷⁸

El principal problema aplicativo que plantea la duración del descanso semanal es el que deriva de su intrincada relación con el descanso diario o inter-jornadas, en el sentido de que, dependiendo de cómo se interprete que deban sucederse estos dos descansos, la duración del reposo semanal será una u otra. En efecto, esta duración variará sustancialmente en función de que se reconozca al descanso diario un carácter autónomo respecto al descanso semanal o que, por el contrario, se entienda que aquél absorbe a éste, de manera que en el día y medio de descanso semanal ya quedaría incluido el descanso interjornadas.

De acuerdo a la primera tesis, los dos descansos se disfrutarían acumulativamente y, de este modo, la interrupción de ciclo semanal tendría la duración resultante de sumar ambos descansos. En cambio, si se entiende que el descanso diario queda ya comprendido en el descanso semanal, entre el final de una semana y el inicio de la siguiente transcurrirá estricta y exclusivamente el tiempo previsto como de “descanso semanal”, esto es, el día y medio fijado por el art. 37.1 ET.

De un lado, numerosas son las voces de la doctrina que abogan por que el disfrute de estos descansos, el diario y el semanal, se produzca separada y consecutivamente; de manera que entre la última jornada de la semana en que se presten servicios y el inicio del cómputo del descanso semanal medien las doce horas previstas por el art. 34.3 ET

⁴⁷⁸ Este precepto tiene su origen normativo en el RD 3255/1983 del Estatuto Minero.

para el descanso diario.⁴⁷⁹ La base argumental de esta regla de no superposición o prohibición de solapamiento radica en el art. 5 de la Directiva 20003/88/CE, que establece que al descanso semanal de veinticuatro horas ininterrumpidas se añadirán las once horas de descanso diario estipuladas por la norma comunitaria. Desde luego, parece claro que el tenor literal del artículo establece la acumulación consecutiva de ambos descansos al señalar que “...los trabajadores disfruten, por cada período de siete días, de un período mínimo de descanso ininterrumpido de 24 horas, a las que se añadirán las 11 horas de descanso diario...”

En este sentido, además, ha de tenerse en cuenta que, si se atiende a la finalidad de uno y otro descanso, la conclusión sigue siendo la misma. El descanso diario subsiguiente a la última jornada de la semana tiene por objeto la reposición física y psíquica del trabajador tras el día de trabajo, al tiempo que permite el desarrollo de las esferas personal y familiar de la vida; mientras que, por su parte, el descanso semanal mantiene ese mismo propósito terapéutico, pero aplicado a un ciclo de desgaste más largo: la semana. Por ello, si sus finalidades son perfectamente distinguibles e individualizables, no debe haber razón alguna para que se produzca la confusión de ambas figuras.⁴⁸⁰

Esta postura es refrendada por la jurisprudencia⁴⁸¹, al entender que no resulta posible incluir las doce horas del descanso inter-jornadas dentro del cómputo de duración del semanal; de manera que ambos descansos no podrán solaparse, sino que deben disfrutarse de manera individualizada. Eso sí, debe tenerse en cuenta que tal línea jurisprudencial se completa con el matiz aportado por la STS de 05/10/2010 (Rec. 25/2009). Según la Sala, si bien es cierto que descanso diario y semanal no pueden

⁴⁷⁹ Entre otros: SEMPERE NAVARRO, A. V.: “El artículo 37. Descanso semanal, fiestas y permisos”, en A.A.V.V. Comentarios al Estatuto de los Trabajadores, Cizur Menor (Navarra) (Aranzadi), 2010, pág. 428; GIL GIL, J.L.: “El descanso...”, *op. Cit.*, pág. 611; LÓPEZ AHUMADA, J.E.: “Descansos...”, *op. Cit.*, págs. 35-36.

⁴⁸⁰ En el mismo sentido: LÓPEZ AHUMADA, J.E.: “Problemas relativos al cómputo del descanso semanal y diario: una visión cualitativa del tiempo de descanso”, en Aranzadi Social, nº 22-09, 2009, págs. 61-62.

⁴⁸¹ SSTs de 10/10/2005 (Rec. 155/2004) y de 25/09/2008 (Rec. 109/2007) y, dando ya por sentada esta doctrina, STS de 14/04/2014 (Rec. 1668/2013).

solaparse ni confundirse, nada obsta para que la tarde posterior a una jornada completa de trabajo, o la mañana precedente a la misma, puedan computarse como tiempo de descanso a estos efectos. De esta manera, siempre que se respete el cómputo separado de ambos descansos, la tarde subsiguiente o la mañana anterior a una jornada semanal completa de trabajo podrán considerarse como parte del descanso diario o del semanal, en uno y otro caso.

En cualquier caso, es necesario referir que también cabe un análisis distinto sobre la relación entre los descansos diario y semanal. Así, otro sector de la doctrina científica entiende que no es necesario que la acumulación de ambos descansos deba producirse en todo caso pues, siempre que al día de descanso principal se añadiesen la tarde del día anterior o la mañana del día siguiente, el descanso mínimo de un día y medio programado por el ET quedaría ya satisfecho.⁴⁸² El pilar fundamental de esta línea doctrinal consiste en la idea de que la previsión del art. 5 de la Directiva 2003/88/CE (recuérdese, veinticuatro horas de descanso semanal a las que se añadirán las once de descanso diario) no exige acumular necesariamente los descansos diario y semanal, sino unir a las veinticuatro horas de descanso semanal las once de descanso diario para garantizar el descanso efectivo durante un día completo. Por tanto, según esta postura, el art. 37.1 del ET ya integra (y de hecho mejora) la previsión de la directiva en cuanto garantiza un descanso global de día y medio a la semana, sin que sea necesario, pues, volver a añadir un descanso diario que ya hubiese quedado comprendido en ese día y medio.

Sin embargo, a mi juicio, ello no es así. Una interpretación sistemática de la normativa que regula esta cuestión, no parece dejar lugar a dudas. La Directiva, en primer término, programa un descanso semanal mínimo de veinticuatro horas y uno diario de once, mientras que en su art. 5 establece, de un modo inequívoco, que al tiempo de descanso semanal se añadirá el descanso diario fijado en su art. 3. Y el ET, por su parte, mejora el descanso diario (art. 34.3) y hace lo propio con el semanal (37.1). Pero, en mi opinión, esa mejora cuantitativa que experimentan ambos descansos a

⁴⁸² NORES TORRES, L. E.: “Los descansos...”, op. Cit, págs. 113-115.

nivel particular no implica que hayan de perder la relación operativa que establece para ellos el art. 5 de la Directiva 2003/88/CE; esto es, que al descanso semanal se añada el descanso diario. Y, por tanto, considero que la conjunción de la normativa comunitaria y la Ley interna arrojan como conclusión un descanso semanal de un día y medio que sólo empezará a computarse una vez haya concluido el descanso diario subsiguiente a la última jornada de trabajo de la semana en cuestión⁴⁸³; de manera que ambos descansos habrán de ser reales y efectivos, disfrutándose de forma diferenciada e independiente el uno y el otro.⁴⁸⁴ En efecto, no podría ser ello de otra manera, dada la finalidad, distinta y complementaria, que, como se ha visto, tienen los descansos diario y semanal.

Además, también la jurisprudencia (como ya se anunció) avala esta interpretación, lo que le ha a concluir que la privación del descanso en estos términos será susceptible de motivar la correspondiente indemnización por daños y perjuicios. Así, cuando la empresa fijase el calendario laboral sin tener en cuenta los solapamientos, totales o parciales, entre las doce horas de descanso diario y el día y medio ininterrumpido del descanso semanal, vendrá obligada a reparar económicamente al trabajador por los perjuicios derivados de esa falta de descanso. En este sentido, debe valorarse que tal actuación empresarial no solo impediría al trabajador recuperarse del cansancio y esfuerzo derivados de la prestación de servicios, sino también disfrutar de un tiempo de ocio y la compatibilización de la vida familiar, laboral y personal; y, de este modo, concurrirían todos los elementos exigidos por el CC para apreciar la procedencia de una indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad contractual.⁴⁸⁵

⁴⁸³ Lo que podríamos denominar como la regla de no yuxtaposición del descanso semanal y diario, en la que tanto se ha insistido desde Italia. Y que implica, precisamente, que el descanso diario precede necesariamente al semanal: LÓPEZ AHUMADA, J.E.: "Descansos...", *op. Cit.*, pág. 35-36.

⁴⁸⁴ SAN de 07/05/2007 (St. Num. 44/2007).

⁴⁸⁵ Como se sabe, el art. 1101 del CC exige la concurrencia de tres elementos para la procedencia de dicha indemnización. Esto es, la existencia del propio daño (producido en los términos ya expuestos), la negligencia (que, en este caso, se concreta en el ejercicio irregular del poder de dirección en la elaboración del calendario laboral) y, por último, una relación de causalidad entre el daño causado y la actuación empresarial (que, aquí, resulta obvia): SSTS de 14 de abril de 2014 (Recs. 1665/2013, 1667/2013 y 1668/2013) y de 10/10/2014 (Rec. 2792/2013).

Ahora bien, a pesar de todo lo anteriormente analizado, o precisamente por ello, es evidente que el régimen del descanso semanal, en cuanto a su duración y relación con el descanso diario, resulta del todo deficiente. Son diversos los factores a los que podría responsabilizarse de esta confusa situación normativa. Una de estas razones bien pudiera ser el establecimiento del descanso en términos de “un día y medio”. Desde luego, la fórmula utilizada presenta problemas a la hora de encuadrar este descanso dentro del horario de trabajo, ya que la técnica lógica y habitual para elaborar este documento es, precisamente, la de concretar las horas en que se va a trabajar y a descansar a lo largo de los días de la semana; lo cual incita, casi indefectiblemente, a entender que ese día y medio de descanso equivale a treinta y seis horas. Sin embargo, dicha transformación no resulta válida ni acorde a derecho, pues el descanso semanal se fija en la Ley, expresamente, en un día y medio y no en ese equivalente numérico de treinta y seis horas; y, precisamente por ello, no sería legítima la reclamación del trabajador que exigiese disfrutar de un descanso de las cuarenta y ocho horas exactas que resultarían de sumar las doce horas del descanso diario y las (pretendidas) treinta y seis del descanso semanal.⁴⁸⁶ Así, lo único a lo que en realidad tendrá derecho el trabajador es a que, tras disfrutar de las doce horas, aquí sí precisas, del descanso diario o inter-jornadas, comience a computar el día y medio propio del descanso semanal (con toda la problemática, ya señalada, que implica la imprecisión propia de ese “día y medio” y su difícil sincronización con el resto de elementos de la jornada laboral).

En mi opinión, con toda probabilidad, el origen de este problema se remonta a la reforma de la jornada de trabajo de 1983⁴⁸⁷. En efecto, como se sabe, la Ley 16/1976 de Relaciones Laborales fijaba la jornada ordinaria de trabajo en cuarenta y cuatro

⁴⁸⁶ En el mismo sentido: GARCÍA ORTEGA, J.; MORENO CÁLIZ, S.: “Descanso semanal, fiestas y permisos (Art. 37 ET)”, en A.A.V.V. Salario y tiempo de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores (de 1980 a 2005), Madrid (CEF), 2005, pág. 441. Véanse, también en este sentido, la STS 10/10/2005 (Rec. 155/2004) y la STSJ de Andalucía, Málaga, de 23 de septiembre de 2013 (Rec. 867/2013).

⁴⁸⁷ Señalando ese mismo origen del problema: ALARCÓN CARACUEL, M.R.: “La jornada...”, *op. Cit.*, pág. 45.

semanales; en tanto que el descanso semanal se configuraba en los mismos términos que se mantienen hasta hoy en día, esto es, con una duración de “un día y medio”. Como puede observarse, el esquema horario básico en el que se está pensando es en una jornada semanal de cuarenta y cuatro horas repartidas en cinco días completos y un medio día; a razón de ocho horas cada uno de los días completos y cuatro en el medio día. Con estos parámetros la terminología de “un día y medio de descanso a la semana” ostentaba una operatividad y coherencia plenas, pues existía una armonía perfecta entre la jornada semanal de trabajo y el descanso semanal, que encajaba exactamente en aquella parte de la semana que no se trabaja. Sin embargo, este equilibrio perfecto se trunca con la Ley 4/1983 de 29 de junio, que reforma el ET y reduce la jornada ordinaria de trabajo a cuarenta horas de trabajo a la semana. Como se ve, el esquema horario ideal de la semana pasa de cinco días, a razón de ocho horas, y un medio día a, razón de cuatro, a sólo cinco días de trabajo a la semana en los que se trabajarán ocho horas. Lo que ocurre, es que esta modificación del art. 34 del ET no vino acompañada de la pertinente sincronización del descanso semanal del art. 37.1 a la nueva jornada semanal de trabajo y, por tanto, se produjo una disonancia entre la jornada semanal de trabajo y la duración del descanso semanal; lo cual supuso una fuente de problemas aplicativos e interpretativos a la hora de combinar ambas figuras que todavía hoy se mantienen.

Sea como fuere, por todo cuanto se ha examinado, parece más que evidente la necesidad de una revisión normativa del descanso semanal, que actualice y mejore la técnica legislativa vigente. Creo que, en este sentido, resultaría de utilidad especificar el número exacto de horas de las que disfrutará el trabajador en concepto de descanso semanal; tal y como sucede con todas las instituciones que convergen dentro de la jornada de trabajo semanal, que, ciertamente, se estructuran temporalmente en base a un número concreto de horas.

3. La fijación del descanso.

a) El carácter ininterrumpido del descanso semanal.

Como se sabe, una de las características principales que configuran la fijación del descanso semanal es su naturaleza ininterrumpida, que (a salvo de las excepciones recogidas al respecto por el RD 1561/1995 para determinadas actividades, o incluso por la normativa de desarrollo de algunas relaciones laborales especiales⁴⁸⁸) subrayan tanto el ET, en su art. 37.1, como la Directiva 2003/88/CE, en su art. 5.

Sin duda, el objeto de tal previsión no es otro que mantener y garantizar la naturaleza de este descanso que, en caso de verse fraccionado, dejaría de cumplir su auténtica finalidad. Tal y como se dijo, el descanso semanal tiene una condición intermedia entre los descansos diario y anual; con lo que se configura, así, una interrupción del trabajo de duración intermedia prevista para un ciclo de desgaste intermedio. Por tanto, si el descanso semanal se descompusiese para ser disfrutado en pequeñas fracciones, perdería su propio sentido y dejaría de alcanzar sus objetivos.

Ello no obstante, si el descanso fuese mejorado, aquél tramo del descanso que respondiese a dicha mejora (de origen ya individual, ya colectivo) no tendría por qué gozar necesariamente de este carácter ininterrumpido⁴⁸⁹; pues, en efecto, las partes estarían absolutamente legitimadas para limitar el alcance de la mejora, libremente pactada. De modo que dicha parte del descanso sí podría desgajarse del día y medio legalmente exigido para ser disfrutado de manera separada, cuando así lo hubiera previsto la norma convencional o pacto contractual en que tuviese origen.

⁴⁸⁸ Caso de los deportistas profesionales (RD 1006/1985), personal al servicio del hogar familiar (RD 1620/2011) o artistas en espectáculos públicos (RD 1435/1985).

⁴⁸⁹ GARCÍA ORTEGA, J.; MORENO CÁLIZ, S.: "Descanso...", *op. Cit.*, pág. 445.

b) Los días concretos de descanso.

Otro punto a tener en cuenta respecto a la fijación del descanso semanal es la referencia que hace el Estatuto a unos días concretos de la semana a la hora de fijar el disfrute del descanso; pues, como se sabe, el art. 37.1 hace mención expresa a que el descanso semanal comprenderá, como regla general, la tarde del sábado o, en su caso, la mañana del lunes y el día completo del domingo.

Lo primero que debe señalarse sobre este punto es que ese *carácter general* referido por el ET indica que, a este respecto, la norma es dispositiva para las partes;⁴⁹⁰ por lo que a nivel individual o colectivo podrán fijarse unos días distintos para el descanso semanal.⁴⁹¹ La jurisprudencia se muestra acorde con esta postura, al entender que la mención literal a la tarde del sábado o la mañana del lunes y el día completo del domingo no significa, de ninguna manera, que no pueda establecerse el descanso en cualesquiera otros días de la semana. Así, el hecho de que el reposo se disfrutase en días no coincidentes con el domingo no implicaría *per se* una retribución superior, pues sólo procedería dicha compensación cuando existiese un pacto en tal sentido.⁴⁹²

Por otro lado, también se ha cuestionado si la predilección del domingo como el día completo de descanso respondía, o no, a una motivación de carácter religioso; y la eventual admisión que tendría tal preferencia en un Estado aconfesional (art. 16.3 CE); aunque, como se ha visto, se trate ésta de una pauta meramente indicativa y nada obste para que individual o colectivamente se fijen unos días de la semana distintos.

Sobre este particular se pronunció el TC en su Sentencia nº 19/1985 de 13 de febrero, señalando que el descanso semanal es una institución secular y laboral, y que la fijación del domingo como día de referencia para el disfrute de este reposo no responde más que a razones de tradición popular; resultando además obvio, en este

⁴⁹⁰ ALFONSO MELLADO, C.L., PEÑA OBIOL, S.: "Vacaciones...", *op. Cit.*, pág. 68; GARCÍA ORTEGA, J.; MORENO CÁLIZ, S.: *ibídem*, pág. 443; NORES TORRES, L. E.: "El artículo 37", *op. Cit.*, pág. 389.

⁴⁹¹ LÓPEZ AHUMADA, J.E.: "Descansos...", *op. Cit.*, pág. 114.

⁴⁹² STS 23/01/1991 (Rec. 818/90).

sentido, que los fines sociales de este derecho se alcanzan en mayor medida cuando el descanso se disfruta de manera generalizada en los mismos días por parte de la colectividad. De esta manera, el TC entiende que, a pesar de su innegable origen religioso, en el marco actual del Estado aconfesional la predilección por el domingo como día completo de descanso no supone más que el desarrollo del Convenio nº 14 de la OIT, ratificado por España, y que en su art. 2.3 dispone que el descanso semanal coincidirá, preferentemente, con los días consagrados por la tradición o las costumbres del país o de la región.

A mayor abundamiento de esta interpretación, opera el hecho de que, a través de un aumento cuantitativo, aquél descanso originario de la Ley de Descanso Dominical de 1940 haya terminado por abarcar, a nivel general, también al día del sábado. Y es que ese proceso ha supuesto la conversión del descanso dominical, con unas motivaciones religiosas en origen, en un descanso ya *semanal* y exento de tales matices, lo cual representa sin duda una “laicización” de esta figura.⁴⁹³

c) La acumulación del descanso semanal.

Por otra parte, el art. 37.1 del ET contempla la posibilidad de acumular el disfrute del descanso semanal por periodos de hasta catorce días⁴⁹⁴; previsión que resulta acorde con el límite previsto por la Directiva 2003/88/CE, que en su art. 16 fija el periodo máximo de acumulación del descanso semanal en un máximo de, precisamente, catorce días.⁴⁹⁵ Como puede observarse, la posibilidad que abre la norma, respecto a

⁴⁹³ ALARCÓN CARACUEL, M.R.: “La jornada...”, *op. Cit.*, pág. 88. Sobre las posibilidades de acuerdo inicial o pacto novatorio para disfrutar el descanso en otros días distintos en virtud de los acuerdos suscritos entre el Estado español y diversas confesiones religiosas, véase: GARCÍA ORTEGA, J.; MORENO CÁLIZ, S.: “Descanso...”, *op. Cit.*, pág. 444.

⁴⁹⁴ Fue la Ley 11/1994 la que, con una tónica flexibilizadora, introdujo esta modificación en el art. 37.1 del ET.

⁴⁹⁵ Pese a que la posibilidad de acumular de esta forma el descanso semanal en periodos de catorce días resulta acorde a la Directiva comunitaria sobre tiempo de trabajo, debe destacarse que es contraria a lo dispuesto por los arts. 2.1 del C. núm. 14 de la OIT y 6.1 del C. núm. 106 de la OIT. En efecto, ambos artículos establecen la obligatoriedad de que los trabajadores disfruten de un periodo de descanso de al

un descanso de ciclo propiamente semanal, consiste en trabajar once días y descansar tres, a los que se sumaría el descanso diario según lo expuesto anteriormente sobre acumulación de los descansos diario y semanal.

No obstante, debe tenerse en cuenta que esta posibilidad de acumular el descanso semanal por periodos de catorce días está, obviamente, sujeta a ciertos límites. Así, de entrada, este esquema de acumulación del descanso no puede suponer, en ningún caso, que, en un periodo cualquiera de catorce días contados hacia detrás o hacia delante el trabajador, no haya descansado los tres días exigidos. Imaginemos un ciclo de descanso bisemanal en el que los días de descanso de la primera quincena se concentrasen al principio del mes y los de la segunda al final del mes. El diagrama en cuestión sería tres días de descanso, once de trabajo, a continuación otros once de trabajo y, por fin, los otros tres de descanso. Si se observa, aquí el trabajador prestaría sus servicios durante un período de veintidós días consecutivos. Pues bien, a mi juicio, dicho sistema de acumulación del descanso semanal contravendría el espíritu del art. 16.1 de la Directiva 2003/88/CE que, no lo olvidemos, se estructura en términos de mínimos sobre seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo; y, en este sentido, creo que tal reparto del descanso semanal desdibujaría, absolutamente, la frecuente periodicidad que debe caracterizar esta figura.⁴⁹⁶

Tampoco creo que sea posible articular esta acumulación del descanso semanal por períodos de hasta catorce días descansando un día una semana y dos la siguiente⁴⁹⁷; porque, en mi opinión, a la vista del art. 37.1 del ET, la posible acumulación del

menos veinticuatro horas por cada periodo de siete días. Con lo que la posibilidad abierta por el art. 37 del ET de disfrutar de modo acumulado el descanso relativo a un periodo de catorce días contravendría esta regla. Ello ha llevado a que la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT haya realizado diversas observaciones y requerimientos al Gobierno de España; solicitándole que adopte, en un futuro próximo, las medidas necesarias para poner su legislación en plena conformidad con las disposiciones contenidas en estos dos Convenios. Sobre este asunto, véase: CAMPS RUIZ, L.M.: “Los convenios de la OIT sobre vacaciones y sobre descanso semanal”, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 112, 2014, págs. 29-33.

⁴⁹⁶ Esta opción de descanso podría llegar a resultar atractiva para determinadas empresas en las que, por las características de su actividad, resultase especialmente gravoso interrumpir periódicamente la producción por motivo de los descansos semanales.

⁴⁹⁷ En este mismo sentido: ALFONSO MELLADO, C.L., PEÑA OBIOL, S.: “Vacaciones...”, *op. Cit.*, pág. 68.

descanso no es óbice para que deba respetarse, en todo caso, su carácter ininterrumpido. En efecto, no resultaría ni lógico ni ajustado al sentido de la norma acumular, primero, el descanso semanal para fragmentarlo después en partes desiguales.

Por lo que se refiere a las posibles vías para establecer la acumulación del descanso semanal, no cabe duda alguna de que la negociación colectiva es el medio idóneo para instrumentar esta opción de disfrute. De hecho, no escasean los ejemplos de convenios colectivos que se hacen eco de esta posibilidad⁴⁹⁸; aunque también sería perfectamente válido el pacto individual que estableciese tal concentración bisemanal del descanso⁴⁹⁹.

No creo, sin embargo, que el silencio del ET sobre este particular pueda amparar una acumulación del descanso semanal impuesta unilateralmente por el empresario; ya que, a mi parecer, resultaría excesivo incluir dentro de su *ius variandi* una alteración tan importante de la distribución del tiempo de trabajo como es la acumulación del descanso semanal por periodos de catorce días. La inviabilidad de la acumulación unilateral resultaría aún más evidente en aquéllos supuestos en que implicase una distribución irregular de la jornada de trabajo, habida cuenta la prohibición implícita en el art. 34.2 ET.⁵⁰⁰

En fin, debe aclararse que todo lo expuesto sobre la posible acumulación del descanso semanal por períodos de hasta catorce días no resulta aplicable para los menores de dieciocho años. La razón de dicha inaplicación se ha querido ver en ocasiones en la propia estructura del art. 37.1 del ET, que establece en un punto separado que la duración del descanso semanal de los menores de dieciocho años será, como mínimo,

⁴⁹⁸ Por ejemplo, los Convenios Colectivos Estatales de Transporte aéreo y trabajos aéreos con helicópteros y su mantenimiento y reparación (Res. 18/07/2012), de Aparcamientos (Res. 30/05/2013) o de Empresas de frío industrial (Res. 13/02/2008).

⁴⁹⁹ NORES TORRES, L. E.: "El descanso...", *op. Cit.*, pág. 130.

⁵⁰⁰ LÓPEZ AHUMADA, J.E.: "Descansos...", *op. Cit.*, págs. 130-131; GARCÍA ORTEGA, J.; MORENO CÁLIZ, S.: "Descanso...", *op. Cit.*, pág. 445.

de dos días ininterrumpidos. No obstante, parece más acertado localizar su fundamento en la Directiva 94/33/CE relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo, que en su art. 10.2 encomienda a los Estados miembros tomar las medidas necesarias para que los menores de dieciocho años disfruten de dos días de descanso, a ser posible consecutivos, por cada periodo de siete días.⁵⁰¹

d) La fijación del descanso semanal en determinadas actividades específicas.

Para terminar el análisis de la fijación del descanso semanal, es preciso referirse también a las especialidades sobre la materia que recoge el RD 1561/1995 para determinadas actividades. Como se sabe, en desarrollo de lo previsto por los arts. 37.1 y 34.7 del ET, dicho RD establece reglas específicas para la distribución de este descanso en aquéllos sectores y trabajos que por sus peculiaridades así lo requieren.

Así, se prevé la posibilidad de acumular por períodos de cuatro semanas el medio día de descanso o bien separarlo del día completo para que sea disfrutado aisladamente, con la consiguiente ruptura del carácter ininterrumpido. Esta alternativa se ofrece para el trabajo a turnos (art. 19 del RD), o bien para trabajos específicos como el desempeñado en fincas urbanas (art. 3.2 del RD), el de los guardas y vigilantes no ferroviarios (art. 4.2 del RD), los agrícolas, forestales y pecuarios (art. 5.3), los del sector del comercio y la hostelería (art. 6 del RD), o los realizados en puestos de trabajo subterráneo y vinculados, donde podrá acumularse el segundo día completo⁵⁰² por periodos de hasta cuatro semanas o adicionarlo a otros descansos, como las vacaciones para su disfrute conjunto. Y, en ocasiones, se permite acumular el medio día de descanso semanal por periodos de hasta cuatro meses, como es el caso de las actividades de temporada en la hostelería (art. 6 del RD).

⁵⁰¹ GARCÍA ORTEGA, J.; MORENO CÁLIZ, S.: *ibídem*, *op. Cit.*, pág. 442.

⁵⁰² Recuérdese que el art. 27 del RD 1561/1995 fijaba la duración mínima del descanso semanal de estos trabajadores en dos días completos.

Por otra parte, hay también supuestos en los que se permite el cómputo del descanso semanal completo por largos periodos, como las cuatro semanas de los trabajos en el mar o los transportes por carretera (art. 9 del RD), o las ocho de los trabajos en condiciones especiales de aislamiento o lejanía (art. 21 del RD).

En fin, como puede observarse, todas estas especificidades respecto al régimen general del descanso semanal derivan de las propias singularidades que caracterizan cada una de las correspondientes actividades. Así, en algunos casos, se prepondera el interés empresarial, permitiendo el disfrute extemporáneo de una parte del descanso semanal para que, de esta manera, sea posible concentrar la actividad en aquellos periodos de mayor intensidad productiva. En otros casos, sin embargo, parece que es el interés del trabajador el que motiva la acumulación o el disfrute intempestivo del descanso; como ocurre en los trabajos en el mar o en el transporte por carretera, así como en el trabajo en condiciones de especial aislamiento o lejanía. Efectivamente, en estas actividades se presume que será más ventajoso para el trabajador acumular el descanso mientras se encuentre en esas condiciones de aislamiento intrínsecas a su puesto de trabajo y postergar su disfrute hasta que se encuentre en su residencia habitual o, al menos, en lugares más propicios para la satisfacción de las necesidades de índole personal y social, relacionadas con el ocio y el esparcimiento, que trata de garantizar este derecho. En cualquier caso, tanto en unos supuestos como en otros, es necesario recordar que a través del descanso semanal se protegen valores tan elevados como la salud, la conciliación de la vida personal y familiar o el acceso al ocio. Por lo tanto, considero que sería necesario someter cualquier variación respecto al régimen general previsto para este descanso a un estricto control por parte de la negociación colectiva. Ciertamente, así ocurre con muchos de los referidos regímenes alternativos de descanso semanal⁵⁰³. Sin embargo, en otras actividades, resulta viable adoptar unos patrones de disfrute del descanso semanal muy diferentes al previsto con carácter general por el ET sin que medie ningún tipo de control colectivo; lo que, a

⁵⁰³ En concreto, las referidas al comercio y la hostelería (art. 6 del RD), las de temporada en la hostelería (art. 7 del RD), las que impliquen condiciones de aislamiento o lejanía (art. 21 del RD) y las subterráneas y vinculadas (art. 27 del RD).

mi juicio, representa un factor de riesgo totalmente evitable sobre un terreno tan sensible como el de los descansos necesarios en el trabajo.⁵⁰⁴

4. Disfrute y carácter retribuido.

a) El disfrute del derecho.

La finalidad del descanso semanal implica que, de manera necesaria, este derecho se disfrute *in natura*, esto es, en calidad de tiempo de reposo y alejamiento del trabajo.⁵⁰⁵

La doctrina científica comparte, de manera pacífica, esta postura; que, a su vez, conlleva la imposibilidad de compensar económicamente el tiempo de descanso semanal que no se hubiese disfrutado.⁵⁰⁶

Es cierto que, originariamente, el art. 47 del RD 2001/1983 establecía que, cuando excepcionalmente y por razones técnicas u organizativas no se pudiese disfrutar de manera efectiva un festivo o día de descanso semanal, las horas trabajadas en tal día vendrían retribuidas con un incremento del 75%, o bien se compensarían con otro tiempo de descanso equivalente. No obstante, dicha previsión no se encuentra ya vigente en lo relativo al descanso semanal por mor de la Disposición Derogatoria Única del RD 1561/1995, que mantiene la aplicabilidad de esta regla únicamente para el caso de los días festivos. Parece que la opción legislativa de mantener la vigencia de esta norma para los festivos y no para el descanso semanal se halla en la distinta finalidad

⁵⁰⁴ Así ocurre con el trabajo a turnos, donde, en función de lo previsto por el art. 19 del RD 1561/1998, el medio día del descanso semanal podrá ser acumulado por periodos de hasta cuatro semanas cuando así lo requiera “la organización del trabajo”. Por su parte, las excepciones al régimen general de disfrute del descanso semanal previstas para los trabajadores que prestasen sus servicios en fincas urbanas (art. 3.2 del RD), los guardias y vigilantes no ferroviarios (art. 4.2 del RD) o los trabajadores agrícolas, forestales y pecuarios (art. 5.3 del RD) están completamente exentas de control colectivo.

⁵⁰⁵ CABEZA PEREIRO, J. [et al.]: “La ordenación del tiempo de trabajo”, Santiago de Compostela (CGRL), 2004, pág. 135.

⁵⁰⁶ Por todos: NORES TORRES, L. E.: “El artículo 37”, *op. Cit.*, pág. 391; LÓPEZ AHUMADA, J.E.: “Descansos...”, *op. Cit.*, pág. 162; RAMOS QUINTANA, M.I.: “Los descansos...”, *op. Cit.*, pág. 127.

de uno y otro derecho⁵⁰⁷; ya que, mientras en los festivos se persigue la conmemoración de unas fechas relevantes por motivos cívicos o religiosos, en el descanso semanal se pretende garantizar la satisfacción de ciertas necesidades fisiológicas, familiares y sociales. Y, a juicio del legislador, el objetivo del descanso semanal merece una protección superior (o, al menos, eso se desprende del diferente tratamiento dispensado a uno y otro descanso a raíz de la referida modificación); lo que implica la seguridad de que será disfrutado en sus propios términos, sin que quepa excepción alguna.

En refuerzo de esta tesis que aboga por la imposibilidad de compensar económicamente el descanso semanal no disfrutado acude el art. 2.2 del RD 1561/1995, que, al recoger las dos únicas excepciones que caben a la no compensabilidad del descanso, consagra esta regla general.

En efecto, como se sabe, el precepto prevé la compensación en el supuesto de la finalización de la relación laboral acontecida por causas distintas a la propia duración del contrato. Sería el caso, por ejemplo, del despido. En tales circunstancias se hace inviable el disfrute efectivo del descanso relativo a la parte proporcional de la semana (o módulo temporal resultante de la acumulación), ya que la relación termina de manera abrupta. Y es, precisamente, por ello que se permite que el trabajador vea compensado ese tiempo de descanso que no pudo disfrutar mediante un resarcimiento económico; que se cifra, concretamente, en la retribución prevista para las horas extraordinarias, ya que estaríamos ante un supuesto de trabajo por encima de la jornada ordinaria⁵⁰⁸.

La segunda excepción a la regla general de la no compensabilidad del descanso semanal viene referida a los trabajadores que presten sus servicios a bordo de buques y embarcaciones, que podrán optar por la compensación económica, como si de horas extraordinarias se tratase, de determinados tramos de su descanso semanal. Eso sí,

⁵⁰⁷ ALFONSO MELLADO, C.L., PEÑA OBIOL, S.: "Vacaciones...", *op. Cit.*, pág. 92, pese a no compartir dicha opción legislativa.

⁵⁰⁸ ALFONSO MELLADO, C.L., PEÑA OBIOL, S.: *ibidem*, pág. 83.

para que el trabajador pudiese optar por esta compensación económica, resultará absolutamente necesario que tal posibilidad hubiese sido acordada previamente en convenio colectivo.

Pues bien, si el carácter excepcional de estos dos supuestos recogidos por el art. 2.2 del RD 1561/1995 pone de manifiesto que, dentro las jornadas especiales, la regla general es la imposibilidad de compensar económicamente el descanso semanal no disfrutado de manera efectiva, habrá de concluirse que el principio de la no compensabilidad del descanso operará *a fortiori* de cara a las jornadas ordinarias o no especiales.⁵⁰⁹

Además, a mayor abundamiento de esta lectura debe apreciarse que el descanso semanal se mantiene indemne incluso en el supuesto de que, durante la semana en cuestión, se hubiesen producido ausencias en el trabajo. En efecto, las faltas de asistencia injustificadas no repercuten negativamente en el tiempo de reposo, que se mantiene incólume. No obstante, sí se verá afectada, en ese caso, la retribución relativa al descanso semanal, que sufrirá la reducción proporcional al tiempo de trabajo semanal que no se cumplió⁵¹⁰; y es que, habida cuenta de que se está ante un supuesto de salario diferido⁵¹¹, que se devenga a lo largo de la semana, el tiempo durante el que no se trabajó provoca un descuento alícuota de la retribución del descanso semanal.

Por su parte, la huelga, incluso legal, producirá los mismos efectos que las ausencias injustificadas⁵¹². Esto es, reducción proporcional del salario pero no del tiempo de reposo. Destaca, en este punto, la diferencia de trato recibido entre el descanso semanal y las vacaciones respecto al ejercicio de la huelga legal. En efecto, tal y como

⁵⁰⁹ CABEZA PEREIRO, J.: “Descanso...”, *op. Cit.*, pág. 785.

⁵¹⁰ GIL GIL, J.L.: “El descanso...”, *op. Cit.*, pág. 618.

⁵¹¹ Entre otros, ALFONSO MELLADO, C.L., PEÑA OBIOL, S.: “Vacaciones...”, *op. Cit.*, pág. 80; GARCÍA ORTEGA, J.; MORENO CÁLIZ, S.: “Descanso...”, *op. Cit.*, pág. 447.

⁵¹² SSTs de 2605/1992 (Rec. 1244/1991), de 24/01/1994 (Rec. 2653/1992), de 18/04/1994 (Rec. 2555/1993) y de 11/10/1994 (Rec. 190/1994).

se ha visto, el ejercicio de la huelga, aún legal, produce una merma retributiva en el descanso semanal; pero con las vacaciones no ocurre lo propio, pues se mantienen indemnes al ejercicio de la huelga legal tanto a nivel de tiempo de descanso como a nivel retributivo. Es lo que se ha venido a conocer como “intangibilidad” o “inmutabilidad” de las vacaciones con respecto a la huelga; que, como se sabe, encuentra su fundamentación en la “autonomía que estas últimas exhiben en el art. 40.2 de la Constitución”.⁵¹³

b) El carácter retribuido del descanso semanal.

Como ya se anunció al inicio de este apartado, el carácter retribuido es una de las propiedades de este descanso. En efecto, la retribución es consustancial a la naturaleza y finalidad del descanso semanal pues, de no ser así, se estaría perjudicando al trabajador por disfrutar de un tiempo de descanso directamente conectado con un periodo previo de trabajo⁵¹⁴; y, por otra parte, tampoco cabría hablar de verdadero descanso sin la pertinente percepción de ingresos.⁵¹⁵

Además, pese a que la Ley no determine expresamente el carácter retribuido del descanso, sí existen indicios legales que conducen a tal conclusión. Dejando de lado referencias legales históricas en las que se aprecia con total claridad esta condición de descanso retribuido,⁵¹⁶ dentro de la normativa vigente pueden encontrarse argumentos que conducen a la misma conclusión. En efecto, como se sabe, el art. 26.1 del ET, al definir el concepto de *salario*, alude a todas las percepciones económicas del trabajador, ya retribuyan el trabajo efectivo o los periodos de descanso computables como de trabajo. Y, en este sentido, resulta evidente que el descanso semanal es una

⁵¹³ Auto del Tribunal Constitucional 323/1991, de 28 de octubre.

⁵¹⁴ CABEZA PEREIRO, J. [et al.]: “La ordenación...”, *op. Cit.*, pág. 133.

⁵¹⁵ SEMPERE NAVARRO, A. V.: “El artículo 37...”, *op. Cit.*, pág. 430.

⁵¹⁶ En concreto, el art. 44.2 del RD 2001/1983, actualmente derogado por la Disposición Derogatoria Única del RD 1561/1995, que establecía que el descanso semanal era retribuido.

de las situaciones que merecen la consideración de *descanso computable como de trabajo*, punto en el que confluye de manera pacífica la doctrina científica.⁵¹⁷

Por otro lado, el art. 11.1 de la Ley 14/1994, de regulación de las Empresas de Trabajo Temporal, apunta en esta misma línea cuando dispone que la retribución de los trabajadores cedidos para prestar sus servicios en empresas usuarias deberá incluir la parte proporcional al descanso semanal (además de la de los festivos, vacaciones y pagas extraordinarias).

En fin, también resulta concluyente, en este sentido, que las normas que regulan la cuantía del Salario Mínimo Interprofesional incluyan la retribución de los días de descanso semanal del mes respectivo⁵¹⁸; o, más específicamente, que los trabajadores eventuales y temporeros y empleados del hogar, cuyos servicios para un mismo empleador no excedan de 120 días, reciban de manera conjunta al salario mínimo diario la parte proporcional al descanso semanal.⁵¹⁹

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

⁵¹⁷ Por todos: NORES TORRES, L. E.: "El artículo 37", *op. Cit.*, pág. 388; LÓPEZ AHUMADA, J.E.: "Descansos...", *op. Cit.*, págs. 140-142; RAMOS QUINTANA, M.I.: "Los descansos...", *op. Cit.*, pág. 130.

⁵¹⁸ Art. 1 del RD 1106/2014 de 26 de diciembre, que fija el SMI para el 2015.

⁵¹⁹ Art. 4 del RD 1106/2014 de 26 de diciembre. En el mismo sentido: GIL GIL, J.L.: "El descanso...", *op. Cit.*, pág. 618.

CAPÍTULO VIII
LAS VACACIONES



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

VIII. LAS VACACIONES.

1. Introducción y concepto. 2. Régimen jurídico. 3. Duración. 4. Devengo. 5. Cómputo de determinadas ausencias en relación al devengo. 6. Fijación y disfrute de las vacaciones. 7. Retribución. 8. Un supuesto particular: El trabajo durante las vacaciones.

1. Introducción y concepto.

Dentro del elenco de descansos establecidos por el legislador para los trabajadores por cuenta ajena, las vacaciones anuales ocupan un lugar muy destacado por su relevancia tanto cuantitativa como cualitativa. En efecto, resulta muy significativo que se trate del descanso más prolongado del que disfrutaban los trabajadores a lo largo del año (arco temporal que, en último término, estructura todo el régimen legal de la jornada de trabajo). Pero esta importancia, no dimana solamente de su extensa duración (que el ordenamiento español fija en treinta días naturales con carácter anual), o su amplio periodo de devengo; sino también de su sentido y finalidad, que la jurisprudencia identifica con la de “procurar al trabajador el reposo necesario para que pueda recuperarse del desgaste fisiológico producido por su actividad laboral, así como un tiempo de esparcimiento o desalineación”⁵²⁰. El TC, por su parte, ahonda en esta postura al entender que forma parte de la esencia de las vacaciones garantizar al trabajador el desarrollo de su personalidad del modo que considere más conveniente, quedando claro, así, que el propósito y fundamento de este derecho exceden del mero descanso fisiológico y la reposición de energías, pues negar su relevancia a nivel psíquico y personal equivaldría a reducir la persona del trabajador a un mero factor de producción⁵²¹. La doctrina científica también participa de esta lectura, al tiempo que atribuye a las vacaciones un valor social relacionado con la promoción de la convivencia familiar⁵²². Incluso, se reconoce a las vacaciones un aspecto cultural propio

⁵²⁰ STS 30/04/1996 (Rec. 3084/1995).

⁵²¹ STC 27/10/2003 (Rec.4492/2001).

⁵²² ALFONSO MELLADO, C.L., PEÑA OBIOL, S.: “Vacaciones...”, *op. Cit.*, pág. 25.

de los países desarrollados; que, a su vez, conecta con las economías modernas, en las que ciertos sectores productivos parten de la premisa de que las clases trabajadoras puedan disfrutar de estos periodos de descanso continuado y de cierta duración.⁵²³

2. Régimen jurídico.

El marco regulador de las vacaciones resulta disperso y heterogéneo. Ello se debe a que la parquedad de las normas que tienen encomendada la regulación central de esta institución (básicamente, el ET), obliga a los agentes jurídicos a acudir a otras disposiciones de distinto ámbito a fin de completar las lagunas existentes.

La piedra angular de toda la regulación de este derecho es el art. 40.2 de la CE, que encomienda a los poderes públicos garantizar “*el descanso necesario y las vacaciones periódicas retribuidas*”; referencia expresa que, sin duda, pone de relieve la importancia que los ciudadanos le atribuyen⁵²⁴.

Este mandato constitucional tiene su desarrollo y concreción en el Estatuto de los Trabajadores, que aborda el régimen jurídico de este descanso en el art. 38 ET, que lo define como *un periodo de vacaciones anuales retribuidas, no sustituible por compensación económica y cuya duración no será, en ningún caso, inferior a 30 días naturales*. Las carencias existentes en la regulación estatutaria de la materia, que se destacarán oportunamente a lo largo del presente apartado, obligan a los tribunales a acudir, con no poca asiduidad, a textos de ámbito supranacional e internacional para salvar dichas lagunas.

Es así como en materia de vacaciones adquieren una trascendencia práctica vital la Directiva Comunitaria 2003/88, relativa a determinados aspectos de la ordenación del

⁵²³ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “El derecho al disfrute efectivo de las vacaciones: de la jurisprudencia comunitaria a la regulación estatutaria”, en *Relaciones Laborales*, nº 1, enero 2014, tomo I, edición digital, pag. 2.

⁵²⁴ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “Sobre el derecho de vacaciones”, en *REDT*, nº 100, 2000, pág. 813.

tiempo de trabajo (que viene a sustituir a la Directiva 93/104/CE), y, muy especialmente, el Convenio 132 de la OIT⁵²⁵. Así pues, en el ámbito del Derecho Comunitario, encontramos la directiva 2003/88, que se encarga de establecer unas condiciones mínimas en materia de jornada y descansos para todos los Estados miembro desde la perspectiva de la seguridad y salud en el trabajo y dedica a las vacaciones su art. 7. Lo que se complementa con una trascendente labor jurisprudencial del TJCE en relación a distintos aspectos de las vacaciones, como, sirva de ejemplo paradigmático, el referido a la contemporaneidad de la maternidad o la incapacidad temporal y las vacaciones. Y, respecto al derecho supracomunitario, debe destacarse la inusitada incidencia que el Convenio 132 de la OIT ha adquirido sobre la regulación de las vacaciones en el ordenamiento español; debida a que numerosos aspectos de las vacaciones son tratados por el texto internacional con mayor nitidez y alcance que la normativa interna. Por ello, resulta relativamente frecuente que nuestros tribunales acudan al citado Convenio para paliar ciertas deficiencias del régimen expuesto en el ET⁵²⁶; aunque debe reseñarse que la operatividad de este texto internacional resulta cuestionable, pues podría incluso interpretarse que el propio Convenio 132 de la OIT reconoce su carácter dispositivo frente a la negociación colectiva en su art. 1.⁵²⁷

3. Duración.

Una de las características esenciales de las vacaciones es su duración, pues les confiere una dimensión propia y distinguida respecto al resto de descansos laborales. Como se sabe, el art. 38 ET establece que la duración de las vacaciones anuales retribuidas será

⁵²⁵ Ratificado por España el 16 de junio de 1972 y publicado en el BOE el 5 de julio de 1974.

⁵²⁶ De hecho, se llega a afirmar que el Convenio 132 es, de todos los de la OIT, el que presenta en España un mayor nivel de utilidad y el más recurrido por doctrina y jurisprudencia: GORELLI HERNÁNDEZ, J: “Elementos delimitadores del derecho a vacaciones”, en Revista de Derecho, nº65, 2014, pág. 73.

⁵²⁷ Sobre este y otros aspectos del debate sobre la operatividad del Convenio 132 de la OIT: *Ibidem*: págs. 73-74.

la pactada en convenio colectivo o en contrato individual, sin que en ningún caso pueda ésta ser inferior a treinta días naturales⁵²⁸. El texto estatutario se acomoda así a lo previsto por el Convenio 132 de la OIT y la Directiva 2003/88; superando con creces lo programado tanto por el primero (tres semanas por un año de servicios sin computar los días feriados)⁵²⁹, como por la segunda (cuatro semanas)⁵³⁰.

Por lo que se refiere a la naturaleza de esta norma que programa la duración de las vacaciones puede afirmarse, sin ningún género de dudas, que nos encontramos ante un límite mínimo de derecho necesario relativo que deberán respetar tanto la negociación colectiva como la concertación individual⁵³¹; y, por tanto, la única variación posible, ya sea en sede colectiva o individual, respecto al volumen de este descanso será su ampliación. En este sentido, debe señalarse que la mejora cuantitativa de las vacaciones puede venir de un incremento directo o indirecto⁵³² de las mismas. Así, serían mejoras directas las que consistan en un aumento de los días naturales de vacaciones (31, 32, 33...) o de su equivalente en días laborables. Y, por su parte, las mejoras indirectas consistirían en introducir reglas que, sin incidir de pleno en la duración de las vacaciones, vendrían a ampliarlas de facto. Sustraer determinado número de festivos del cómputo vacacional o permitir su disfrute en otro momento del año, así como limitar el número de días de descanso semanal que pueden ser absorbidos por las vacaciones, son algunos ejemplos de ello.

⁵²⁸ Art. 38.1 del ET: "El período de vacaciones anuales retribuidas, no sustituible por compensación económica, será el pactado en convenio colectivo o contrato individual. En ningún caso la duración será inferior a treinta días naturales."

⁵²⁹ Art. 3.3 del C. 132 de la OIT: "Las vacaciones no serán en ningún caso inferiores a tres semanas laborables por un año de servicios." Y 6.1: "Los días feriados oficiales o establecidos por la costumbre, coincidan o no con las vacaciones anuales, no se contarán como parte de las vacaciones mínimas anuales pagadas prescritas en el párrafo 3 del artículo 3 del presente Convenio."

⁵³⁰ Art. 7.1 de la Directiva 2003/88/CE: Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para 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.

⁵³¹ Así lo sostienen de manera absolutamente pacífica doctrina y jurisprudencia.

⁵³² NORES TORRES, L.E.: "Las vacaciones", en A.A.V.V. El tiempo de trabajo en la negociación colectiva, Dir. José María Goerlich Peset, Madrid (Ministerio de Trabajo e Inmigración), 2008, págs. 324 y 325.

El referido carácter de derecho necesario explica que la duración de las vacaciones goce de un cierto blindaje especial, del que da buen ejemplo la imposibilidad de reducir las vacaciones a través de una sanción disciplinaria, lo cual está expresamente prohibido por el art. 58.3 ET. No obstante, como bien subraya la doctrina⁵³³, no hay que confundir esta prohibición con la reducción de las vacaciones que se derivaría de una suspensión de empleo y sueldo. Pues lo que ocurre en este otro caso es que la existencia de un periodo no trabajado implicará, de manera mediata, una reducción proporcional en las vacaciones que se han devengado.⁵³⁴ En efecto, no parecería justo que el trabajador generase derecho a vacaciones durante un periodo en el que no prestó servicios por causas imputables a él mismo.

Respecto a la unidad de medida utilizada para fijar su duración, el ET hace referencia a “días naturales”, de suerte que los festivos y descansos semanales que quedasen comprendidos dentro del periodo de las vacaciones serían absorbidos por estas, sin que quepa su disfrute adicional o compensatorio más adelante. En relación a este punto, se ha afirmado que no cabía fijar el inicio de las vacaciones justamente en día de descanso semanal, bajo el entendimiento de que tal día de descanso semanal ya había sido devengado por el trabajo en la semana precedente y debería disfrutarse, según esta lectura, de manera independiente al periodo de vacaciones⁵³⁵. No obstante, a mi juicio, esta postura sería cuestionable. En efecto, si se observa, el hecho de que algunos trabajadores comenzasen el disfrute de sus vacaciones en un día de descanso semanal no reduciría la duración mínima prevista por el ET; por lo que el calendario laboral que así lo estableciese sería perfectamente respetuoso con la norma.⁵³⁶ Además, parece concluyente que, mientras la Directiva 2003/88/CE prohíbe explícitamente el solapamiento entre los descansos diario y semanal, nada dice sobre

⁵³³ ALFONSO MELLADO, C.L., PEÑA OBIOL, S.: “Vacaciones...”, *op. Cit.*, pág. 56.

⁵³⁴ El fenómeno de la proporcionalidad en el devengo y el disfrute de las vacaciones se expondrá detalladamente en los siguientes epígrafes de este capítulo.

⁵³⁵ ALFONSO MELLADO, C.L., PEÑA OBIOL, S.: “Vacaciones...”, *op. Cit.*, pág. 31, apoyándose en la STCT de 16/03/1988 (Ar. 126) y la SAN de 29/09/1989 (Ar. 60).

⁵³⁶ STSJ de Galicia de 21/02/2013 (Rec. 42/2012).

el conflicto que pudiese surgir entre el inicio de las vacaciones y el disfrute del descanso semanal. Lo cual da a entender que, si la voluntad del legislador comunitario hubiese sido la de establecer una regla de no solapamiento entre las vacaciones y el descanso semanal, así lo hubiese hecho; pero, como no lo hace (así como tampoco el legislador interno), debe presumirse que no existe prohibición alguna para que el inicio de las vacaciones tenga lugar en un día de descanso semanal.⁵³⁷

Para finalizar, se precisa una última aclaración sobre la duración de las vacaciones. Como se sabe, el RD 1561/1995 de jornadas especiales de trabajo recoge diversas reducciones de los descansos entre jornadas y semanal para el trabajo en distintas actividades. Pues bien, el mismo RDJ establece en su art. 2.1 la posibilidad de que, mediante acuerdo entre empresario y trabajador, y siempre y cuando existiese una previsión favorable al respecto en el convenio colectivo, los descansos compensatorios de dichas reducciones puedan acumularse para ser disfrutados de manera conjunta a las vacaciones. Sin embargo, este fenómeno no debe confundirse con un incremento real de la duración de las vacaciones, pues pese a su disfrute conjunto o sucesivo, las vacaciones y esos otros descansos compensatorios acumulados a ellas conservarán su propio, y por tanto diferenciado, régimen jurídico. Ello es así porque el art. 2.1 del RDJ no reconvierte estos descansos en días adicionales de vacaciones, sino que simplemente autoriza su acumulación y disfrute conjunto⁵³⁸.

4. Devengo.

Al regular el derecho a las vacaciones, el art. 38 del ET hace referencia a que éstas son “anuales”. El significado que quepa atribuir a dicho carácter anual representa una de las cuestiones que más problemas, tanto teóricos como prácticos, suscitan en relación a este derecho.

⁵³⁷ STSJ de Cataluña de 22/09/2011 (Rec. 2220/2011).

⁵³⁸ ALFONSO MELLADO, C.L., PEÑA OBIOL, S.: “Vacaciones...”, *op. Cit.*, pág. 39.

La normativa interna no ofrece ninguna noción de cuáles son los efectos asociados a este carácter anual, y tampoco lo hacen los otros textos de referencia en la materia (que también parten de ese principio de la anualidad de las vacaciones). Así, en términos prácticamente idénticos al ET, la Directiva 2003/88 concibe las vacaciones desde una perspectiva anual, pero sin realizar tampoco precisión alguna sobre el auténtico significado de dicho carácter anual.⁵³⁹ Por su parte, el Convenio 132 de la OIT sí arroja algo más de luz sobre el asunto al establecer que las vacaciones tendrán una duración no inferior a tres semanas *por un año de servicios*. En cualquier caso, dada la innegable parquedad de las normas implicadas a la hora de dilucidar el alcance del carácter anual de las vacaciones, resulta evidente que nos situamos ante una cuestión fuertemente discutida.

En primer lugar, podría interpretarse que el carácter anual de las vacaciones implica que éstas nacen *tras un año de servicios*, postura que se ha identificado con el término de la *postanualidad* de las vacaciones. Como se sabe, el ET establece distintos descansos a lo largo de ciclos temporales periódicos y de duración creciente (descanso diario, descanso semanal...) que se generan tras un determinado ciclo de trabajo, por lo que podría parecer lícito que, en consonancia con estos otros descansos necesarios previstos por el ET, las vacaciones se generasen solamente una vez se hubiese alcanzado el punto de desgaste (fruto del esfuerzo y trabajo continuados) para cuya recuperación se destinan las vacaciones. Eso sí, dado que en nuestro ordenamiento la duración de las vacaciones es de treinta días naturales, el periodo de trabajo previo al nacimiento del derecho sería de once meses⁵⁴⁰. En cualquier caso, esta primera postura es la que ostenta menor predicamento entre la doctrina científica y los

⁵³⁹ En este sentido se ha afirmado que la regulación del derecho a vacaciones en la Directiva 2003/88/CE es exigua e insuficiente: RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “De nuevo sobre el derecho a vacaciones y el impacto de la Directiva 2003/88/CE”, en *Relaciones Laborales*, nº7/8, Julio-Agosto 2013, Tomo I, edición digital, pág. 1.

⁵⁴⁰ De esta forma el derecho se devenga a razón de 2,72 días de vacaciones por mes trabajado, ya que el cálculo correcto consiste en dividir los 30 días de vacaciones entre los 11 meses que se trabajan a lo largo del año. Téngase en cuenta que la relación de once meses trabajados por uno de vacaciones es constante en cualquiera de las tres teorías expuestas. Para mayores precisiones sobre las reglas del cálculo, véase: SEMPERE NAVARRO, A.V., CHARRO BAENA, P.: “Las Vacaciones Laborales”, Cizur Menor (Navarra), (Aranzadi), 2003, pág.62.

tribunales, siendo las dos siguientes teorías, *intranualidad* e *interanualidad*, las que mayor aceptación reciben⁵⁴¹.

Ambas posturas parten de la base de que el carácter anual de las vacaciones implica que éstas se devengarán aunque no se haya completado, todavía, un año de prestación de servicios, pero así se prevea que va a suceder. Así, desde la denominada teoría de la *intranualidad* se entiende que las vacaciones no solo se devengan por un año de servicios ya completados, sino también por un año de servicios que *previsiblemente se fuese a completar*. Por tanto, según esta lectura, sería posible llevar a cabo una ficción jurídica, según la cual el trabajador disfrutaría de manera acumulada del descanso ya devengado durante el año en curso y el que presumiblemente devengará antes de que éste finalice.

Por su parte, la teoría de la *interanualidad* se mantiene perfectamente paralela a la tesis anterior, salvo que recoge la posibilidad de que ese cálculo ficticio no se tenga que realizar necesariamente sobre los servicios que prestará el trabajador dentro de un año civil, sino que puede llevarse a cabo computando un periodo cualquiera de doce meses fijados previamente para el devengo del derecho. Así, el periodo de cálculo podría invadir parcialmente dos años civiles consecutivos. En este punto, la corriente de la *interanualidad* encuentra un soporte muy sólido en el art. 4.2 del Convenio 132 de la OIT, que clarifica que la expresión “año” significa año civil o cualquier otro periodo de la misma duración, determinado en cada país por la autoridad competente o por el organismo apropiado. Desde luego, parece que la negociación colectiva debe tenerse por organismo apropiado a estos efectos⁵⁴², de manera que es perfectamente asumible que el convenio colectivo aplicable establezca un periodo de devengo para las vacaciones que, conservando el carácter anual, “invada” parcialmente dos años civiles consecutivos.

⁵⁴¹ Entre otros: ALFONSO MELLADO, C.L., PEÑA OBIOL, S.: “Vacaciones”, *op. Cit.*, págs. 25-29. Y NORES TORRES, L.E.: “Las vacaciones”, *op. Cit.*, pág. 326, con apoyo en la STS 17/09/2002 (Rec. 4255/2001).

⁵⁴² STS 21/01/1992 (Rec. 792/1991). NORES TORRES, L.E.: *ibidem*, pág. 326; GARCÍA ORTEGA, J.: “Nacimiento, duración y disfrute del derecho a vacaciones”, en *Tribuna Social*, nº38, pág. 9.

Se ha objetado, con respecto a la teoría de la *interanualidad* (así como, también, la de la *intranualidad*) que su aplicación supondría conceder por adelantado al trabajador un derecho que todavía no habría generado. Ello obstante, como se sabe, son sobradas las razones que conducen a considerar que es éste el planteamiento más acertado en relación al devengo del derecho a las vacaciones.

En este sentido, debe señalarse, en primer lugar, que la propia normativa⁵⁴³ contempla que los trabajadores tendrán derecho a disfrutar de las vacaciones de manera proporcional a la duración de sus servicios cuando éstos fuesen inferiores al año, argumento que lleva a la doctrina científica y judicial a sostener que el nacimiento del derecho a las vacaciones no está condicionado de una manera absoluta a que esos servicios hayan tenido una duración anual.⁵⁴⁴ Además, debe observarse que esa posible crítica a la concesión anticipada de las vacaciones se diluye en cuanto se observa la estructura general de todo el sinalagma contractual, donde los servicios prestados por el trabajador solo se le retribuyen de forma periódica y diferida⁵⁴⁵. Por tanto, si resulta asumible que el trabajador adelante un trabajo que solamente se verá compensado al finalizar el periodo fijado para el cobro del salario (habitualmente el mes), no debiera haber problemas en admitir que el empresario adelante la retribución de unas vacaciones que, todavía, no se han devengado completamente. Ni siquiera habría problemas en el caso de que, finalmente, el trabajador no cumpliera con la previsión de servicios que se había hecho para ese año en cuestión (porque tras disfrutar la totalidad de las vacaciones, la relación se extinguiese antes de la conclusión de ese año), pues sería posible deducir del importe de la liquidación final la parte proporcional a aquéllas vacaciones retribuidas que, finalmente, no se devengaron; lo cual representaría una suerte de compensación económica al empresario por un

⁵⁴³ Art. 4.1 del Convenio 132 de la OIT.

⁵⁴⁴ ALFONSO MELLADO, C.L., PEÑA OBIOL, S.: “Vacaciones”, *op. Cit.*, págs. 25-29. Y NORES TORRES, L.E.: “Las vacaciones”, *op. Cit.*, pág. 326, con apoyo en la STS 17/09/2002 (Rec. 4255/2001).

⁵⁴⁵ SEMPERE NAVARRO, A.V., CHARRO BAENA, P.: “Las Vacaciones...”, *op. Cit.*, pág. 64.

disfrute indebido, o exagerado, de las vacaciones retribuidas por parte del trabajador⁵⁴⁶.

Pero, a pesar de la solvencia de todos los argumentos anteriores, el elemento fundamental que, en mi opinión, permite afirmar que las vacaciones se devengan no solamente tras un año de servicios, sino también cuando *previsiblemente* se fuese a completar ese periodo de trabajo, reside en las fuertes garantías y protecciones que rodean a este derecho.⁵⁴⁷ En efecto, si se observa, el verdadero problema de la tesis de la *postanualidad* guarda relación con el escenario que se abriría ante los trabajadores que, por haber ingresado recientemente en la empresa, aun no hubiesen cumplido el año completo de servicios y, por tanto (según esta tesis de la *postanualidad*), no pudiesen disfrutar de las vacaciones en el periodo previsto por el calendario laboral para el común de los trabajadores. Sin duda, considero que seguir este criterio podría originar, en este punto, no pocos abusos e irregularidades empresariales. Por ello, considero que resulta mucho más adecuado, de acuerdo a esa tónica protectora y garantista de la que goza el derecho a las vacaciones⁵⁴⁸, guiarse por el criterio de la *interanualidad* y, así, equiparar a efectos de disfrute de las vacaciones a aquellos trabajadores que ya hubiesen prestado servicios durante un año completo y a aquellos otros que, pese a no haberlo hecho todavía, sí se previese que lo fueran a hacer.

Una importante cuestión que debe subrayarse es que (tal y como se ha mencionado en uno de los argumentos a favor de la tesis de la *interanualidad*), pese a que el periodo para el devengo de las vacaciones sea de once meses, nada obsta a que, en caso de que la prestación de servicios sea inferior, no se deba disfrutar de la parte

⁵⁴⁶ SEMPERE NAVARRO, A.V., CHARRO BAENA, P.: "Las Vacaciones...", *op. Cit.*, pág. 64; ALFONSO MELLADO, C.L., PEÑA OBIOL, S.: "Vacaciones...", *op. Cit.*, pág. 28; GARCÍA ORTEGA, J.: "Nacimiento...", *op. Cit.*, pág. 10; NORES TORRES, L.E.: "Las vacaciones", *op. Cit.*, pág. 327.

⁵⁴⁷ En un sentido similar: ALFONSO MELLADO, C.L., PEÑA OBIOL, S.: "Vacaciones", *op. Cit.*, pág. 26.

⁵⁴⁸ Como se ha visto y se verá a lo largo del presente capítulo, las vacaciones gozan de protección expresa en la CE, no se ven minorados por el ejercicio de la huelga legal (a diferencia del resto de descansos necesarios), pueden ser disfrutadas extemporáneamente cuando coincidan con una suspensión del contrato de trabajo por maternidad o incapacidad temporal, así como un largo etcétera de reconocimientos y garantías que hacen de las vacaciones un descanso extraordinariamente protegido, tanto en la legislación nacional como en la comunitaria e, incluso, internacional.

proporcional que corresponda. En efecto, como se sabe, el art. 4.1 del Convenio 132 de la OIT⁵⁴⁹ reconoce expresamente a los trabajadores el derecho a disfrutar de las vacaciones de manera proporcional a la duración de sus servicios cuando éstos fuesen inferiores al año. De esa forma, los contratados temporales por periodos inferiores al año, así como quienes viesan extinguida su relación antes de la conclusión de dicho periodo, podrán disfrutar de las vacaciones en la proporción que corresponda a los servicios prestados (o que previsiblemente se fuesen a prestar) durante el año en curso.⁵⁵⁰

Respecto a los trabajadores que devengaron vacaciones sólo de manera proporcional por haber prestado servicios durante menos de un año, es interesante preguntarse qué sucedería cuando la empresa cesase totalmente en su actividad durante el disfrute generalizado de las vacaciones por parte del común de sus empleados. Como puede imaginarse, nos hallaríamos ante la tesitura de conceder la totalidad del derecho a unos trabajadores que sólo lo han devengado proporcionalmente, o bien buscar la manera de emplearles en alguna tarea mientras el resto de la plantilla siguiese de vacaciones (solución, desde luego, muy poco viable). Pues bien, la doctrina científica ha tratado esta cuestión ofreciendo distintas alternativas. En primer lugar, cabe entender que si la empresa cesa plenamente en su actividad nos encontraríamos ante un supuesto subsumible en el art. 30 ET, según el cual el empresario debería proceder al pago de los salarios a pesar de que no existiese la correlativa prestación de servicios; ya que ese cierre total durante el periodo vacacional no sería, en ningún caso, imputable al trabajador, pero sí cabría entender, en cambio, que el hecho de cerrar la empresa en periodo vacacional responde a una conveniencia de tipo organizativo. Y además, la interpretación contraria llevaría al absurdo de impedir la ocupación del

⁵⁴⁹ Es interesante destacar que es en la etapa evolutiva de la institución vacacional que abarca desde 1970 hasta nuestro días donde se consagra esta posibilidad de disfrutar de las vacaciones en la proporción devengada, ya que, hasta ese entonces, se exigía una prestación de servicios ininterrumpida de un año, para así evitar que el empresario retribuyese ese periodo vacacional hasta que no hubiese aprovechado mínimamente los servicios del trabajador: SEMPERE NAVARRO, A.V., CHARRO BAENA, P.: “Las Vacaciones... *op. Cit.*, págs. 21-30.

⁵⁵⁰ En el mismo sentido: SEMPERE NAVARRO, A.V., CHARRO BAENA, P.: “Las Vacaciones...”, *op. Cit.*, pág. 100; CABEZA PEREIRO, J.[et al.]: “La ordenación...”, *op. Cit.*, pág. 143.

trabajador sin garantizarle retribución alguna⁵⁵¹. Otra posible respuesta jurídica al problema vendría dada por el art. 47 ET, ya que sería viable que el empresario acudiese a una suspensión contractual por causas organizativas⁵⁵².

A estas dos vías de respuesta al problema planteado cabría añadir una tercera solución que, en mi opinión resultaría más satisfactoria que las anteriores. Dicha solución consistiría, concretamente, que en el convenio colectivo, o en su defecto en un acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se programase la recuperación de las horas dejadas de trabajar por ese disfrute “excesivo” de vacaciones mediante una distribución irregular de la jornada anual, en virtud del art. 34.2 del ET, para esos trabajadores en particular. Ello, claro está, respetando los límites de descansos entre jornadas y semanal, y siempre que las características productivas de la empresa lo permitiesen. A través de esta opción, los trabajadores recuperarían las horas de vacaciones “retribuidas en exceso” con otras horas de trabajo adicional a lo largo del año en curso; lo que permitiría a la empresa cesar totalmente en su actividad durante las vacaciones, cuando su disfrute estuviese fijado de manera simultánea para toda la plantilla, sin necesidad de romper el sinalagma contractual a través del recurso al art. 30 ET ni verse, tampoco, obligada a suspender los contratos por vía del art. 47 ET.

Para finalizar, cabe plantearse si es posible exigir un periodo mínimo de prestación de servicios a lo largo del año correspondiente para poder disfrutar de las vacaciones, siquiera de manera proporcional. Al respecto, el art. 5 del Convenio 132 de la OIT prevé que será posible exigir un periodo mínimo de servicios para tener derecho a vacaciones anuales pagadas, si bien ese periodo mínimo, fijado por la autoridad competente, no podrá exceder de los seis meses. Por tanto, parece que el convenio colectivo podría contemplar esta previsión, como de hecho así sucede en la negociación colectiva en nuestro país⁵⁵³. Sin embargo, existe un importante sector

⁵⁵¹ GARCÍA ORTEGA, J.: “Nacimiento...”, *op. Cit.*, pág. 12.

⁵⁵² ALFONSO MELLADO, C.L., PEÑA OBIOL, S.: “Vacaciones...”, *op. Cit.*, pág. 32.

⁵⁵³ NORES TORRES, L.E.: “Las vacaciones”, *op. Cit.*, pág. 327.

doctrinal que entiende que no es admisible adoptar una medida de ese tipo, ya que la posibilidad contemplada por el Convenio 132 de la OIT no ha sido trasladada a nuestra legislación⁵⁵⁴ y el derecho a vacaciones surge por el simple hecho de desarrollar una prestación de trabajo, por lo que no deben establecerse limitaciones al mismo⁵⁵⁵. Además, el TJCE se ha posicionado sobre el particular, cerrando la puerta a que ello ocurra en su STJCE de 26 de junio de 2001 (Asunto C-173/99 *The Queen contra Secretary of State for Trade and Industry*); que se pronuncia en contra del ordenamiento interno de Reino Unido, que exigía trece semanas de prestación ininterrumpida para que los trabajadores accediesen al derecho a vacaciones. En la citada sentencia se considera que las vacaciones constituyen “un principio del Derecho social comunitario de especial importancia, respecto al cual no pueden establecerse excepciones”, y que el Art. 7 de la 93/104/CE sobre ordenación del tiempo de trabajo⁵⁵⁶ “no permite que un Estado miembro adopte una normativa nacional con arreglo a la cual un trabajador no comience a adquirir el derecho a vacaciones anuales retribuidas hasta que haya realizado un período mínimo de empleo ininterrumpido con el mismo empresario”.

Hasta aquí se ha expuesto el régimen de devengo del derecho a las vacaciones de los trabajadores contratados a jornada completa, por lo que es menester, antes de concluir este apartado, referirse caso particular de los trabajadores a tiempo parcial. Como se sabe, el art. 12.4 d) del ET establece que la regla general será la de que los trabajadores a tiempo parcial disfrutará de los distintos derechos laborales en igualdad de condiciones a los trabajadores a tiempo completo; y solo excepcionalmente, cuando así corresponda en atención a la naturaleza de los derechos en cuestión, los disfrutará de manera proporcional a su jornada. Pues bien, sobre este punto hay que destacar que el derecho a las vacaciones surge de una prestación de servicios prolongada a lo largo de todo un año, no de la intensidad con que se presten

⁵⁵⁴ SEMPERE NAVARRO, A.V., CHARRO BAENA, P.: “Las Vacaciones...”, *op. Cit.*, pág. 827.

⁵⁵⁵ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “El derecho...”, *op. Cit.*, pág. 4.

⁵⁵⁶ En la vigente Directiva 2003/88/CE, que sustituye a la 93/104/CE, el Artículo en cuestión sigue siendo el 7.

esos servicios; y es por ello que se afirma que el elemento que determina el devengo de las vacaciones es la duración de la relación laboral, es decir, el tiempo transcurrido entre el nacimiento y la extinción de la misma.⁵⁵⁷ Por ello, dado que la duración de la relación laboral nada tiene que ver con la jornada de trabajo desarrollada durante el transcurso de la misma, considero que no habría ninguna justificación para aplicar la regla del disfrute proporcional; de modo que lo que los trabajadores a tiempo parcial disfrutarán íntegramente de los treinta días de vacaciones anuales.⁵⁵⁸ Además, el discurso se mantiene absolutamente idéntico ya hablemos de trabajo a tiempo parcial *horizontal* o de trabajo a tiempo parcial *vertical*⁵⁵⁹; pues (del mismo modo que sucedería con un trabajador a tiempo completo cuya jornada irregular implicase no trabajar absolutamente nada durante determinados momentos del año) los periodos de no prestación de servicios de los trabajadores fijos-periódicos o fijos-discontinuos no se consideran técnicamente una interrupción de la prestación laboral.⁵⁶⁰

5. Cómputo de determinadas ausencias en relación al devengo.

Para determinar la duración de las vacaciones habrá de estarse al tiempo trabajado, concepto al que se asimilan determinadas ausencias que también resultarán computables de cara al devengo del derecho. Al efecto, el art. 5.3 del Convenio 132 de la OIT establece que “la manera de calcular el periodo de servicios a los efectos del derecho a vacaciones será determinada en cada país por la autoridad competente o por el Organismo apropiado”. La falta de desarrollo de esta materia en el ET, de un modo integral y sistemático, obliga a dilucidar la cuestión mediante el recurso a la

⁵⁵⁷ En un sentido similar: BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: “El derecho a las vacaciones anuales retribuidas”, Comares (Granada), 2002, pág. 157.

⁵⁵⁸ En el mismo sentido: EZQUERRA ESCUDERO, L.: “Tiempo...”, *op. Cit.*, pág. 321.

⁵⁵⁹ Esto es, ya se trate de una jornada de trabajo diaria inferior a la de un trabajador a tiempo completo comparable durante cada uno de los días del año o de que, en cambio, se trabaje el mismo número de horas al día, pero solamente durante unos días o periodos concretos del año.

⁵⁶⁰ SEMPERE NAVARRO, A.V., CHARRO BAENA, P.: “Las Vacaciones...”, *op. Cit.*, págs. 101-102.

normativa indirectamente conexas y al análisis doctrinal y jurisprudencial de aquéllos supuestos específicos que presentan una mayor problemática.

En este sentido, ha de tenerse en cuenta, como punto de partida, la regla general contenida en el art. 5.4 del citado Convenio, en la que, como se sabe, se dispone que “... las ausencias del trabajo por motivos independientes de la voluntad de la persona interesada... serán contadas como parte del periodo de servicios”⁵⁶¹. No hace falta decir que, sobre esta regla general, cabrán diferentes matices, de manera que se examinará de forma particularizada para cada caso el cómputo o la exclusión de las principales ausencias del trabajador de cara al devengo de las vacaciones. Es menester, eso sí, aclarar que, aunque determinadas ausencias se asimilen al trabajo efectivo de cara al devengo de las vacaciones, ello no implica que éstas puedan generar el derecho por sí solas; pues será necesario para poder disfrutar de las vacaciones que durante el año de devengo se hayan prestado servicios de manera efectiva, al menos, en cierta medida⁵⁶². En efecto, resulta obvio que, cuando no haya habido ningún trabajo efectivo en absoluto durante el periodo de tiempo fijado para el devengo de las vacaciones, no se habrá cumplido el presupuesto para el disfrute del descanso, esto es, un desgaste físico y psíquico derivado de la prestación de servicios⁵⁶³; y, por tanto, no cabrá siquiera plantearse la génesis del derecho.

a) Los descansos computables como tiempo de trabajo efectivo.

Como se sabe, de cara al devengo de las vacaciones se tiene en cuenta no sólo el trabajo efectivo, sino también aquellos descansos asimilables. Por tanto, generan

⁵⁶¹ Art. 5.4 Convenio 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 periodo de servicios.

⁵⁶² En tal sentido: CABEZA PEREIRO, J.[et al.]: “La ordenación...” *op. Cit.*, pág. 143; SEMPERE NAVARRO, A.V., CHARRO BAENA, P.: “Las Vacaciones...” *op. Cit.*, pág. 70; ALFONSO MELLADO, C.L., PEÑA OBIOL, S.: “Vacaciones...” *op. Cit.*, pág. 37.

⁵⁶³ STS 13/02/1997 (Rec. 3265/1996).

derecho a vacaciones anuales retribuidas el descanso semanal y los días festivos (art. 37.1 y 2 ET). Por su parte, se admite igualmente la inocuidad respecto al devengo vacacional de todas aquellas situaciones en las que la falta de prestación de servicios del trabajador viene justificada, precisamente, por una previsión legal. Es el caso de los permisos del art. 37.3 ET, del tiempo invertido en formación sobre salud laboral (art. 19.4 ET), permisos por exámenes (art. 23.1 ET), así como el tiempo invertido en su adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo (art. 23 d) ET) y en la formación profesional para el empleo (23.3 ET), la pausa por lactancia (art. 37.4 ET) y el crédito de horas de los representantes unitarios (art. 68 e) ET), sindicales (art. 13 LOLS) o de quienes formen parte de comisiones negociadoras de convenios (art. 9.2 LOLS)⁵⁶⁴. En todos estos casos, se aprecia que la consideración de una ausencia o descanso como “retribuido” implica una suerte de equiparación al trabajo efectivo y, por ende, su cómputo de cara al devengo vacacional⁵⁶⁵.

b) Ausencias al trabajo imputables al empresario.

Parece igualmente fuera de toda discusión que el tiempo de una interrupción del trabajo imputable al empresario no podrá suponer, en coherencia con lo dispuesto en el art. 30 del ET, una merma del devengo vacacional⁵⁶⁶. Ahora bien, al respecto es conveniente atender a la perspectiva que ofrece la notable sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1996 (Rec. 3084/1995)⁵⁶⁷. En ella, se trata de dilucidar la cuestión de si, tras un permiso retribuido de prolongada duración (entre tres y seis meses) concedido unilateralmente por la empresa a los trabajadores, cabe, a la extinción del contrato previa al disfrute efectivo de las vacaciones, su compensación económica en proporción al tiempo ya trabajado durante ese año de devengo. Pues

⁵⁶⁴ SEMPERE NAVARRO, A.V., CHARRO BAENA, P.: “Las Vacaciones...” *op. Cit.*, pág. 71.

⁵⁶⁵ ALFONSO MELLADO, C.L., PEÑA OBIOL, S.: “Vacaciones...”, *op. Cit.*, pág. 34.

⁵⁶⁶ En este sentido: ALFONSO MELLADO, C.L., PEÑA OBIOL, S.: *Ibidem*, pág. 33.

⁵⁶⁷ Ratificada, posteriormente, por la STS de 13/02/1997 (Rec. 3265/1996).

bien, el TS entiende que “tan dilatado período de descanso retribuido, aun no coincidente con el período previsto para las vacaciones anuales, ha de entenderse, sin embargo, que lo sustituyó, pues no parece razonable que se sume otro período de descanso, carente ya de su finalidad propia, en tanto que ampliamente lograda con el ya disfrutado, con la aquiescencia de los trabajadores”, ya que “lo dispuesto por el artículo 30 del Estatuto de los Trabajadores no desvirtúa la conclusión antes sentada, pues su mandato lo que garantiza es que la falta de prestación de servicios por causa imputable al empresario y no al trabajador, manteniendo éste, por tanto, su puesta a disposición y voluntad de cumplirlos, no perjudica el derecho al salario”, pero “el precepto citado no establece que la concesión de un permiso retribuido que alcanzara tan dilatada duración sea compatible con el posterior disfrute del período de vacaciones o con su compensación económica, de haberse extinguido el contrato”. Por tanto, queda reflejado que, si bien en principio la falta de prestación de servicios imputable al empresario no repercute negativamente en la duración de las vacaciones, un permiso retribuido, que por su duración compensase claramente las vacaciones y cuente con la aquiescencia de los trabajadores, vendrá a sustituirlas.

c) Huelga y cierre patronal.

El ejercicio del derecho a la huelga por parte de los trabajadores y su relación con el devengo de las vacaciones es, igualmente, de destacado interés. Hay que partir de la base de que la huelga legal, en tanto que constituye el ejercicio de un derecho fundamental previsto por la CE (Art. 28.2), no puede repercutir negativamente en el devengo del derecho a vacaciones; idea ésta que se ha dado a conocer como “intangibilidad” o “inmutabilidad” de las vacaciones a la huelga. Llama la atención que esta intangibilidad no alcance, en cambio, a proteger al descanso semanal; pero esta diferencia de trato parece justificarse, al hilo de los razonamientos expuestos el Tribunal Constitucional en su Auto 323/1991, de 28 de octubre, en la “autonomía que las vacaciones exhiben en el art. 40.2 de la Constitución”.

En este sentido, comparto los diversos argumentos ofrecidos, sobre todo por la jurisprudencia⁵⁶⁸, para sustentar esta postura. En primer lugar, se aduce la imposibilidad de sancionar el ejercicio de un derecho fundamental, como es la huelga. También se esgrime que el ejercicio de la huelga no hace desaparecer el sentido reparador de las vacaciones, ya que ésta acarrea una fatiga psíquica. Otro argumento que justifica la intangibilidad de las vacaciones frente a la huelga es que un derecho colectivo, como éste, si bien supone una decisión individual en último caso, no puede equipararse sin más a la cesación voluntaria en el trabajo por intervenir factores como la disciplina sindical y la solidaridad de intereses entre trabajadores. Por último y quizá con todavía mayor solidez, se sostiene que el ejercicio del derecho a la huelga deja en vigor parte del entramado de la relación laboral, permitiendo la génesis del derecho al descanso vacacional⁵⁶⁹.

Sin embargo, también es cierto que existe cierto sector doctrinal que pone en duda esta tesis mayoritaria⁵⁷⁰. En cualquier caso, debe quedar claro que aquella huelga que no produce minoración en la duración y retribución de las vacaciones es la legal, ya que la huelga ejercida fuera de los parámetros establecidos por la ley (principalmente el RDL 17/1977 sobre relaciones de trabajo) supondrá una ausencia injustificada del trabajador que, por tanto, sí reducirá el derecho a vacaciones en la proporción pertinente. Por otra parte, es preciso distinguir este fenómeno de una sanción consistente en una reducción de las vacaciones (prohibida por el art. 58.3 ET). En realidad, lo que sucede en el caso de la huelga ilegal es que nos enfrentamos a una ausencia voluntaria del trabajador y que no encuentra un amparo legal; por lo que, en

⁵⁶⁸ La STS 11/10/1994 (Rec. 190/1994) resume la doctrina de la Sala en relación a los conceptos retributivos que deben descontarse por el ejercicio de cada día de huelga, entre los que se encuentra excluida de tal descuento la parte proporcional de las vacaciones. En este mismo sentido: SSTs de 26/05/1992 (Rec. 1244/1991), de 22/01/1993 (Rec. 32/1992), de 24/01/1994 (Rec. 2653/1992) y de 18/04/1994 (Rec. 2555/1993).

⁵⁶⁹ SEMPERE NAVARRO, A.V., CHARRO BAENA, P.: "Las Vacaciones...", *op. Cit.*, pág. 85, con apoyo en la STCT de 12/03/1980 (RTCT 1952/1980).

⁵⁷⁰ GARCÍA ORTEGA, J.: "Nacimiento...", *op. Cit.*, pág. 15; RODRIGUEZ SAÑUDO, F.: "La duración de las vacaciones, problemas de aplicación del artículo 38.1 del Estatuto de los Trabajadores" en AL, nº28, 1990, pág. 328.

términos del art. 5.4 del Convenio 132 de la OIT, no podría ser “contada como parte del periodo de servicios” en relación al devengo del derecho⁵⁷¹; y, de esta forma, no cabría hablar en este caso de una merma punitiva de las vacaciones.

Respecto al cierre patronal, en tanto en cuanto el art. 12.2 del RDL 17/1977 equipara sus efectos a los de la huelga, debe otorgársele las mismas consecuencias que a esta en relación al devengo de las vacaciones. Así, en principio, el cierre patronal no debe producir merma en la duración de las vacaciones⁵⁷². No obstante, debe aclararse que, por lo dicho anteriormente, el cierre patronal ejercido legalmente y en respuesta a una huelga ilegal sí conllevaría la consiguiente reducción de las vacaciones; mas no por las consecuencias intrínsecas a aquél sino por el carácter ilícito de ésta, de acuerdo a lo ya analizado anteriormente.

d) Suspensiones del contrato de trabajo.

Antes de nada, debe resaltarse que en este apartado se abordará la cuestión de qué naturaleza debe conferirse a las suspensiones por maternidad, paternidad, adopción e incapacidad temporal en relación al devengo del derecho a las vacaciones. Por tanto, dicho análisis no debe confundirse con el que se abordará más adelante sobre el supuesto de que dichas suspensiones y el disfrute de las vacaciones coincidan en el tiempo.

Como se sabe, el art. 45.2 del ET establece que la suspensión del contrato de trabajo exonera a las partes de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo; lo que, a *sensu contrario*, implica que otros aspectos de la relación laboral se mantienen operativos. Por ello, cabe preguntarse si, durante las suspensiones

⁵⁷¹ En el mismo sentido: SEMPERE NAVARRO, A.V., CHARRO BAENA, P.: “Las Vacaciones...”, *op. Cit.*, pág. 90. “...lo que no se ha devengado es imposible de reducir.”; GARCÍA ORTEGA, J.: “Nacimiento...”, *op. Cit.*, pág. 15.

⁵⁷² Así lo sostiene mayoritariamente la doctrina. En contrario: GARCÍA ORTEGA, J.: “Nacimiento...”, *op. Cit.*, pág. 16.

contractuales, se devenga, o no, el derecho a las vacaciones anuales. Pues bien, esta compleja cuestión deberá resolverse individualizadamente para cada una de las distintas suspensiones del contrato de trabajo; ya que, a este respecto, cabe establecer diferencias entre los distintos supuestos que integran esta institución. Así, las suspensiones originadas en el mutuo acuerdo de las partes (art. 45.1 a) ET) deberán sujetarse, obviamente, a lo recogido en el propio pacto sobre el cómputo de ese periodo de cara al devengo de las vacaciones. En caso de que el acuerdo guarde silencio al respecto, habrá que entender que la suspensión no se tomará en cuenta para el devengo vacacional; pues una interpretación *a sensu contrario* del art. 5.4 del Convenio 132 de la OIT, arroja la conclusión de que, al tratarse ésta de una ausencia voluntaria del trabajador, no será contada como periodo de servicios. El mismo análisis es aplicable al caso de la excedencia voluntaria ex. art. 46.5 ET, donde además no hay suspensión como tal, sino un mero derecho preferente de reingreso en las vacantes de igual o similar categoría.

Por su parte, las suspensiones de empleo y sueldo derivadas del ejercicio del poder disciplinario del empresario deben producir una merma proporcional en el disfrute de las vacaciones. Es importante reiterar, una vez más, que dicha merma vacacional no es en sí parte de la sanción impuesta al trabajador, lo cual, tal y como se dijo anteriormente, viene prohibido por el art. 58.3 del ET; sino que es consecuencia directa de una ausencia del trabajador no excusable por vía del art. 5.4 del Convenio 132 de la OIT, ya que su origen último estaría en un incumplimiento culpable del trabajador. No obstante, en caso de que tras impugnar la sanción el tribunal la revocara, ese tiempo pasaría a computar de cara al devengo de las vacaciones por tratarse de una ausencia totalmente ajena a la voluntad del trabajador⁵⁷³.

Especialmente relevante es el caso de las suspensiones del contrato de trabajo por fuerza mayor o por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, (supuestos, todos ellos, absolutamente análogos en relación a su cómputo para el devengo de las vacaciones). Parece evidente que, durante el transcurso de estas

⁵⁷³ SEMPERE NAVARRO, A.V., CHARRO BAENA, P.: "Las Vacaciones..." *op. Cit.*, pág. 92.

vicisitudes, el trabajador no sólo no se fatiga ni física ni psíquicamente, sino que podrá disponer de su tiempo con entera libertad, pues no presta servicio alguno. Y es, por ello, que considero que, durante tales periodos, no concurrirían las causas que, a *posteriori*, motivan el disfrute del descanso vacacional.⁵⁷⁴ Así, resulta del todo lógico que estas situaciones supongan el no nacimiento del derecho a vacaciones o, en su caso, la disminución proporcional correspondiente en su duración⁵⁷⁵. Ciertamente, podría argumentarse, en contra de esta interpretación, que, dado que no se trata de una ausencia imputable al trabajador, resultaría inadecuado provocar una merma en sus derechos. Lo que ocurre es que, en este caso, nos hallaríamos ante una ausencia no imputable tampoco al empresario; y, ya que no concurren las causas que motivan el disfrute de las vacaciones, resultaría del todo injusto cargarle con el pago correspondiente a ese periodo de asueto del trabajador.

Todo ello no obstante, como se sabe, el art. 47.2 del ET también permite la posibilidad de reducir la jornada diaria sin que se produzca una minoración del total de días trabajados. Pues bien, si ese es el caso, no cabría la reducción proporcional del derecho vacacional; ya que, a este respecto, se trataría de un supuesto equiparable al trabajo a tiempo parcial⁵⁷⁶. De este modo, el efecto de una reducción de la jornada diaria sobre las vacaciones será meramente cualitativo; esto es, minorará la

⁵⁷⁴ En el mismo sentido, entre otros: SEMPERE NAVARRO, A.V., CHARRO BAENA, P.: *ibidem*, págs. 92-94; ALFONSO MELLADO, C.L., PEÑA OBIOL, S.: “Vacaciones...” *op. Cit.*, pág. 34; GARCÍA ORTEGA, J.: “Nacimiento...” *op. Cit.*, pág. 12.

⁵⁷⁵ STSJ Madrid 26/02/1990 (Rec. 713/1988): El art. 5.4 del Convenio 132 OIT “...no puede ser interpretado en un sentido excesivamente amplio, impreciso o irreflexivo, sino que, ha de buscarse su verdadero significado sobre la base del propio concepto y esencia de las vacaciones anuales, cuya razón de ser no es otra que el otorgar al trabajador un período de descanso que le sirva de compensación y reparación del desgaste y esfuerzos físicos (y psíquicos) que le causan la realización de sus actividades laborales a lo largo de todo el año. Así pues, en principio, las vacaciones se establecen en función del trabajo efectivamente realizado por lo que si este no tuvo lugar en todo o en parte del año no nace el derecho a disfrutarlas o disminuye su duración en la proporción correspondiente sin que en las excepciones a la regla general contenidas en el art. 5.º 4 del citado Convenio de la Organización Internacional del Trabajo que en principio habla genéricamente de «ausencias al trabajo por motivos independientes de la voluntad de la persona interesada» para aludir luego expresamente a los casos de «enfermedad, accidente o maternidad», puedan incluirse los supuestos de expediente de crisis, por tratarse de motivos y supuestos distintos, ya que la actividad laboral no está mermada como en los otros casos citados...”

⁵⁷⁶ GARCÍA ORTEGA, J.: “Nacimiento...” *op. Cit.*, pág. 12.

retribución percibida durante las vacaciones⁵⁷⁷, pero no la extensión temporal del descanso, que se mantendrá incólume.

Por su parte, las suspensiones del contrato de trabajo derivadas de la maternidad y la incapacidad temporal presentan la particularidad de que el propio art. 5.4 del Convenio 132 de la OIT las nombra *ad exemplum* cuando dispone que las ausencias del trabajo por motivos independientes de la voluntad de la persona interesada computarán de cara al devengo de las vacaciones. En consonancia a lo previsto en dicho Convenio de la OIT, doctrina y jurisprudencia asimilan estos periodos a tiempo de trabajo efectivo en relación al devengo de las vacaciones, no pudiéndose minorar éstas proporcionalmente⁵⁷⁸. El argumento que verdaderamente subyace a esta postura es que durante el transcurso de estas situaciones, pese a no prestarse trabajo efectivo, las circunstancias concurrentes no permiten que el trabajador disfrute de su derecho a las vacaciones en los términos pretendidos por la Ley; lo cual justifica, a mi entender, esta diferencia de trato entre las suspensiones del contrato por causa de fuerza mayor o por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y estas otras suspensiones por maternidad o incapacidad temporal; durante las que, en cambio, no se genera derecho a vacaciones. No obstante, es cierto que existen voces, críticas al respecto, que no comparten la anterior solución al entender que, a falta de desarrollo en la legislación estatal, el artículo 5.4 del Convenio 132 de la OIT carece de aplicabilidad directa ya que no es *self-executing*⁵⁷⁹.

En mi opinión, la suspensión del contrato de trabajo por paternidad ex art. 48.7 ET debe compartir el análisis hecho para la maternidad y la incapacidad temporal. Si atendemos a que, tras la reforma efectuada por ley 3/2012 en el art. 38.3 del ET, la suspensión por paternidad queda equiparada a la de maternidad respecto al disfrute de las vacaciones, cuando ambas situaciones coincidan en el tiempo, parece más que lógico que ambas suspensiones del contrato de trabajo compartan también el régimen

⁵⁷⁷ Sobre el cálculo de esta minoración: EZQUERRA ESCUDERO, L.: "Tiempo...", *op. Cit.*, págs. 320 y 321.

⁵⁷⁸ SEMPERE NAVARRO, A.V., CHARRO BAENA, P.: "Las Vacaciones..." *op. Cit.*, pág. 77.

⁵⁷⁹ GARCÍA ORTEGA, J.: *ibídem*, pág. 14.

relativo al devengo de ese derecho a las vacaciones. Exactamente lo mismo ocurriría con las suspensiones por adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento; que, así, al igual que las suspensiones por maternidad y paternidad, también computarían de cara al devengo del derecho a vacaciones.

e) Tiempo de tramitación del despido declarado improcedente o nulo.

El carácter constitutivo que se atribuye a la decisión empresarial de extinguir el contrato de trabajo implica que, si el despido fuese declarado procedente, el tiempo transcurrido durante su tramitación judicial no computaría de cara al devengo de las vacaciones; ya que el vínculo contractual se abría extinguido en el momento mismo de la fecha de despido. Sin embargo, el panorama resulta más complicado cuando el despido fuese, finalmente, declarado improcedente o nulo. En efecto, en estos otros casos se da la especialidad de que, de algún modo, la decisión extintiva que luego será declarada injustificada priva al trabajador de la posibilidad de prestar servicios; sin que, desde luego, su voluntad sea la causante de dicha ausencia.

En primer lugar, debe afirmarse que, cuando la declaración del despido llevase aparejada la percepción de los llamados salarios de tramitación, se devengarán vacaciones durante el periodo transcurrido entre la fecha de efectos del despido y la readmisión o, en su caso, extinción decidida por un representante de los trabajadores. En efecto, el carácter retribuido del periodo de tiempo transcurrido en estas circunstancias, así como la involuntariedad de esta falta de prestación de servicios por parte del trabajador, no pueden llevar a otra conclusión. En este mismo sentido se pronuncia la doctrina⁵⁸⁰.

Este es, precisamente, el panorama ante el que se encontrarán, en primer lugar, los trabajadores cuyo despido fuese declarado nulo; que, junto a la necesaria readmisión

⁵⁸⁰ ALFONSO MELLADO, C.L., PEÑA OBIOL, S.: "Vacaciones..." *op. Cit.*, pág. 37; GARCÍA ORTEGA, J.: "Nacimiento..." *op. Cit.*, pág. 16 citando, además, jurisprudencia a favor (aunque también algún pronunciamiento contrario).

en su puesto de trabajo, percibirán los mencionados salarios de tramitación. Por su parte, también se hallarán exactamente en la misma situación los trabajadores que, además, fuesen, representantes legales o delegados sindicales cuyo despido hubiese sido declarado improcedente. Pues, como se sabe, el art. 56.4 del ET establece que, en este caso, el trabajador escogerá entre la readmisión o la extinción del contrato; pero, fuese cual fuese el sentido de su opción, tendrá siempre derecho a los salarios de tramitación. De este modo, tanto unos como otros devengarán derecho a las vacaciones durante el tiempo transcurrido en la tramitación de su despido.

Queda dilucidar, por tanto, qué sucederá con los trabajadores cuyo despido fuese declarado improcedente pero no fuesen representantes legales o delegados sindicales; ya que, en tal caso, no surgiría el derecho a los salarios de tramitación. Pues bien, dado que uno de los argumentos ofrecidos para sustentar el devengo de las vacaciones fue el carácter retribuido del periodo durante el que se tramitó el despido, parece razonable que no sea así; y, para este supuesto particular, se entienda que durante la tramitación del despido no se genera derecho a vacaciones. Esta misma conclusión se desprende del tenor literal del art. 56 ET cuando establece que *la opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha de cese efectivo en el trabajo*. Obviamente, si la extinción del contrato se retrotrae, a todos los efectos, al momento del cese efectivo en el trabajo, es claro que desde entonces no se han devengado vacaciones.

6. Fijación y disfrute de las vacaciones.

a) La fijación del periodo de disfrute de las vacaciones.

Ya se han analizado la duración y el devengo de las vacaciones, y es turno ahora de ocuparse de otra de las cuestiones más trascendentes en relación al régimen de este derecho: la fijación del periodo para su disfrute.

El punto de partida de este tema se encuentra, como no debía ser de otra manera, en el art. 38.2 del ET. En él, se establece que *el periodo o periodos de su disfrute 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 vacaciones*. Y, por su parte, el art. 38.3 del ET exige que, una vez alcanzado el acuerdo correspondiente, las fechas concretas de disfrute de las vacaciones se recojan en el calendario de la empresa; de forma que el trabajador las conozca con al menos dos meses antes de su comienzo.

De este modo, el ET erige al acuerdo entre las partes como la herramienta fundamental para determinar el periodo en el que vendrán a disfrutarse las vacaciones. Ahora bien, si el convenio colectivo aplicable hubiese establecido cualesquiera reglas o pautas al respecto, el acuerdo individual deberá ajustarse a lo establecido en dicho convenio colectivo⁵⁸¹; pues del tenor literal de la norma se desprende, con total claridad, que la relación entre uno y otro debe ser la de respeto del acuerdo a lo previsto por el convenio sobre la planificación anual de las vacaciones. Así, en primer lugar, deberá atenderse a lo que, eventualmente, hubiese establecido el convenio colectivo y, a continuación, siempre con respeto a éste, las partes podrán determinar el periodo de disfrute de las vacaciones.

A este respecto, cabe plantearse si solamente es posible que el convenio colectivo fije pautas sobre la planificación anual de las vacaciones o también podría, directamente, establecer unas fechas concretas para su disfrute. Sobre este punto, se ha defendido que, dado que la norma hace referencia a *las reglas sobre la planificación anual de las vacaciones* y no a la fijación de las fechas concretas, ello no sería posible.⁵⁸² No obstante, considero que la dicción literal del art. 125 de la LRJS resulta absolutamente

⁵⁸¹ Pese a que el ET se refiere exclusivamente al convenio colectivo, no creo que se trate de una limitación exclusiva y, por tanto, sería perfectamente viable que el acuerdo entre el empresario y los representantes legales de los trabajadores recogiese cualquier previsión respecto a la fijación del periodo de disfrute de las vacaciones. En cuyo caso, el acuerdo individual debería acomodarse a las mismas. La dicción literal del art. 125 de la LRJS induce a esta misma conclusión.

⁵⁸² ALFONSO MELLADO, C.L., PEÑA OBIOL, S.: "Vacaciones..." *op. Cit.*, págs. 46-47.

esclarecedora y permite afirmar, sin ninguna duda, que el convenio colectivo sí podría, perfectamente, fijar las fechas concretas de disfrute de las vacaciones de toda la plantilla o de cada uno de los grupos de trabajadores.^{583 584} Así, en el convenio colectivo podrán recogerse cláusulas que señalen la preferencia de una serie de periodos a lo largo del año, la exclusión de alguno de ellos para fijar las vacaciones, o bien una serie de prioridades en la elección de las fechas de disfrute en favor de determinados grupos de trabajadores en caso de conflicto de intereses. Y el posterior pacto individual entre empresario y trabajador deberá ajustarse a estas previsiones. Pero también sería perfectamente posible que el convenio colectivo fijase, directamente, las fechas concretas de disfrute de las vacaciones.

De este modo caben diversas combinaciones entre la autonomía individual y la colectiva. En primer lugar, si el convenio colectivo no estableciese absolutamente nada, las partes tendrían una libertad total para fijar, en sede individual, el periodo de disfrute de las vacaciones. Por su parte, si el convenio colectivo estableciese una serie de pautas al respecto⁵⁸⁵, empresario y trabajador podrían pactar el periodo de disfrute de las vacaciones, pero ateniéndose a esas pautas recogidas por el convenio en relación a este punto. Y, por último, también cabría la posibilidad de que el convenio colectivo fijase, directamente, cuáles serían las fechas de disfrute de las vacaciones, en cuyo caso ningún margen de actuación quedaría ya para la autonomía individual.

Hay que señalar, en relación tanto al pacto individual como a lo previsto por el convenio colectivo, que desde la reforma de la Ley 11/1994 desaparecieron del texto

⁵⁸³ Art. 125 de la LRJS: “El procedimiento para la fijación individual o plural de la fecha de disfrute de las vacaciones se regirá por las reglas siguientes: a) Cuando la fecha esté precisada en convenio colectivo, o por acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores...”

⁵⁸⁴ En un sentido similar, defendiendo la viabilidad de un convenio colectivo que fijase las fechas concretas de disfrute de las vacaciones: ⁵⁸⁴ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “Sobre...” *op. Cit.*, págs. 811 y 821.

⁵⁸⁵ Como señalar determinados periodos del año en que no se podrían disfrutar las vacaciones o fijar unas normas sobre la preferencia de los trabajadores a la hora de escoger las fechas de sus vacaciones, por ejemplo,

Estatutario una serie de límites⁵⁸⁶ a la fijación del periodo de disfrute que debían respetarse en cualquier caso, con lo que las posibilidades abiertas son ahora muy amplias. No obstante, algunos de aquéllos criterios se mantienen en cierto modo vigentes por su persistencia en la negociación colectiva de algunos sectores⁵⁸⁷ o incluso a nivel jurisprudencial, como elementos razonables a tener en cuenta por parte del órgano judicial en caso de conflicto⁵⁸⁸.

Dentro de las distintas posibilidades abiertas a la hora de fijar las vacaciones, destaca por su especial interés la de fragmentar su disfrute. Como se sabe, el ET permite que, en lugar de señalar un único periodo de vacaciones por la duración total de las mismas, se prevean una pluralidad de periodos entre los que se distribuiría esa duración total. Por tanto, una vez desaparecido el límite máximo de dos fracciones del derecho vacacional que imponía originariamente el ET, y visto que en la redacción vigente se utiliza en plural el término “períodos” sin mayor precisión, parece que no habría inconveniente alguno en fijar el fraccionamiento de las vacaciones en dos o más periodos.⁵⁸⁹ No obstante, debe tenerse también presente, a este respecto, que el art. 8 del Convenio 132 de la OIT, pese a que efectivamente contempla el fraccionamiento de las vacaciones previa autorización de la autoridad competente o el organismo apropiado, especifica que, salvo pacto en contrario que vincule a trabajador y empresario, una de las fracciones deberá consistir, por lo menos, en dos semanas

⁵⁸⁶ Art. 38.2 ET antes de la reforma de la Ley 11/1994: “ a) El empresario podrá excluir como período vacacional aquél 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 sea 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 responsabilidad familiares tienen preferencia a que las suyas coincidan con los períodos de vacaciones escolares.”

⁵⁸⁷ NORES TORRES, L.E.: “Las vacaciones”, *op. Cit.*, pág. 330.

⁵⁸⁸ ALFONSO MELLADO, C.L., PEÑA OBIOL, S.: “Vacaciones...” *op. Cit.*, pág. 43.

⁵⁸⁹ En efecto, en la redacción originaria de 1980, el ET permitía que las partes, de común acuerdo, pudiesen *convenir la división en dos del período total*. En la vigente redacción desaparece dicha previsión y lo que ahora recoge el art. 38 ET al efecto es que “el *período o períodos* de su disfrute se fijará de común acuerdo...”.

laborales ininterrumpidas. Lo que ocurre es que la operatividad de esta previsión del Convenio 132 de la OIT se ve condicionada a que no exista pacto en contrario, que podría tener lugar tanto en sede colectiva como individual. En cualquier caso, es preciso subrayar que nunca deberá desnaturalizarse el descanso por vacaciones, ya sea por la vía del aumento excesivo de número de fracciones o por la de la reducción del mínimo de días en que consistan cada una de ellas⁵⁹⁰.

Una vez esclarecidos todos los parámetros a considerar a la hora de fijar las vacaciones para un año concreto, cabe plantearse la exigibilidad en el mantenimiento de las fechas pactadas en ese año concreto de cara al futuro. Como puede imaginarse, el análisis será absolutamente diferente en caso de que esas fechas concretas de disfrute se hubiesen fijado a través de un acuerdo individual o, por el contrario, se hubiesen pactado en un convenio colectivo. A este respecto, el TS entiende que los acuerdos de fijación del disfrute de las vacaciones son pactos con ámbito temporal limitado, cuyas cláusulas no pueden aislarse de las circunstancias o las contrapartidas tomadas en consideración en cada caso, ni dotarse de una eficacia temporal ilimitada⁵⁹¹. De este modo, no parecen albergarse dudas sobre que la fijación por acuerdo individual entre empresario y trabajador de las vacaciones en unas fechas concretas en años anteriores no es vinculante de cara a los años sucesivos;⁵⁹² y no constituye, por tanto, una

⁵⁹⁰ SEMPERE NAVARRO, A.V., CHARRO BAENA, P.: "Las Vacaciones..." *op. Cit.*, pág. 147.

⁵⁹¹ STS de 17/03/1992 (Rec. 1176/1990).

⁵⁹² Especialmente ilustrativo al respecto el Fundamento de Derecho Tercero de la STSJ de Asturias de 04/03/2011 (Rec. 2962/2010) con análisis de la evolución jurisprudencial del asunto: Respecto a la fijación en años anteriores de un calendario de vacaciones ello para nada vinculaba a la empresa para el futuro, por cuanto "es reiterado el carácter restrictivo con que la jurisprudencia trata la aplicación de la doctrina de las condiciones más beneficiosas al tema de vacaciones", pues hay que negar la calificación de condición más beneficiosa a "algo que se negociaba cada año y que era el resultado de un acuerdo bilateral de voluntades, sin que estableciera de modo permanente y se incorporara así a las condiciones contractuales por decisión de la empresa y aceptación tácita de los trabajadores, habiendo significado el Tribunal Supremo, en fin, que "tratándose de acuerdos colectivos limitados a la fijación del calendario de cada año con vigencia durante el mismo, en tal contexto, la posible reiteración en el tiempo de una cláusula en los sucesivos acuerdos no expresa un reconocimiento de su permanencia hacia el futuro", pues, "no estamos aquí ante concesiones que por su repetición se incorporan al nexo contractual. Se trata, por el contrario, de pactos con ámbito temporal limitado, cuyas cláusulas no pueden aislarse al margen de las circunstancias o las contrapartidas tomadas en consideración en cada caso, ni dotarse de una eficacia temporal ilimitada cuando su propia reiteración en el tiempo muestra su necesidad como elemento regulador de la distribución de la jornada de trabajo y cuando es sabido que las condiciones

condición más beneficiosa para los trabajadores. Por su parte, cuando fuese el convenio colectivo el que fijase unas fechas concretas de disfrute, habría de estarse, en primer lugar, a los términos expuestos en dicho convenio o acuerdo y, sobre todo, a la vigencia temporal del mismo o de la cláusula en cuestión.

Por lo demás, huelga decir que, en función de todo lo expuesto sobre el sometimiento al acuerdo de voluntades, ninguna de las partes podrá imponer unilateralmente a la otra el momento del disfrute. No lo puede hacer, desde luego, el trabajador, pues cuando éste tomase las vacaciones sin contar con el consentimiento del empresario podrá ver su contrato extinguido en virtud del art. 54.2 a) del ET⁵⁹³. Sin embargo, cuando tras la propuesta de fechas de disfrute planteada por el trabajador, el empresario guardase silencio, se entiende que ello implica aceptación tácita de la propuesta del trabajador y no cabrá despedir al trabajador por los motivos anteriores⁵⁹⁴. Pero tampoco podrá imponer unilateralmente las fechas el empresario⁵⁹⁵, a salvo, considero, de que el convenio colectivo antes referido le habilite a ello, por ejemplo, en caso de discrepancia sobre las fechas de disfrute⁵⁹⁶.

más beneficiosas tienen los límites que derivan del propio acto que las establece, no pudiendo extenderse más allá de los confines fijados por la voluntad de las partes.

⁵⁹³ GARCÍA ORTEGA, J.: “Nacimiento...” *op. Cit.*, pág. 17, aportando, además, jurisprudencia a favor.

⁵⁹⁴ STSJ de Cataluña 09/10/2007 (Rec. 6704/2007) que, trayendo a colación numerosa jurisprudencia que comparte [las sentencias del TSJ del País Vasco de 30-09-1993 (AS 1993, 4142) , TSJ Andalucía 21-6-1996 (AS 1996, 1763) , TSJ Castilla-La Mancha 16-2-1998 (AS 1998, 1067) y TSJ Madrid (AS 2001, 2327)], entiende que “la fijación de la fecha del disfrute de vacaciones no requiere consentimiento expreso de ambas partes ya que sólo exige su aceptación pudiendo darse la aquiescencia en forma no sólo expresa sino también tácita, como ocurre cuando una de las partes contratantes hace una propuesta al respecto que es recibida por la otra con antelación a la fecha indicada para el comienzo del período vacacional interesado sin que ésta le haya hecho llegar su oposición a la misma al inicio de éste y sin que consten otros datos de los que pueda deducirse que ese silencio tenga un significado distinto al que inicialmente cabe extraer con arreglo a los dictados de la buena fe.”

⁵⁹⁵ Doctrina y jurisprudencia son unánimes al respecto: ALFONSO MELLADO, C.L., PEÑA OBIOL, S.: “Vacaciones...” *op. Cit.*, pág. 44.

⁵⁹⁶ En el mismo sentido: ALFONSO MELLADO, C.L., PEÑA OBIOL, S.: “Vacaciones...” *op. Cit.*, pág., págs. 41 y 44 y NORES TORRES, L.E.: “Las vacaciones”, *op. Cit.*, pág. 330 aportando ejemplos de la negociación colectiva.

Para terminar con el análisis sobre las reglas de fijación del disfrute del descanso vacacional debe tenerse en cuenta que, tal y como indica el art. 38.3 ET, una vez alcanzado el acuerdo respectivo, las fechas concretas de disfrute de las vacaciones deben reflejarse en el calendario de la empresa. Con ello, se pretende dar publicidad y certeza al pacto relativo a la fijación de las vacaciones, ya sea para la plantilla en general o para cada trabajador en particular. Además, como luego se verá, el que las fechas de disfrute de las vacaciones estén ya señaladas o no en el calendario es relevante de cara a los plazos de ejercicio de la acción procesal de fijación de las vacaciones. El propio art. 38.3 ET, tras esta previsión del calendario, establece una importante garantía sobre el derecho a las vacaciones, consistente en que *el trabajador conocerá las fechas que le correspondan dos meses antes, al menos, del comienzo del disfrute*. El propósito perseguido es, por un lado, ofrecer al trabajador una antelación suficiente para programar sus vacaciones pero, al mismo tiempo, se trata de que haya un tiempo suficiente para plantear hipotéticas reclamaciones judiciales respecto a las fechas previstas en el calendario.

En fin, queda, por último, analizar la vía específica que prevé el ordenamiento para la solución de los conflictos originados alrededor de la fijación del periodo de disfrute de las vacaciones. Como se sabe, en cumplimiento de lo dispuesto por el párrafo 2º del art. 38.2 ET, la LRJS contempla en sus arts. 125 y 126 un procedimiento judicial de carácter preferente y sumario, y cuya sentencia será irrecurrible, para la fijación individual o plural de la fecha de disfrute de las vacaciones.

De entrada, fundamental insistir en que el objeto de esta modalidad procesal es, única y exclusivamente, el conocimiento jurisdiccional de las controversias relativas a la fijación de la fecha de disfrute de las vacaciones; por lo que toda reclamación que excediese de lo estrictamente referido a la fijación de las fechas de disfrute no podría dirimirse a través de dicha modalidad procesal. Así, el sentido que debe darse al término “plural” recogido en el precepto simplemente implica que en este procedimiento especial de vacaciones podrá discutirse la fijación de las fechas de disfrute para un grupo o todos los trabajadores de la empresa; pero no será posible, en

cambio, incluir cuestiones que, por su naturaleza, debiesen sustanciarse a través de un conflicto colectivo.⁵⁹⁷

El plazo de ejercicio de la acción depende de si la fecha de disfrute está ya fijada (por acuerdo o convenio colectivo, o unilateralmente por el empresario) o no. En el primer caso, el trabajador dispondrá de un plazo de veinte días, a partir de aquél en que tuviera conocimiento de dicha fecha. En el segundo, la demanda deberá presentarse, al menos, con dos meses de antelación a la fecha de disfrute pretendida por el trabajador; con el fin de llegar a conocer la fecha efectiva del disfrute con una antelación suficiente que, recuérdese, la Ley fija con carácter general en dos meses precisamente.

Como se dijo, el procedimiento es urgente y preferente⁵⁹⁸, por lo que la vista se señalará dentro de los cinco días siguientes a la admisión de la demanda y la sentencia será dictada en el plazo de tres días.

b) El disfrute de las vacaciones: la imposibilidad de compensación.

Para comenzar el análisis sobre el disfrute de las vacaciones, es preciso señalar que una de las garantías esenciales del derecho a las vacaciones es que deben disfrutarse de manera efectiva o *in natura* y no cabe sustituir el descanso vacacional por una compensación económica. Así lo recoge el art. 38 ET, en consonancia con lo previsto tanto por el Convenio 132 de la OIT (art. 12) como por la Directiva 2003/88/CE (art. 7.2). Como se aprecia, la norma es absolutamente precisa y sin ambigüedades.

⁵⁹⁷ Sobre este punto, véase: BLASCO PELLICER, C.: "Proceso de vacaciones", en A.A.V.V. *El proceso laboral*, Tomo I, Valencia (Tirant lo Blanch), 2013, págs. 925-928 y SEMPERE NAVARRO, A.V., CHARRO BAENA, P.: "Las Vacaciones..." *op. Cit.*, págs. 153-155.

⁵⁹⁸ Dada la pluralidad de procesos especiales a los que la Ley dota de "preferencia", ésta resulta complicada de concretar e identificar. Lo que, en el fondo, hace el legislador es llamar al órgano judicial a solventar con rapidez estos asuntos para que el trabajador pueda preparar y disfrutar sus vacaciones en tiempo hábil: BLASCO PELLICER, C.: "Proceso...", *op. Cit.*, pág. 933.

Sin embargo, tanto el Convenio 132 de la OIT como la Directiva 2003/88, prevén una excepción a la regla general: que el contrato se extinga antes del disfrute efectivo de las vacaciones, en cuyo caso procederá su sustitución por la compensación económica correspondiente. Dicha compensación se calculará en modo igual a la retribución de las vacaciones que se hubiese percibido de mantenerse vigente la relación contractual y haberse disfrutado el derecho de manera ordinaria; esto es, en forma de descanso retribuido. Por tanto, lo que realmente acontece es una *fictio iuris*⁵⁹⁹ según la cual la extinción no tendría lugar hasta el momento en el que el trabajador hubiese terminado de disfrutar las vacaciones ya devengadas durante el año de la extinción del contrato. De manera que, al fin de éstas, las partes hallasen todos sus derechos y obligaciones satisfechos y liquidados.

En soporte de esta tesis acude el art. 209.3 de la LGSS⁶⁰⁰, que retrasa, para estos casos de terminación del contrato antes del disfrute efectivo de las vacaciones, el inicio de la situación legal de desempleo y el inicio de las prestaciones al momento en el que hipotéticamente hubiesen finalizado las vacaciones de haberse disfrutado estas *in natura*. La norma no hace otra cosa que presumir que, en tanto en cuanto el trabajador ya ha percibido a la finalización del contrato lo que le hubiese correspondido como retribución por vacaciones, éste no se encuentra en situación legal de desempleo hasta el momento en que hubiese terminado el descanso retribuido, de haberse disfrutado ordinariamente. Además, dicho periodo es cotizable, y el trabajador queda en situación de alta asimilada (art. 210.4 LGSS). De este modo, podría afirmarse que *de facto* el trabajador sí se encuentra disfrutando de las vacaciones; pues concurren todos los elementos característicos correspondientes: ausencia de trabajo, remuneración, situación de alta... Lo que ocurre es que,

⁵⁹⁹ SEMPERE NAVARRO, A.V., CHARRO BAENA, P.: "Las Vacaciones..." *op. Cit.*, pág. 182.

⁶⁰⁰ Art. 209.3 LGSS: "En el caso de que el período que corresponde a las vacaciones anuales retribuidas no haya sido disfrutado con anterioridad a la finalización de la relación laboral, o con anterioridad a la finalización de la actividad de temporada o campaña de los trabajadores fijos discontinuos, la situación legal de desempleo y el nacimiento del derecho a las prestaciones se producirá una vez transcurrido dicho período, siempre que se solicite dentro del plazo de los quince días siguientes a la finalización del mismo."

evidentemente, la relación laboral ya se habría extinguido, por lo que, en sentido estricto, no se está ante el disfrute de las vacaciones; sino ante una situación absolutamente equiparable que viene a compensar la ausencia de unas vacaciones genuinas.

Algo similar sucede con la finalización de la relación laboral derivada de la muerte del propio trabajador, ya que en ese supuesto tampoco se extingue el derecho a una compensación financiera por las vacaciones no disfrutadas; sino que cuando al momento de producirse el deceso aún quedasen vacaciones pendientes de disfrutar, dicha compensación pasaría a ser titularidad de sus derechohabientes. En efecto, en este sentido se ha manifestado⁶⁰¹ que “si la obligación de pago de las vacaciones anuales cesara al finalizar la relación laboral por el fallecimiento del trabajador, tal circunstancia tendría como consecuencia que un hecho fortuito, que escapa del control tanto del trabajador como del empleador, supondría la pérdida total del propio derecho a las vacaciones anuales retribuidas, como recoge el art. 7 de la Directiva 2003/88/CE.”

Cabe reflexionar también, dentro de este tema, una práctica habitual en nuestro país pero rechazada por la doctrina⁶⁰². Concretamente, es costumbre extendida (por no decir práctica sistemática) que, en los casos de contratación temporal las vacaciones no disfrutadas se compensen económicamente. Así se hace de la excepción la regla, cuando, a mi parecer, lo razonable sería que las vacaciones se compensasen de este modo únicamente en los casos en que, *de facto*, éstas no se hubiesen podido disfrutar de manera efectiva (por ejemplo, si el disfrute de las vacaciones se había fijado para toda la plantilla en fechas posteriores a la extinción del contrato temporal en cuestión). Desde luego, esa es la conclusión que cabe deducir del sentido y finalidad de la norma; según la cual las vacaciones deben disfrutarse, salvo excepciones absolutamente justificadas, en forma de descanso retribuido.

⁶⁰¹ STJUE de 12/06/2014 (*Caso Bollacke*).

⁶⁰² GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “Sobre...” *op. Cit.*, pág. 823; ALFONSO MELLADO, C.L., PEÑA OBIOL, S.: “Vacaciones...” *op. Cit.*, pág. 53.

d) *La caducidad interanual de las vacaciones.*

Como ya ha tenido ocasión de comprobarse, el carácter “anual” que el art. 38 del ET confiere a las vacaciones determina cuál es el plazo exigido para devengar los treinta días de descanso. La cuestión es que, ese mismo carácter anual se ha esgrimido por los tribunales para afirmar que “dado que las vacaciones son anuales, va caducando irremisiblemente cada año el derecho a las que no se hayan disfrutado en el año correspondiente”.⁶⁰³ De este modo, se acuña el criterio interpretativo de la caducidad interanual de las vacaciones, que implicaría que aquella parte de las vacaciones (o, incluso, su totalidad, si ese fuese el caso) que no se hubiesen disfrutado antes de la finalización del año durante el que se generaron, se perdería para siempre. El argumento esgrimido es que la expresión “vacaciones anuales” que utiliza el art. 38.1 ET significa que se tiene derecho a ellas por cada año de trabajo (es decir, que va referido al plazo de devengo), pero también que deben disfrutarse dentro de cada año natural, pues tal criterio se encuentra implícito en la regla de proporcionalidad del art. 4 Convenio 132 de la OIT⁶⁰⁴. En términos generales, la doctrina científica acepta esta lectura; aunque ciertamente se reconoce que, dada la falta de un auténtico soporte legal para este principio, sería oportuno flexibilizar la aplicación de esta regla.⁶⁰⁵

En origen, este criterio de creación jurisprudencial⁶⁰⁶ se adopta como un mecanismo para garantizar las vacaciones mediante la imposición al trabajador de la carga de defender diligentemente su derecho, ya que ningún fruto extraerá de su pasividad ni

⁶⁰³ Por todas, SSTS 30/11/1995 (Rec. 1511/1994) Y 17/09/2002 (Rec. 4255/2001).

⁶⁰⁴ Que, recuérdese, establece que “toda persona cuyo período de servicios en cualquier año sea inferior al requerido para tener derecho al total de vacaciones prescrito en el artículo anterior tendrá derecho respecto de ese año a vacaciones pagadas proporcionales a la duración de sus servicios en dicho año.”

⁶⁰⁵ SEMPERE NAVARRO, A.V., CHARRO BAENA, P.: “Las Vacaciones...” *op. Cit.*, pág. 168, SEMPERE NAVARRO, A.V., CHARRO BAENA, P.: “El disfrute de las vacaciones laborales es transferible a un año posterior al que se devengó pero no compensable económicamente”, en A.A.V.V. *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo*, Cizur Menor (Navarra), (Aranzadi), 2008, pág. 1327; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “Sobre...” *op. Cit.*, págs. 824-826; ALFONSO MELLADO, C.L., PEÑA OBIOL, S.: “Vacaciones...” *op. Cit.*, pág. 55; NORES TORRES, L.E.: “Las vacaciones”, *op. Cit.*, pág.333.

⁶⁰⁶ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “Sobre...” *op. Cit.*, pág. 816.

de su reclamación más allá de los plazos ya estudiados del art. 125 de la LRJS⁶⁰⁷. Sin embargo, muy al contrario de lo teóricamente pretendido, esa postura acaba propiciando una situación de flagrante inequidad, pues el empresario obtiene un enriquecimiento injusto a través de los servicios prestados por el trabajador en un tiempo que debiera ser de descanso retribuido. Y ello sin que quepa, siquiera, una posterior compensación al trabajador por el perjuicio sufrido, toda vez que, en coherencia con el criterio jurisprudencial, el derecho habría caducado.

En mi opinión, la tesis de la caducidad interanual de las vacaciones se gesta bajo la concepción de que el art. 38.1 del ET, cuando configura un periodo de “vacaciones anuales”, así como la regla de proporcionalidad contenida en el art. 4 del Convenio 132 de la OIT, señalan tanto el periodo de devengo del derecho a las vacaciones como el plazo para su disfrute. Sin embargo, considero que dicha interpretación podría llegar a cuestionarse. En efecto, si atendemos a la literalidad de ambos preceptos, se aprecia que únicamente se hace referencia, en todo momento, a que el descanso regulado surge tras un año de servicios (art. 38.1 del ET) y, en caso de que se presten servicios por un tiempo inferior, se tendrá derecho a la parte proporcional del descanso (art. 4 del Convenio 132 de la OIT). Por tanto, parece que nos encontramos ante un supuesto de confusión entre el devengo del derecho y su disfrute; o bien una extensión indebida del régimen del devengo al régimen del disfrute. Así, a mi entender, la auténtica realidad es que no existe ni en el art. 38.1 del ET ni el 4 del Convenio 132 de la OIT, precepto alguno que haga entender que ese derecho, que se genera por un año de servicios, deba ser disfrutado en el mismo año en que se devenga, llegando al punto de que, de no producirse su disfrute en ese tiempo, se pierde irremisiblemente. Muy al contrario, resulta que el propio Convenio 132 de la OIT reconoce directamente, en su

⁶⁰⁷ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: *ibídem*, pág. 824. Como se sabe, este art. 125 de la LRJS establece que, cuando la fecha esté precisada en convenio colectivo, o por acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores, o hubiera sido fijada unilateralmente por aquél, el trabajador dispondrá de un plazo de veinte días, a partir de aquel en que tuviera conocimiento de dicha fecha, para presentar la demanda en el Juzgado de lo Social. En cambio, cuando no estuviera señalada la fecha de disfrute de las vacaciones, la demanda deberá presentarse, al menos, con dos meses de antelación a la fecha de disfrute pretendida por el trabajador.

art. 9⁶⁰⁸, la posibilidad de disociar en el tiempo el devengo y el disfrute de las vacaciones, con un límite de dieciocho meses entre el final del año en que se originaron y el periodo en el que finalmente se disfruten⁶⁰⁹.

Indudablemente, el carácter periódico de las vacaciones (art. 40.2 CE) lleva a vincular el disfrute del descanso a un ciclo regular, siendo el año el periodo ideal por ser el parámetro básico de la regulación del tiempo de trabajo. Pero no creo que ello deba suponer que, cuando las vacaciones no se disfruten dentro del ciclo anual correspondiente, su titular pierda el derecho a todos los efectos⁶¹⁰ (recuérdese que ni siquiera procede una compensación⁶¹¹); en especial cuando la imposibilidad del disfrute no le fuese imputable en términos objetivos.

La única referencia legal a esta caducidad anual de las vacaciones no aparece hasta la modificación del punto 3 del art. 38 ET por la LOI 3/2007. En efecto, en su vigente redacción este punto prevé que cuando las vacaciones coincidan con una incapacidad temporal o el embarazo se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones... *aunque haya terminado el año natural a que corresponden*. Obsérvese que se trata meramente de una referencia implícita, al sobreentender que este disfrute extemporáneo es una excepción que no cabría en el resto de casos, pero que tampoco justificaría en sí

⁶⁰⁸ “La parte ininterrumpida de las vacaciones pagadas anuales mencionada en el párrafo 2 del artículo 8 deberá concederse y disfrutarse a más tardar en el plazo de un año, a partir del final del año en que se haya originado el derecho a esas vacaciones, y el resto de las vacaciones anuales pagadas, a más tardar, dentro de los dieciocho meses, contados a partir de dicha fecha.”

⁶⁰⁹ En este mismo sentido también hay autores que entienden que, debido a la ausencia de claro soporte legal, los convenio colectivos podrían entrar a disponer sobre esta cuestión y permitir la acumulación de las vacaciones devengadas en un año a otros sucesivos: CABEZA PEREIRO, J.[et al.]: “La ordenación...”, *op. Cit.*, pág. 150.

⁶¹⁰ En tal sentido la STJCE 6/04/2006 (asunto G-124/05) entiende, en relación a la Directiva 93/104 (ahora 2003/88) que aunque el efecto positivo que las vacaciones tienen para la seguridad y salud del trabajador se despliega plenamente cuando se disfrutan en el año en curso, dicho efecto positivo no se pierde si se lleva a cabo en un período posterior.

⁶¹¹ A lo cual se opone directamente esta misma Sentencia del TJCE al comprender que esa posibilidad “podría producir el efecto, contrario a los objetivos perseguidos por la Directiva, de que el trabajador se planteara renunciar al tiempo de reposo o se viera incitado a ello.”

misma la adopción del criticado criterio jurisprudencial, ni le otorga por sí sola el soporte legal necesario para su aplicación. En especial si se valora que su efecto sería nada menos que la pérdida absoluta e irremisible de un derecho expresamente recogido en la Constitución española (Art. 40.2), en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Art. 31.2) y en la Declaración Universal de Derechos del Hombre de 1948 (Art. 23).

7. Disfrute de las vacaciones y coincidencia con maternidad e Incapacidad Temporal.

La coincidencia del disfrute de las vacaciones con algunas suspensiones del contrato de trabajo, especialmente por incapacidad temporal y maternidad ha sufrido una importante desarrollo. La cuestión, como se sabe, no es nueva, pero para contextualizar su tratamiento es conveniente analizar la evolución de la doctrina judicial, tanto interna como comunitaria, sobre este particular.

Tradicionalmente, primaban los intereses empresariales sobre la garantía del disfrute de las vacaciones. Así, cuando el periodo fijado para el disfrute de las vacaciones coincidiese con una suspensión del contrato por IT o maternidad, se aplicaban las reglas del caso fortuito (art. 1105 del CC); de manera que se perdía, irremisiblemente, cualquier derecho relacionado con aquella parte de las vacaciones (o, incluso, su totalidad si ese era el caso) que coincidiese con estas suspensiones contractuales. Y ello, como bien apunta la doctrina respecto a esta etapa evolutiva⁶¹², tanto en el caso de que el contrato se hallase suspendido en el momento fijado para el inicio de las vacaciones, como en el de que la causa suspensiva aconteciese una vez ya iniciado el disfrute y durante el transcurso de éstas. Son célebres exponentes de esta fase jurisprudencial las SSTs de 30/11/1995 (Rec. 1511/1994) y de 27/06/1996 (Rec. 2241/1994).

⁶¹² RAMOS QUINTANA, M.I.: "Los descansos laborales", en A.A.V.V. Tiempo de trabajo, Albacete (Bomarzo), 2007, págs. 132-133.

Desde esta primera postura, común para ambas, la suspensión por maternidad y la suspensión por incapacidad temporal han evolucionado por caminos paralelos, pese a que en algunos puntos se han cruzado. Por tanto, es conveniente realizar un estudio separado de ambos casos.

a) La suspensión por maternidad.

En relación a la suspensión por maternidad, el cambio de signo radical respecto a la tesis tradicional viene originado por la STJCE de 18/03/2004 asunto C-342/01 *Merino Gómez*. En ella, el tribunal de Luxemburgo resolvió que “los artículos 7, apartado 1, de la Directiva 93/104 (ahora 2003/88), 11, apartado 2, letra a), de la Directiva 92/85 y 5, apartado 1, de la Directiva 76/207 (ahora art. 14.1 de la Directiva 2006/54) han de interpretarse en el sentido de que una trabajadora deberá poder disfrutar de sus vacaciones anuales en un período distinto del de su permiso de maternidad, también en caso de coincidencia entre el período de permiso de maternidad y el fijado con carácter general, mediante un acuerdo colectivo, para las vacaciones anuales de la totalidad de la plantilla”⁶¹³; de modo que la trabajadora embarazada tendrá derecho al señalamiento de un nuevo periodo para el disfrute de sus vacaciones tanto cuando éstas hubiesen sido fijadas por pacto individual como cuando se hubiesen establecido de modo general para toda la plantilla en el convenio colectivo. Lo cual se fundamenta en que el objetivo de estos dos descansos es distinto y la superposición de ambos supondría destinar un mismo período de tiempo para el cumplimiento de dos

⁶¹³ Este asunto tiene su origen en una cuestión prejudicial planteada al TJCE por parte de un Juzgado de lo Social. Los argumentos principales ofrecidos por la corte de Luxemburgo para sostener esta innovadora postura son que “el derecho a disfrutar de vacaciones anuales retribuidas debe considerarse un principio del Derecho social comunitario de especial importancia, respecto al cual no pueden establecerse excepciones” y, sobre todo, que “la finalidad del derecho a disfrutar de vacaciones anuales es diferente de la del derecho al permiso de maternidad. Este último tiene por objeto, por una parte, la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después de éste, y, por otra parte, la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el periodo que sigue al embarazo y al parto”.

finalidades diferentes⁶¹⁴. Además, sobre una segunda cuestión prejudicial, relativa al número de días de vacaciones que corresponderían de cara a ese nuevo señalamiento, el TJCE aclara que “el artículo 11, apartado 2, letra a), de la Directiva 92/85 ha de interpretarse en el sentido de que se refiere también al derecho de una trabajadora que se encuentre en unas circunstancias como las del asunto principal a unas vacaciones anuales más largas, establecidas por la normativa nacional, que las vacaciones mínimas establecidas por la Directiva 93/104 (ahora 2003/88).” Por tanto, de cara a ese nuevo señalamiento, serán tenidas en cuenta las vacaciones que correspondan según la normativa más favorable prevista por la legislación nacional o, incluso, las fijadas por el convenio colectivo⁶¹⁵. De nuevo el TJCE se pronunció sobre esta materia con efectos relevantes en su sentencia de 6/04/2006 asunto G-124/05 *FNV-Staat der Nederlanden*. En ella, se da un valor añadido a la STJCE Merino Gómez⁶¹⁶, por cuanto se permite que, en los casos en que acumulen varios permisos garantizados por el Derecho comunitario a final de año (como sin duda son la maternidad y las vacaciones), será posible la transferencia total o parcial de las vacaciones anuales al año siguiente⁶¹⁷. Y, por último, también debe destacarse, por su influencia sobre este particular, la STC 324/2006 de 20 de noviembre, que señala que es evidente que el embarazo y la posterior maternidad son situaciones inherentes al sexo femenino y, por tanto, no pueden dar lugar, en ningún caso, a un trato desigual y discriminatorio de la trabajadora conforme a lo dispuesto en el art. 14 de la CE. En efecto, parece claro que penalizar *de facto* las situaciones de embarazo y maternidad

⁶¹⁴ ARIAS DOMÍNGUEZ, A., SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Superposición de baja por IT y vacaciones: diferencia con la maternidad (Comentario a la STS de 11 julio 2006; Rec. 87/2005), en A.A.V.V. *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo*, Cizur Menor (Navarra), (Aranzadi), 2008, pág. 1338.

⁶¹⁵ Así lo considero en virtud del art. 15 de la Directiva 2003/88 y la inveterada naturaleza de derecho necesario relativo de la duración de las vacaciones del art. 38 ET.

⁶¹⁶ MIRANDA BOTO, J. E.: “Vacaciones en Derecho comunitario: compensación y posposición. Nota a la STJCE de 6 de abril de 2006, *Federatie Nederlandse Vakbeweging*, asunto C-124/05”, en RL, nº14, 2006, pág. 33.

⁶¹⁷ El argumento principal es que si bien “es cierto que el efecto positivo de estas vacaciones para la seguridad y la salud del trabajador se despliega plenamente cuando se disfrutan en el año previsto, este tiempo de reposo no pierde interés a este respecto si se disfruta en un período posterior.”

frente al disfrute efectivo de las vacaciones anuales supondría una grave discriminación del sexo femenino en relación a un derecho laboral tan significativo como es dicho descanso vacacional.

Toda esta doctrina jurisprudencial da lugar a que, en la LOI 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, el legislador español integrase estos principios en la normativa interna. Así, a través de la citada Ley, se produce una importante reforma en el art. 38 ET; que, desde entonces, establece que, cuando el periodo fijado para las vacaciones coincida con la suspensión del contrato por maternidad o una incapacidad temporal derivada del embarazo, parto o lactancia, se tendrá derecho a disfrutar del descanso por vacaciones en otro momento, incluso aunque haya terminado el año natural a que correspondan.⁶¹⁸ Como se ve, no sólo se adoptan rigurosamente los principios jurisprudenciales expuestos, sino que se amplía el ámbito de aplicación de los mismos a todas aquellas situaciones conexas con el fenómeno de la maternidad en sentido amplio. Si bien la norma posibilita que se disfruten las vacaciones al finalizar el período de suspensión, *aunque haya terminado el año natural al que correspondan*, no se señala plazo máximo alguno, a diferencia de lo que, como luego se verá, ocurre con la incapacidad temporal desde la reforma laboral de 2012.

Ello podría llevarnos a pensar que no existe un límite temporal para el caso de la maternidad. Sin embargo, no debe entenderse así, a la vista de lo señalado por el TJUE en su sentencia de 22/11/2011 asunto C-214/10 *KHS*; en la que el Tribunal entiende que “es preciso observar que el derecho a vacaciones anuales retribuidas... sólo puede responder a los dos aspectos de su finalidad, permitir que el trabajador descanse de la ejecución de las tareas que le incumben según su contrato de trabajo, por una parte, y

⁶¹⁸ No obstante, debe destacarse que lo que faculta la norma es un cambio de fechas para el disfrute de las vacaciones cuando estas coincidiesen total o parcialmente con la suspensión por maternidad. Pero ello no implica que las nuevas fechas de disfrute deban situarse, necesariamente, en el momento en el que terminase dicha suspensión contractual; sino que seguirán vigentes las normas generales ya expuestas sobre la fijación del periodo de disfrute. Esto es, que será necesario el acuerdo entre empresario y trabajador, que habrán de ponderar y conciliar sus intereses personales y organizativos de acuerdo a las pautas fijadas, en su caso, por el convenio colectivo: GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “El derecho...”, *op. Cit.*, pág. 7.

por otra que disponga de un período de ocio y esparcimiento, si el aplazamiento no supera cierto límite temporal. En efecto, más allá de ese límite, las vacaciones anuales carecen de su efecto positivo para el trabajador en su calidad de tiempo de descanso y sólo conservan su condición de período de ocio y esparcimiento.” Por tanto, tal y como aclara el TJUE, el disfrute efectivo de las vacaciones no se puede desvincular, sin límite temporal alguno, del periodo de trabajo en el cual se gestaron. Surge, entonces, la cuestión de qué parámetro temporal podría tenerse en cuenta de cara a un hipotético plazo máximo para el ejercicio del derecho a las vacaciones tras una suspensión por maternidad (o incapacidad temporal relacionada con ésta). Pues bien, considero que, al efecto, sería del todo oportuno aplicar el plazo que sí fija el art. 38 ET para el disfrute de las vacaciones tras la suspensión por incapacidad temporal por contingencias distintas a las señaladas: dieciocho meses a partir del final del año en que se hubiesen originado esas vacaciones⁶¹⁹.

Por último, cabe señalar que este régimen de disfrute diferido de las vacaciones se aplica tanto en los casos de maternidad biológica como de maternidad adoptiva, así como de guarda con fines de adopción y acogimiento; y que resulta, asimismo, igualmente aplicable a la paternidad. En efecto, el derecho de paternidad, tras su creación por parte de la LOI 3/2007, no gozaba en el plano formal de esas garantías con las que sí contaba la maternidad ante los supuestos de coincidencia con las vacaciones. No obstante, ya en aquél momento podía defenderse la equiparación de derechos en uno y otro supuesto, pues lo contrario supondría un tratamiento discriminatorio por omisión contrario al art. 14 de la CE⁶²⁰. En cualquier caso, en la redacción vigente de del ET, tras la reforma operada en su momento por la Ley 3/2012, se solventa esta cuestión; en tanto en cuanto se integra la suspensión del art. 48.7 en el párrafo 2º del art. 38.3, junto a la suspensión por maternidad e incapacidad

⁶¹⁹ En el mismo sentido: MONTROYA MEDINA, D.: *ibídem*, pág. 145.

⁶²⁰ MONTROYA MEDINA, D.: *ibídem*, pág. 145. En un sentido similar, en relación a ese quebranto del principio de igualdad: PEDROSA ALQUÉZAR, S.I.: “La compatibilidad entre maternidad y vacaciones: el caso Merino Gómez”, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº102, 2013, pág. 197.

temporal relacionada con ella, con lo que la equiparación tiene ya plena virtualidad en el plano legal.

b) La suspensión por Incapacidad Temporal.

Es turno ahora de analizar la incapacidad temporal, por cualesquiera otras causas no relacionadas con la maternidad (embarazo, parto, lactancia), y su coincidencia con el disfrute de las vacaciones. Tal y como ya se anunció, la postura tradicional al respecto era la misma que la mantenida sobre la coincidencia de las vacaciones y la maternidad. Si bien las SSTS analizadas de 30/11/1995 (Rec. 1511/1994) y de 27/06/1996 (Rec. 2241/1994) se referían en particular a la coincidencia de las vacaciones y una ILT por maternidad, el dictamen era absolutamente extensible al caso de que el solapamiento se produjese con una suspensión por incapacidad temporal derivada de cualquier otra causa. Por tanto, según el criterio sostenido durante esta primera etapa evolutiva, resultaba inviable aplazar el disfrute de las vacaciones a un momento posterior, tanto cuando el trabajador se hallase en situación de IT en el momento fijado para el inicio de su disfrute como cuando accediese a esa situación de IT durante el transcurso del descanso.

Tras esta primera postura, no tardaron en trasladarse al caso de la coincidencia de las vacaciones con la IT todos los avances jurisprudenciales referentes a la maternidad, en concreto el propiciado por la STJCE de 18/03/2004 asunto C-342/01 *Merino Gómez*. En efecto, al hilo de ese cambio de giro en la jurisprudencia comunitaria, los tribunales españoles adoptaron la nueva tesis sobre coincidencia de vacaciones y maternidad también para el caso de la IT. Así, el TS, en sus sentencias de 10/11/2005 (Rec. 4291/2004) y 21/03/2006 (Rec. 681/2005) entendió que la situación de incapacidad temporal, que surge con anterioridad al período vacacional establecido y que impide disfrutar de este último en la fecha señalada, no puede ni debe erigirse en impedimento que neutralice el derecho al disfrute de dicha vacación. Con ello, el TS equipara la suspensión por IT con la de maternidad a efectos de coincidencia de éstas

con las fechas fijadas para el disfrute de las vacaciones⁶²¹. Debe destacarse que, en ambas sentencias, se hace una importante aclaración en el sentido de que debe diferenciarse el tratamiento merecido por la incapacidad temporal que se produce con anterioridad al período vacacional, y que impide su disfrute en la fecha fijada, y aquella otra que surge durante el transcurso del propio disfrute, pues en este segundo caso nos encontramos ante un riesgo que, según estas dos sentencias, debía asumir el propio trabajador y no cabe, por tanto, un nuevo señalamiento.

Muy poco tiempo tardó el TS en abandonar esta doctrina en relación a la IT, apenas unos meses. En concreto, la ruptura se produce con la STS de 11 de julio de 2006 (Rec.87/2005), que fue la primera de una nueva línea jurisprudencial⁶²². En términos generales esta tercera fase se caracteriza por la inaplicación de la doctrina vertida por la STJCE *Merino Gómez* a los casos de solapamiento de las vacaciones con una suspensión por IT, por considerar que la interpretación comunitaria de trasladar a una fecha posterior el disfrute de las vacaciones era exclusiva de la protección de la maternidad y no resultaba extensible a la incapacidad temporal⁶²³. De esta forma el TS se separa de la línea jurisprudencial iniciada con la STS 10/11/2005 (Rec. 4291/2004) por cuanto “las consideraciones que pudieron haberse hecho en ella respecto a la incapacidad temporal no pasan de ser un mero «*obiter dicta*»”.

En este panorama aparece una nueva serie de sentencias del TJCE⁶²⁴ que suponen (hasta ahora) la última vuelta de tuerca sobre la cuestión que nos ocupa. En ellas, la

⁶²¹ STS 10/11/2005 (Rec. 4291/2004): “la coincidencia en el tiempo de una baja por incapacidad temporal, devenida bien sea de enfermedad común o por maternidad, con el período preestablecido en la empresa para el disfrute de vacaciones, responde a la protección y defensa de un interés jurídico, completamente, distinto al que es propio del descanso por vacación anual.”

⁶²² SSTs 03/10/2007 (Rec. 5068/2005), 20/12/2007 (Rec. 75/2006) y 13/02/2008 (Rec. 109/2006).

⁶²³ STS 11/07/2006 (Rec.87/2005): “la doctrina establecida por dicho Tribunal Europeo hace referencia a la protección del derecho de la mujer al descanso post-parto para su rehabilitación física y para el cuidado de la criatura que dio a luz, sin que, por tanto, quepa extender dicha doctrina a los casos en que se pretenda disfrutar, en período distinto al establecido en el calendario vacacional, el permiso de vacaciones cuando se superpone una situación de incapacidad temporal que impide su disfrute en el tiempo, previamente, establecido en la empresa.”

⁶²⁴ SSTJCE 20/01/2009 (asuntos acumulados C-350/06 y C-520/06) y 10/09/2009 (asunto C-277/08 Vicente Pereda).

corte de Luxemburgo entiende que, debido a la divergente finalidad del descanso vacacional y la baja por incapacidad temporal⁶²⁵, “un trabajador que se encuentre en situación de incapacidad temporal durante un período de vacaciones anuales fijado previamente tiene derecho, a petición suya y al objeto de poder disfrutar efectivamente sus vacaciones anuales, a tomarlas en fecha distinta a la de la incapacidad temporal”, “pues un permiso garantizado por el Derecho comunitario no puede menoscabar el derecho a disfrutar de otro permiso garantizado por ese mismo Derecho”. Además, en base a otros pronunciamientos previos del propio órgano judicial, no debe excluirse a priori que ese período pueda quedar fuera del período de referencia de las vacaciones anuales en cuestión⁶²⁶ y, por tanto, procederá el nuevo señalamiento para el disfrute de las vacaciones aun cuando hubiese finalizado el año natural al que correspondían. Este último giro en la doctrina judicial comunitaria ha llevado a nuestros órganos nacionales⁶²⁷ a modificar su criterio para adaptarlo al del TJCE.

Todo este proceso evolutivo concluye con la entrada en vigor de Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, que vino a incorporar esta doctrina jurisprudencial al art. 38.3 ET. En efecto, en su redacción vigente, el precepto establece que, cuando el periodo de vacaciones coincidiese con una incapacidad temporal no relacionada con la maternidad u otras causas afines y ello le impidiese disfrutarlas total o parcialmente durante el año en el que se hubiesen generado, el trabajador podrá hacerlo una vez finalice su incapacidad y siempre que no hayan

⁶²⁵ “...es pacífico que la finalidad del derecho a vacaciones anuales retribuidas consiste en permitir que los trabajadores descansen y dispongan de un período de ocio y esparcimiento. Tal finalidad difiere de la correspondiente al derecho a causar baja por enfermedad. Este último derecho se reconoce a los trabajadores con el fin de que puedan recuperarse de una enfermedad”.

⁶²⁶ “En efecto, según se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, si bien el efecto positivo de las vacaciones anuales retribuidas para la seguridad y la salud del trabajador se despliega plenamente cuando se disfrutan en el año previsto, es decir, durante el año en curso, ese tiempo de reposo no pierde interés a este respecto si se disfruta en un período posterior”.

⁶²⁷ Por todas: SSTS 24/06/2009 (Rec. 1542/2008), 15/11/2010 (Rec. 3990/2009), 25/05/2011 (Rec. 3103/2010).

transcurrido más de dieciocho meses a partir del final del año en que se hayan originado.⁶²⁸

Obsérvese que tal y como se esbozó al tratar el solapamiento de las vacaciones y la maternidad, para el caso de la IT la ley sí prevé un plazo cierto para disfrutar de las vacaciones que hubiesen coincidido con una incapacidad temporal, a saber, dieciocho meses a partir del año en que se originaron. Ese plazo concreto está, claramente, inspirado en el Convenio 132 de la OIT, que en su art. 9 prevé un plazo de un año, contado desde el final del año en que se originaron, para disfrutar de la parte ininterrumpida de las vacaciones y de dieciocho meses para el resto de las mismas. Parece que la legislación interna ha optado por el más amplio de estos plazos desde una perspectiva garantista de las vacaciones, pues a la conclusión del mismo ya no sería posible disfrutar de las vacaciones que coincidieron con la IT. Y fija como plazo general para disfrutar de las vacaciones postpuestas por coincidencia con la IT el de dieciocho meses, independientemente de qué fracción del derecho quedase pendiente de aprovechamiento.

Todo ello no obstante, queda plantear una última cuestión acerca de la coincidencia de las vacaciones con la incapacidad temporal. Si se observa, todo este cuerpo jurisprudencial analizado parte de la premisa de que, en los casos que resuelven las sentencias, la incapacidad temporal acontece con carácter previo a la fecha que estaba fijada para el inicio de las vacaciones. Así, cabría interpretar que cuando la incapacidad temporal se manifiesta una vez ya iniciado el disfrute de las vacaciones estaríamos ante un supuesto de caso fortuito (art. 1105 del CC) que debería asumir el trabajador, sin que cupiese, por tanto, el señalamiento de un nuevo periodo para disfrutar de aquella parte de las vacaciones que coincidió con la incapacidad temporal. En la defensa de esta postura subyace la clásica idea de que, para el empresario, el

⁶²⁸ Con esta reforma normativa, el legislador actúa por fin en consideración a las reiteradas solicitudes formuladas por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones en relación al Convenio 132 de la OIT y la coincidencia de las vacaciones con una incapacidad temporal; que, desde nada menos que el año 1988, exhortaba al Gobierno de España a enunciar con un máximo de claridad las reglas y condiciones aplicables a dicha situación. Sobre este particular: CAMPS RUIZ, L.M.: “Los convenios...”, *op. Cit.*, págs. 20-22.

reconocimiento de las vacaciones es una obligación de medios pero no de resultados, sin que se le pueda exigir a éste que garantice al trabajador el disfrute de las vacaciones con buena salud⁶²⁹. De hecho, la propia STS 24/06/2009 (Rec. 1542/2008) se pronuncia en este sentido al afirmar que “...tiene que ser distinto el tratamiento que merece la incapacidad temporal que surge durante el disfrute de la vacación, pues es un riesgo que, en tal situación, ha de asumir el propio trabajador, con aquella otra que se produce con anterioridad al período vacacional y que impide el disfrute de éste en la fecha preestablecida en el calendario previsto, a tal efecto, en la empresa”.⁶³⁰

No obstante, tras la entrada en vigor del RDL 3/2012 de 10 de febrero, y atendiendo al tenor literal del párrafo 3º del art. 38.3 ET, añadido por dicho RDL, ya era sostenible que también en los casos de incapacidad temporal sobrevinida durante el disfrute de las vacaciones existía derecho a un nuevo señalamiento.⁶³¹

Pero, sobre todo, la respuesta viene dada, de nuevo, por el TJUE⁶³²; que zanja de manera definitiva esta cuestión al explicitar que “...carece de pertinencia el momento en que sobreviene dicha incapacidad. Por consiguiente, el trabajador tiene derecho a disfrutar de sus vacaciones anuales retribuidas coincidentes con un período de baja por enfermedad en un período posterior, con independencia del momento en que haya sobrevinido esa incapacidad laboral”.⁶³³ El motivo aducido, con buen criterio, es

⁶²⁹ ARIAS DOMÍNGUEZ, A., SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Superposición...”, *op. Cit.*, págs. 1335-1336.

⁶³⁰ En este mismo sentido se pronunció el TS en fechas sucesivas: SSTs de 21/01/2010, 04/02/2010, 08/02/2010, 19/04/2010, 27/04/2010, 31/05/2010, 13/07/2010, 15/11/2010, 08/02/2011, 25/05/2011.

⁶³¹ MONTOYA MEDINA, D.: “Conciliación...”, *op. Cit.*, pág. 148.

⁶³² STJUE 21/06/2012 (*asunto C-78/11 ANGED Y FASGA*) dictada en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el TS en la que formulaba la siguiente pregunta: “¿El art. 7, apartado 1, 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, se opone a una interpretación de la normativa nacional que no permita interrumpir el periodo vacacional para el disfrute, en un momento posterior, del periodo completo –o que reste-, si la incidencia de un proceso de incapacidad temporal aconteciera de forma sobrevinida durante el periodo de su disfrute?”.

⁶³³ Los argumentos ofrecidos por el TJUE para pronunciarse en este sentido se fundamentan en los utilizados en sentencias precedentes sobre la interpretación del art. 7.1 de la Directiva 2003/88/CE. Así, se esgrime que las vacaciones constituyen un principio del Derecho social de la Unión Europea de especial importancia y que no admite excepciones; que está expresamente reconocido en la Carta de los

que resultaría aleatorio y contrario a la finalidad de las vacaciones permitir el señalamiento de un nuevo periodo de disfrute únicamente en caso de que la incapacidad temporal se manifestase antes de la fecha prevista para su inicio. En efecto, si se conciben las vacaciones como un derecho no sólo al descanso, sino también al ocio continuado y la conciliación familiar, se hace difícil pensar que sea compatible una incapacidad temporal con la satisfacción de éstas necesidades⁶³⁴. De esta forma prevalece la perspectiva teleológica de las vacaciones, que dejan de analizarse desde el enfoque tradicional, como una obligación de la empresa, para concebirse como un verdadero derecho del trabajador, cuya finalidad no puede verse frustrada por acontecimientos ajenos a su voluntad.⁶³⁵ Y de esta nueva tesis participa, como no debía ser de otra manera, la jurisprudencia nacional vertida con posterioridad a la citada STJUE⁶³⁶.

Queda así plasmada la solución actual⁶³⁷ a la superposición de las vacaciones y las suspensiones por maternidad e incapacidad temporal, ya sea por causas relacionadas

Derechos Fundamentales de la Unión Europea; que se trata de un derecho que no puede ser interpretado de manera restrictiva; o que la diferente finalidad de las vacaciones, destinadas al descanso, esparcimiento y ocio, y la incapacidad temporal, relacionada con la recuperación de la enfermedad, impiden su confusión.

⁶³⁴ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “El problema del disfrute efectivo de las vacaciones coincidentes con una baja médica: alternativas jurisprudenciales y en especial la STJUE 21 de junio de 2012”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 5, 2012, pág. 95.

⁶³⁵ SEPÚLVEDA GÓMEZ, M.: “El derecho a vacaciones y la incapacidad temporal sobrevenida durante su disfrute”, en *Temas Laborales: Revista andaluza de Derecho del Trabajo y bienestar social*, nº 117/2012, págs. 196 y 199-200.

⁶³⁶ La propia STS 03/10/2012, que plantea la cuestión prejudicial que da pie a la STJUE 21/06/2012 (asunto C-78/11 ANGED Y FASGA), así como, posteriormente, la STS de 29/10/2012 (Rec. 4455/2011), la STS 19/03/2013 (Rec. 528/2012) o la STS de 04/02/2015 (Rec. 2085/2013), en un supuesto anterior a la entrada en vigor del art. 38.3 ET en redacción dada por Ley 3/2012, de 6 julio.

⁶³⁷ Como se sabe, entre el planteamiento de la cuestión prejudicial al TJUE por parte del TS (Auto de 26 de enero de 2011) y su resolución a través de la STJUE (de fecha 21 de junio de 2012), el art. 38 del ET, referido a las vacaciones, vio modificada su redacción por mor de la reforma del RDL 3/2012, de 10 de febrero de 2012. Por ello, podría llegar a plantearse si el pronunciamiento del TJUE conservaría su validez frente a la actual redacción del art. 38 del ET. Sin embargo, no cabe duda alguna de que el alcance de la citada sentencia del TJUE tiene plena eficacia, también, sobre la nueva redacción del precepto estatutario. Y, por tanto, la incapacidad temporal por enfermedad común o profesional producida durante el periodo de disfrute de las vacaciones, las interrumpe; y el tiempo restante se podrá disfrutar una vez finalizada la incapacidad temporal: SEPÚLVEDA GÓMEZ, M.: “El derecho...”, *op. Cit.*, págs. 201-204.

con la propia maternidad o cualesquiera otras comunes o profesionales, que no es otra que la del derecho del trabajador al señalamiento de un nuevo periodo para el disfrute efectivo del descanso. Y ello con independencia de que la suspensión se manifestase con anterioridad a las vacaciones o tuviese lugar durante éstas, una vez ya iniciado su disfrute. Además, debe clarificarse que sería nula la práctica empresarial que, en caso de coincidencia con IT o maternidad, señalase el disfrute de las vacaciones una vez finalizado el año en que se originaron, pero redistribuyendo la jornada anual del año en que, finalmente, se disfrutasen dichas vacaciones; de forma tal que se trabajase el mismo número de horas que si no se hubiesen disfrutado dichas vacaciones pendientes. Es decir, se trataría, concretamente, de que la empresa pretendiese hacer pasar por un periodo de descanso vacacional lo que, en realidad, sería un periodo de inactividad que vendría a compensar el exceso trabajo llevado a cabo anterior o posteriormente dentro de una distribución irregular de la jornada ordinaria. Obviamente, ello supondría un vaciamiento del derecho a vacaciones e iría en contra de su naturaleza, que implica que esos días sean remunerados sin necesidad de ser trabajados. Y, por ello, no debe, ni puede, confundirse el disfrute de las vacaciones con el tiempo de no trabajo en el marco de una distribución irregular de la jornada laboral.⁶³⁸

En fin, respecto a cómo deba fijarse el nuevo señalamiento del disfrute de las vacaciones una vez finalizada la suspensión, considero que son aplicables las reglas generales ya expuestas a este respecto. De este modo, serían empresario y trabajador de mutuo acuerdo, respetando lo dispuesto, en su caso, por el convenio colectivo, los que fijarían las fechas concretas del disfrute. E, igualmente a lo que también se analizó en el apartado correspondiente a la fijación y disfrute de las vacaciones, cualquier discrepancia sobre este punto debería ser ventilada a través del procedimiento judicial de carácter preferente y sumario, y cuya sentencia será irrecurrible, recogido en los arts. 125 y 126 de la LRJS.

⁶³⁸ SAN de 21/02/2013 (Proc. 355/2012).

7. Retribución.

Como se sabe, las vacaciones anuales reconocidas por el art. 38 del ET tienen carácter retribuido. Así lo explicita el propio art. 38 ET; al igual que el Convenio 132 de la OIT y la Directiva 2003/88. En este sentido, se afirma que el carácter retribuido es consustancial a la propia institución de las vacaciones; pues, si no fuese así, el trabajador se vería obligado a buscar otro trabajo para poder subsistir durante ese periodo.⁶³⁹ Sin embargo, la parquedad de la normativa nacional al tratar este carácter retribuido de las vacaciones (simplemente enuncia que las vacaciones anuales son retribuidas) obliga a precisar dos cuestiones: la cuantía de dicha retribución y el momento de su abono.

a) La cuantía de la retribución de las vacaciones.

La principal cuestión a dilucidar es la de qué cuantía económica tendrá dicha retribución. Al respecto, como ya se ha dicho, el art. 38 del ET no señala cuál deba ser dicha cuantía, por lo que se hace necesario acudir al Convenio 132 de la OIT; que, pese a no clarificar del todo la cuestión, sí señala en su art. 7, al menos, que toda persona que tome vacaciones percibirá “por lo menos su remuneración normal o media... calculada en la forma que determine en cada país la autoridad competente o el Organismo Público”⁶⁴⁰.

En primer lugar, debe clarificarse cuál es el alcance de esa “retribución normal o media” expresada por la norma. En mi opinión, el espíritu del Convenio 132 de la OIT

⁶³⁹ TAPIA HERMIDA, A.: “Efecto vacaciones. La retribución de las vacaciones anuales cuando la totalidad o parte del salario es a comisión”, en *RTSS*, nº 379, octubre 2014, pag. 228, GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “El derecho...”, *op. Cit.*, pág. 17.

⁶⁴⁰ Art. 7.1 C. 132 OIT: Toda persona que tome vacaciones de conformidad con las disposiciones del presente Convenio, percibirá, por el periodo 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 Público.

es absolutamente claro, de forma que habrá que entender que durante las vacaciones se cobrará exactamente la misma retribución que se perciba regular y habitualmente a lo largo del año. A mayor abundamiento, considero que no debe perderse de vista que, como muy bien aclara el art. 26.1 ET, la naturaleza de la retribución percibida durante las vacaciones constituye una parte más del salario; lo que haría incomprensible una disminución arbitraria del mismo. Así, esta regla interpretativa se ha identificado en la doctrina científica como el principio de no disminución de los ingresos salariales durante las vacaciones.⁶⁴¹ Por su parte, la jurisprudencia participa de la misma idea, al precisar que esa “retribución normal o media” será la misma que se cobra en activo, con inclusión de los complementos salariales percibidos⁶⁴², salvo los que compensen actividades extraordinarias, como las horas extraordinarias o cualquier exceso de jornada o actividad extraordinaria que no constituya la retribución normal⁶⁴³. Respecto a las comisiones, la STS 17/12/1996 (ReConvenio 1321/1996) ha inferido que no pueden considerarse una retribución extraordinaria a efectos de su exclusión en la retribución de las vacaciones y, por tanto, sí deben integrarse en el cálculo retributivo de las mismas. En fin, la STS 19/04/2000 (Rec. 2980/1999), que recoge la evolución jurisprudencial del asunto, concluye que, para el cómputo de la retribución de las vacaciones, habrá que tomar los conceptos retributivos que corresponden a la jornada normal; integrando “los distintos conceptos salariales de la jornada ordinaria”.

La siguiente cuestión a analizar guarda relación con ese segundo enunciado de la norma, que prevé que dicha retribución “normal o media” se calculará en la forma que determine en cada país la autoridad competente. Considero que, a este respecto, no cabe duda alguna de que, en nuestro sistema de relaciones laborales, la negociación colectiva se erige con todas garantías como dicha “autoridad competente”. Además,

⁶⁴¹ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: “La retribución de las vacaciones”, en *Tribuna Social*, nº38, pág. 36.

⁶⁴² Como, por ejemplo, el plus de montaña percibido por los trabajadores de la Sociedad Estatal de Paradores de Turismo de España S.A., justificado por razones climatológicas y de aislamiento y que deberá ser abonado, también, durante el disfrute de las vacaciones: STS de 20/05/1992 (Rec. 1634/1991). O todos los complementos de puesto de trabajo previstos por el convenio colectivo de empresas de seguridad: SAN de 30/04/2015 (St. 78/2015).

⁶⁴³ STS 20/05/92 (Rec. 1634/1991).

entiendo que tanto el sentido de la norma del Convenio 132 de la OIT, como la dinámica general de establecimiento de las condiciones de trabajo en nuestro país, llevan a pensar que nos encontramos ante un mínimo de derecho necesario relativo. De forma que las precisiones recogidas por el convenio colectivo no podrían suponer que, *de facto*, el trabajador percibiese durante sus vacaciones un salario inferior al habitual o regular durante el resto del año.⁶⁴⁴

No obstante, el TS, en una dilatada línea jurisprudencial⁶⁴⁵ que arranca con la STS de 21 de enero de 1992 (Rec. 792/1991), ha venido a rebajar en gran medida el alcance y aplicación de la norma contenida en el art. 7.1 del Convenio 132 de la OIT; en lo que se ha calificado como un auténtico regateo de la garantía constituida en este precepto⁶⁴⁶. Así, el Supremo ha venido entendiendo que, si bien la “remuneración normal o media” en la retribución de las vacaciones es la regla general, el convenio colectivo puede precisar y especificar los factores de cálculo de la retribución de las vacaciones, bien complementando esa regla general o bien apartándose de la misma siempre y cuando, eso sí, se respeten los mínimos indisponibles de derecho necesario. La sentencia concluye que, por lo expuesto, “no parece posible negar validez a las cláusulas colectivas que sustraigan de la retribución de las vacaciones componentes salariales que pudieran corresponder en una apreciación rigurosamente matemática a la «remuneración normal o media”. En síntesis, tal y como corrobora la propia doctrina científica⁶⁴⁷, la retribución de las vacaciones se fijaría, a la luz de esta lectura, prioritariamente según lo establecido en el convenio colectivo y sólo a falta de una

⁶⁴⁴ A favor: PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “Sobre el carácter dispositivo del Convenio 132 de la OIT”, en *Actualidad Laboral*, nº 35, 1990, págs. 1541 y ss., GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Sobre el necesario retorno de equivalencia en el salario de vacaciones”, en *Revista de Derecho Social*, nº67, 2014, págs. 73 y ss.

⁶⁴⁵ Y que continua, entre otras, con las SSTS 09/11/1996 (Rec. 3318/1995), 07/07/1999 (Rec. 4320/1998), 26/07/2010 (Rec. 199/2009), 06/03/2012 (Rec. 80/2011).

⁶⁴⁶ DE LA VILLA GIL, L. E.: “La nueva lectura del artículo 7.1 de la Directiva 2003/88/CE, por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su impacto en los complementos salariales”, en *Trabajo y Derecho*, nº 1, 2015, pág. 17

⁶⁴⁷ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “Sobre...” *op. Cit.*, pág. 822; ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: “La retribución...”, *op. Cit.*, pág. 38; ALFONSO MELLADO, C.L., PEÑA OBIOL, S.: “Vacaciones...”, *op. Cit.*, pág. 50; NORES TORRES, L.E.: “Las vacaciones”, *op. Cit.*, pág. 335.

regulación convencional específica se aplicará la regla de la “remuneración normal o media” del Convenio 132 de la OIT.

Sin embargo, todo este cuerpo jurisprudencial ha sido puesto en jaque muy recientemente desde el propio TJUE. En efecto, la corte de Luxemburgo en su Sentencia de 22 de mayo de 2014 (*Z. J. R. Lock contra British Gas Trading Limited*) cuestiona todos los fundamentos jurídicos de la citada doctrina del TS. Concretamente, el TJUE enjuicia el caso de un trabajador que, junto al salario base, cada mes percibe las comisiones relativas a las ventas realizadas durante el mes anterior; lo que, según la práctica de la empresa, suponía que, en los meses siguientes al disfrute de las vacaciones, el montante total de su salario se viese disminuido, porque durante dicho periodo vacacional no se realizaba venta alguna.⁶⁴⁸ Pues bien, al hilo de este particular la corte Comunitaria destaca, en primer lugar, la especial importancia de que todo trabajador disfrute de unas vacaciones anuales retribuidas, lo que se considera como un principio de Derecho Social de la Unión Europea. A continuación, estima que la obligación de retribuir las vacaciones tiene como objetivo colocar al trabajador, durante las citadas vacaciones, en una situación que, desde el punto de vista del salario, sea comparable a los períodos de trabajo (de acuerdo a las sentencias *Robinson-Steele* y otros, apartado 58, y *Schultz-Hoff* y otros, apartado 60). Y, por último, concluye mostrando su oposición a que el trabajador sufra cualquier tipo de desventaja diferida durante los meses siguientes al disfrute de las vacaciones; pues ello podría disuadirle de ejercitar este trascendental derecho y resultaría contrario al objetivo perseguido por el art. 7 de la Directiva 2003/88/CE.⁶⁴⁹

Pues bien, como no podía ser de otra manera, el criterio así manifestado por el TJUE ha sido pertinentemente asumido por los tribunales españoles. En efecto, las SSAN de 21/07/2014 (St. 136/2014) y, muy especialmente, 17/09/2014 (St. 151/2014), así como también la SAN de 20/03/2015 (St. 45/2015), marcan la que será la postura

⁶⁴⁸ Situación que, tras la reclamación del propio trabajador, llevó al Employment Tribunal, de Leicester (Reino Unido), a plantear una cuestión prejudicial sobre el alcance del art. 7.1 de la Directiva 2003/88/CE al TJUE.

⁶⁴⁹ Sentencia del TJUE de 22/05/2014 (*Z. J. R. Lock contra British Gas Trading Limited*).

jurisdiccional en nuestro país a partir de ahora y abandonan ya el criterio que hasta este momento venía sosteniendo el TS, sobre la posibilidad de que el convenio colectivo detrajese determinados complementos salariales variables de la retribución de las vacaciones. Según sus propios términos, la SAN de 17/09/2014 (St. 151/2014) afirma que las conclusiones de la STJUE del caso *Lock*, sobre las comisiones en relación a la paga de las vacaciones, son extensibles a cualquier otra retribución variable correspondiente a la jornada ordinaria. Y, por tanto, el convenio colectivo no podrá excluir ningún complemento salarial variable devengado durante la jornada ordinaria. Lo que supone, de este modo, abandonar la doctrina jurisprudencial del TS que permitía tales prácticas convencionales, pues sobre ella debe prevalecer, en virtud del principio de supremacía del derecho comunitario, la sólida postura manifestada en la STJUE de 22/05/2014. En fin, es cierto que estas Sentencias de la AN no han ganado todavía firmeza por haber sido recurridas en casación. Pero puede afirmarse, a efectos prácticos, que muy pronto ésta será también la doctrina del TS; pues la línea jurisprudencial que actualmente sacrifica la garantía del Convenio 132 de la OIT a lo dispuesto en el convenio colectivo decaerá, inevitablemente, ante la nueva doctrina del TJUE.⁶⁵⁰

Todo ello no obstante, debe destacarse que los complementos variables podrían no ser “específicamente” abonados en el salario de vacaciones, pero se previese un complemento compensatorio al efecto. Se trataría del caso en que la tabla salarial del convenio fijase una retribución global de las vacaciones que, de facto, supusiese que durante éstas se cobra un salario, al menos, equivalente al conjunto de salario base más complementos variables abonados durante el resto de meses del año.⁶⁵¹

En cambio, por su parte, sí resultaría justificado y acorde a la jurisprudencia del TJUE que el convenio colectivo detrajese de la retribución propia de las vacaciones el complemento salarial de “toma y deje”, por no corresponderse éste con la jornada

⁶⁵⁰ DE LA VILLA GIL, L. E.: “La nueva...”, *op. Cit.*, pág. 21. En el citado artículo se desarrolla un análisis en profundidad sobre la incidencia de esta Sentencia del TJUE en el panorama nacional.

⁶⁵¹ Los tribunales han avalado, en buena lógica, esta posibilidad: STSJ de Asturias de 29/05/2015 (St. 1061/2015).

normal u ordinaria, sino que responde a un exceso de la misma; así como también podría pactarse la exclusión del complemento de jornada partida, por suponer una indemnización que cubre los gastos ocasionados por el doble desplazamiento que se realiza en cada día de trabajo efectivo.⁶⁵² De este modo, cabe asumir que la negociación colectiva sí podría descontar de la paga de las vacaciones aquellos complementos salariales que no se identifiquen con la verdadera “retribución normal o media” derivada en sentido estricto de la prestación de servicios ordinaria.

b) El momento del abono de la retribución de las vacaciones.

La segunda cuestión que debe clarificarse en relación a la retribución de las vacaciones, dado el silencio del texto estatutario, es la del momento de su abono. Al respecto, el art. 7.2 del Convenio 132 de la OIT dispone que la retribución de las vacaciones debe ser pagada al trabajador antes de sus vacaciones. Sin embargo, la norma sólo opera en defecto de pacto que vincule a trabajador y empresario, tal y como indica a continuación el propio artículo.⁶⁵³ Así, el momento del pago de las vacaciones se regirá prioritariamente por lo dispuesto en la negociación colectiva; y sólo en defecto de regulación específica sobre este particular se acudirá a la regla del Convenio 132 de la OIT de pago anticipado (que, aunque no sea el caso del ordenamiento español, es el criterio normativo seguido por multitud de Reglamentaciones de Trabajo⁶⁵⁴). Lo cierto es que en el panorama español se encuentran pocos ejemplos en los que la negociación colectiva adopte el abono anticipado de la retribución de las vacaciones⁶⁵⁵. Un análisis particular merece la hipótesis del pago fraccionado de las vacaciones a lo largo del año, de manera que la

⁶⁵² SAN de 25/09/2015 (St. 150/2015).

⁶⁵³ Art. 7.2 del C. 132 de la OIT: El monto debido en virtud del párrafo 1 deberá ser pagado a la persona empleada interesada antes de sus vacaciones, a menos que se haya previsto de otro modo en un acuerdo que vincule al empleador y a dicha persona.

⁶⁵⁴ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: “La retribución...”, *op. Cit.*, pág. 37.

⁶⁵⁵ NORES TORRES, L.E.: “Las vacaciones”, *op. Cit.*, pág. 336.

retribución correspondiente al periodo vacacional se percibiese de forma fraccionada y anticipada durante el resto de abonos periódicos salariales del año en cuestión.

Lo que ocurre es que este sistema de retribución de las vacaciones (*rolled-up holiday pay*) implicaría que en el momento preciso de disfrute de las vacaciones el trabajador no percibiría ya retribución alguna. Es por ello que el TJCE se mostró contrario a este sistema retributivo, ya que la retribución de las vacaciones debiera producirse en modo tal que durante el disfrute de las mismas el trabajador percibiese un salario equivalente a los periodos de trabajo.⁶⁵⁶

8. Un supuesto particular: El trabajo durante las vacaciones.

Toda vez que, tal y como se ha visto, la finalidad de las vacaciones no es otra que la de proporcionar al trabajador un periodo prolongado de reposo y desconexión del trabajo que, al mismo tiempo, permita el desarrollo de la personalidad, el ocio y la conciliación familiar, cabría plantearse si es posible desarrollar un trabajo, por cuenta propia o cuenta ajena para otra empresa, durante las vacaciones anuales retribuidas.

Originariamente, tanto la LCT de 1931 como la LCT de 1944 establecían que, si bien no quedaba prohibido el trabajo durante las vacaciones, si se prestaban servicios para sí o para otro debería reintegrarse al empresario correspondiente lo percibido en concepto de retribución por vacaciones. En un sentido próximo, el art. 13 del Convenio 132 de la OIT recoge la posibilidad de que en cada país la autoridad competente o el Organismo apropiado adopte reglas relativas a los casos en que una persona empleada ejerza durante sus vacaciones una actividad remunerada incompatible con la finalidad de dichas vacaciones. Sea como fuere, la auténtica realidad es que, ya sin vigencia ambas LCT, y sin que haya habido ningún desarrollo normativo sobre la posibilidad expuesta por el Convenio 132 de la OIT, no hay soporte legal específico que limite, en modo alguno, el trabajo durante las vacaciones.

⁶⁵⁶ STJCE de 16/03/2006 (*asunto Robinson-Steele*).

Pese a ello, en base a la idea de que el empresario posee un interés legítimo en que su trabajador respete el descanso y así, cuando reanude su labor, lo haga en condiciones físicas y psíquicas adecuadas, se ha sostenido también que no resulta posible trabajar durante las vacaciones.⁶⁵⁷ En efecto, según la tesis defendida por este sector doctrinal, el trabajo durante las vacaciones vulnera la finalidad de las mismas y, por tanto, el mismo debe limitarse a través de algún mecanismo; siendo el más recurrido el expuesto por la LCT de 1931 y la de 1944 de reintegrar al empresario correspondiente lo percibido en concepto de retribución por vacaciones (de modo que, así, el empresario se vería resarcido mediante una especie de reequilibrio patrimonial)⁶⁵⁸. A este argumento se suma otro de índole patrimonial, en el sentido de que la empresa posee ciertas expectativas en que el descanso cumpla su finalidad en tanto en cuanto lo está retribuyendo⁶⁵⁹.

Como puede observarse, detrás de esta postura doctrinal subyace la idea de que una falta de descanso durante las vacaciones, derivada del desarrollo de otro trabajo, acarrearía una hipotética disminución del rendimiento al reingresar en la empresa tras las mismas. Todo ello no obstante, en mi opinión, no cabe limitar el trabajo por cuenta propia o cuenta ajena para otra empresa durante el disfrute de las vacaciones. Pues cada uno de los argumentos esgrimidos por parte de la doctrina científica para negar la posibilidad de trabajar durante las vacaciones encuentra una respuesta sólida que conduce a la conclusión contraria.

Así, en primer lugar y con carácter general, no creo que resulte acertado basar la negativa al trabajo durante las vacaciones en la mera hipótesis de que ello provocaría una disminución del rendimiento al reincorporarse a la empresa tras las mismas; ya

⁶⁵⁷ SEMPERE NAVARRO, A.V., CHARRO BAENA, P.: "Las Vacaciones..." *op. Cit.*, págs. 190-191; GARCÍA ORTEGA, J.: "Nacimiento...", *op. Cit.*, pág. 18; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: "Sobre..." *op. Cit.*, págs. 828-829 (a pesar de señalar este último la escasa relevancia práctica de la cuestión en España, sostiene la misma postura a nivel teórico).

⁶⁵⁸ SEMPERE NAVARRO, A.V., CHARRO BAENA, P.: "La libertad...", *op. Cit.*, pág. 1345.

⁶⁵⁹ SEMPERE NAVARRO, A.V., CHARRO BAENA, P.: "La libertad...", *op. Cit.*, pág. 1349.

que, desde luego, no parece del todo prudente establecer una presunción apriorística semejante para limitar el derecho al trabajo durante las vacaciones.⁶⁶⁰

Por otra parte, tampoco resultaría acertado el argumento de que, dado que la empresa estaría retribuyendo las vacaciones, tendría una expectativa patrimonial legítima en que estas cumpliesen su finalidad de recuperación fisiológica y psicológica. En efecto, a este respecto debe advertirse que, tal y como ya se analizó durante el epígrafe correspondiente de este mismo capítulo, la retribución percibida durante las vacaciones es salario a todos los efectos (26.1 ET); salario que, en realidad, se devengó durante el tiempo trabajado a lo largo del año en cuestión. Por tanto, la retribución percibida por el trabajador durante el transcurso de las vacaciones no confiere ninguna prerrogativa al empresario acerca de cómo se emplea dicho tiempo de descanso.

Pero, sobre todo, el principal argumento que permite poner en cuestión la tesis de la prohibición de trabajar en vacaciones es que tal limitación carece de fundamento legal alguno; pero, en cambio, sí existe un soporte normativo muy sólido para defender la posibilidad de trabajar durante este descanso. En efecto, STC de 27 de octubre de 2003 (192/2003) estructura en base al art. 35.1 de la CE (que recoge la libertad y el derecho al trabajo) la imposibilidad de limitar el trabajo durante el disfrute de las vacaciones⁶⁶¹; pronunciándose en estos términos concretos: “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. Una tal concepción, según la cual el tiempo libre se considera tiempo vinculado y la persona se devalúa a mera fuerza de trabajo, resulta incompatible con los principios constitucionales de dignidad de la persona y libre desarrollo de su personalidad”.

⁶⁶⁰ Habría actividades lúdico-deportivas que, sin ningún género de dudas, provocarían un agotamiento muy superior al de muchas actividades profesionales.

⁶⁶¹ En sentido no contrario pero sí muy matizado: SEMPERE NAVARRO, A.V., CHARRO BAENA, P.: “La libertad...”, *op. Cit.*, pág. 1348-1350.

Además, como señala esta misma sentencia del TC, no resulta coherente sostener cualquier tipo de limitación respecto a la posibilidad de trabajar durante las vacaciones en un ordenamiento que, en principio y salvo pacto de exclusividad, permite el pluriempleo.⁶⁶² A este respecto, un sector de la doctrina científica⁶⁶³ entiende que en caso de que el pluriempleo fuese previo al inicio de las vacaciones sí podría trabajarse durante éstas sin ninguna especialidad; pero, en cambio, cuando se empezase a desempeñar ese otro trabajo una vez ya iniciado el disfrute de las vacaciones retribuidas, habría que compensar patrimonialmente al empresario con el reintegro de dicha retribución. Sin embargo, considero que resultaría aleatorio y falto de justificación condicionar la naturaleza de la solución al momento en que se produzca la situación de pluriempleo pues, sustancialmente, las circunstancias materiales y jurídicas son exactamente las mismas y, además, no hay soporte formal que disponga nada semejante para el caso. De modo que no creo que deba aplicarse un tratamiento diferenciado en función de que el pluriempleo fuera, o no, preexistente al inicio de las propias vacaciones.

En fin, no obstante todo lo anterior, hay que destacar que pese a la libertad genérica de trabajar durante las vacaciones, sí deben respetarse todos los límites genéricos que operan a lo largo de la relación laboral, y en especial los que inciden particularmente en cualquier supuesto de pluriempleo: no concurrencia, fidelidad y sigilo profesional; todos ellos dimanantes del deber general de la buena fe contractual (5 a) y 20.2 ET).

⁶⁶² En este sentido: ALFONSO MELLADO, C.L., PEÑA OBIOL, S.: “Vacaciones...”, *op. Cit.*, pág.

⁶⁶³ GARCÍA ORTEGA, J.: “Nacimiento...”, *op. Cit.*, pág.18; CABEZA PEREIRO, J.[et al.]: “La ordenación...”, *op. Cit.*, pág. 149.

CAPÍTULO IX
LAS FIESTAS LABORALES



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

IX. LAS FIESTAS LABORALES.

1. Concepto. 2. Clasificación y determinación. 3. Régimen jurídico.

1. Concepto.

Como se sabe, las fiestas laborales constituyen otro más de los descansos laborales previstos por el legislador. Su régimen jurídico se recoge en el art. 37.2 ET, junto al descanso semanal y los permisos retribuidos, así como en los arts. 45, 46 y 47 del RD 2001/1983, que se mantienen vigentes en virtud de la Disposición Derogatoria Única del RD 1561/1995 sobre jornadas especiales de trabajo.

Respecto a su contenido, se trata éste de un descanso de carácter retribuido y no recuperable, a disfrutar en una serie de fechas específicas consideradas de interés cívico o religioso, cuyo número se fija, con carácter anual, en catorce días festivos de los que dos serán locales.⁶⁶⁴ Un primer acercamiento a la norma induce a plantearse cuál es su naturaleza y, en consecuencia, si el número de festivos puede alterarse; y, en su caso, en qué sentido y a través de qué instrumento. Es cierto que el tenor literal de la Ley⁶⁶⁵ podría hacer pensar que se trata de una norma de carácter imperativo que, por tanto, impide a las partes pactar festividades por encima o por debajo de las catorce fijadas por la Ley.⁶⁶⁶ Sin embargo, pese a la rotundidad de la letra de la norma, la esencia y finalidad del derecho lleva a entender, en mi opinión, que más bien se trata de un mandato dirigido a los poderes públicos, en el sentido de que las fiestas laborales programadas por ellos no excedan de la citada cuantía anual; pero sí sería

⁶⁶⁴ Sin embargo, cuando la Comunidad Autónoma no haya podido fijar como festivo el día de una conmemoración tradicional propia, en los términos que se expondrán más adelante, podrá añadirse un decimoquinto, si bien éste sí tendría carácter recuperable.

⁶⁶⁵ 37.2 ET: "Las fiestas laborales, que tendrán carácter retribuido y no recuperable, no podrán exceder de catorce al año, de las cuales dos serán locales."

⁶⁶⁶ RAMOS QUINTANA, M.I.: "Los descansos...", *op. Cit.*, pág. 141.

viable, en cambio, que las partes, ya sea en sede individual o colectiva, estableciesen nuevas festividades más allá de las catorce previstas por el ET.⁶⁶⁷

Por su parte, la esencia y finalidad de esta institución enraízan, como no podría ser de otra manera, en el fundamento genérico de los descansos laborales, esto es dar cumplimiento a la previsión constitucional del art. 40.2 CE de garantizar el descanso necesario en el trabajo. Pero, además, se asientan sobre otro pilar, ya particular y exclusivo de este descanso concreto, que deriva de su carácter cívico o religioso. En efecto, se considera de interés general para la sociedad que sus miembros puedan celebrar de forma conjunta ciertas conmemoraciones de dicho carácter cívico o religioso, pues el establecimiento de unos días festivos de disfrute simultáneo refuerza los lazos de convivencia social y familiar⁶⁶⁸, además de consolidar la identidad colectiva en una comunidad. Esa misma conclusión se desprende, también, del hecho de que el listado del art. 45 del RD 2001/1983 clasifique los festivos, fundamentalmente, en cívicos y religiosos⁶⁶⁹. Pues bien, sobre estas convicciones y para acoger tales intereses dentro del panorama jurídico, se incorporan al régimen de descansos previsto por el legislador los catorce días festivos o fiestas laborales.

2. Clasificación y determinación.

Las fiestas laborales vienen determinadas por los poderes públicos y son objeto de publicación en el BOE para su posterior traslado al calendario laboral de la empresa. No obstante, tal y como se ha dicho, los festivos obedecen a motivaciones diversas, no son uniformes en todo el territorio nacional y pueden ser objeto de variación cada año; razones todas ellas por las que el régimen de su fijación y determinación es prolijo y complejo.

⁶⁶⁷ En la misma línea: CABEZA PEREIRO, J.[et al.]: “La ordenación...”, *op. Cit.*, pág. 137.

⁶⁶⁸ CABEZA PEREIRO, J.[et al.]: “La ordenación...”, *op. Cit.*, pág. 137.

⁶⁶⁹ ALFONSO MELLADO, C.L., PEÑA OBIOL, S.: “Vacaciones...”, *op. Cit.*, pág. 85.

En efecto, ya de entrada, en función de lo establecido en art. 37.2 del ET y el art. 45 del RD 2001/1983 podemos distinguir fiestas de alcance nacional, autonómico y local.

Respecto a los festivos de ámbito nacional podemos diferenciar distintos grupos y, en función de aquél en el que se encuadren, el régimen de su fijación y el organismo competente para llevarla a cabo será uno u otro. A continuación se clasifican las fiestas laborales de alcance nacional en tres bloques atendiendo a las reglas de su fijación, con independencia de que en algún caso dichos bloques no coincidan con la agrupación que se hace en el propio art. 45 del RD 2001/1983⁶⁷⁰; que, ciertamente, no resulta del todo funcional a la hora de examinar las reglas que rigen el disfrute y la fijación de cada uno de los días festivos.

El primer bloque de festividades de ámbito nacional coincidiría exactamente con las recogidas expresamente en el art. 37.2 del ET: el 25 de diciembre (Natividad del Señor), el 1 de enero (Año Nuevo), el 1 de mayo (Fiesta del Trabajo) y el 12 de octubre (Fiesta nacional de España).

El segundo bloque estaría compuesto por el 6 de diciembre (Día de la Constitución Española), el 15 de agosto (Asunción de la Virgen), el 1 de noviembre (Todos los Santos), el 8 de diciembre (Inmaculada Concepción) y el Viernes Santo.

Y el tercer y último bloque de festivos de alcance nacional, agrupados según las reglas de su fijación, se corresponde puntualmente con el apartado d) del art. 45 del RD 2001/1983: Jueves Santo, 6 de enero (Epifanía del Señor) y 19 de marzo (San José) o 25 de julio (Santiago Apóstol).

⁶⁷⁰ Las fiestas laborales de ámbito nacional de carácter retribuido y no recuperable, serán las siguientes: A) De carácter cívico: 12 de octubre, Fiesta Nacional de España, 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.

Una vez ya se han agrupado en estos tres bloques los festivos de carácter nacional, es posible abordar el tratamiento de las reglas que rigen su fijación y determinación con mayor facilidad y claridad. La primera regla que debe tenerse en cuenta es la de que, a excepción de los festivos del primer bloque, todos los demás podrán ser trasladados a los lunes cuando tengan lugar entre semana. Así, salvo el 25 de diciembre, el 1 de enero, el 1 de mayo y el 12 de octubre, el disfrute de los festivos nacionales puede ser trasladado al lunes siguiente cuando la fecha prevista, en principio, por la Ley coincidiese con un día intermedio de la semana. Esta potestad, que, en su caso, deberá ser ejercida por el Gobierno de España y reflejarse en el BOE al inicio del año correspondiente, obedece a motivos de índole económica, en relación a los perjuicios que podría causar a las empresas (en especial del sector industrial) la detención total de su actividad entre semana para reiniciarla dos días después.⁶⁷¹

A continuación de esta regla, el art. 37.2 ET establece que el descanso laboral de las fiestas que coincidan con domingo será, en todo caso, objeto de traslado al lunes inmediatamente posterior. Nótese que la norma prevé como supuesto de hecho únicamente que el día festivo tenga lugar en domingo⁶⁷², con lo que queda fuera el caso de que la coincidencia se dé entre el festivo y otro día de descanso semanal distinto al domingo, por ejemplo el sábado. Por tanto, cuando el festivo tenga lugar en un día previsto como de descanso pero distinto al domingo, los trabajadores no podrán exigir compensación alguna al empresario, ni económica ni en términos de descanso adicional⁶⁷³; a salvo, eso sí, de los posibles pactos más favorables con origen colectivo o individual. Por otra parte debe reseñarse que esta posibilidad afectaría, potencialmente, a cualquiera de los días festivos; independientemente de en qué bloque se agrupasen.

⁶⁷¹ Es por ello que, coloquialmente, se denomina a esta regla como una “medida anti-puentes” que queda en manos del Gobierno.

⁶⁷² Ello es debido al hecho cierto de ser el domingo el día típico de descanso para la mayoría de los trabajadores: CABEZA PEREIRO, J.[et al.]: “La ordenación...”, *op. Cit.*, pág. 138.

⁶⁷³ STS de 23 de septiembre de 1993 (Rec. 1981/1991), que desestima la petición de la recurrente de que “un sábado no trabajado por ser la jornada semanal de lunes a viernes dé lugar a un descanso adicional o a una retribución económica compensatoria si coincide con festivo.”

Tras referir las competencias del Gobierno en cuanto a la determinación de las fiestas laborales de ámbito nacional, es turno ahora de examinar las facultades de las Comunidades Autónomas de cara a la fijación de los festivos de ámbito autonómico. En primer lugar, corresponde a las Comunidades Autónomas la opción entre celebrar la fiesta de San José o la de Santiago Apóstol en su correspondiente territorio. Y, en segundo lugar y por mor del art. 37.2 ET, podrán señalar, dentro del límite anual de catorce días festivos, aquellas fiestas que por tradición les sean propias; es decir, los festivos de alcance autonómico. Para ello, las Comunidades Autónomas contarán con dos vías. La primera de ellas es sustituir directamente las fiestas de ámbito nacional del apartado d) del art. 45 del RD 2001/1983 (Jueves Santo, 6 de enero y la elegida entre San José y Santiago; es decir, las del tercer bloque lógico señalado en este trabajo) para introducir en el calendario las suyas propias. La segunda vía consiste en permutar las fiestas que, coincidiendo en domingo, debieran ser trasladadas al lunes por las que sean tradicionales en dicha Comunidad Autónoma. Nótese que, según lo que ya se dijo sobre los festivos que cayesen en domingo, este mecanismo para la introducción de festivos propios de la Comunidad Autónoma podría implicar la sustitución de cualquiera de los festivos de ámbito nacional; independientemente del bloque en el que estuviesen clasificados. En último lugar, y como válvula de cierre, en el 37.2 ET se prevé, tal y como se anunció, que cuando una Comunidad Autónoma no pudiera introducir una de las fiestas que sean tradicionales en su territorio por no coincidir con domingo un número suficiente de festivos de ámbito nacional, podrán añadir un decimoquinto festivo, eso sí, con carácter recuperable.⁶⁷⁴ Además, las Comunidades Autónomas podrán también trasladar al lunes sus propias fiestas cuando tengan lugar entre semana como medida anti puentes. En fin, cabe señalar que los festivos resultantes del ejercicio de estas competencias deben ser comunicadas por las Comunidades Autónomas al Ministerio de Empleo y Seguridad Social a fin de darles publicidad a través del BOE.

⁶⁷⁴ De esta forma, el ET trata de permitir a las C.C.A.A. la celebración puntual de todas sus festividades tradicionales en aquellos años en que, por las circunstancias de hecho y las reglas de fijación ya estudiadas, no fuese posible; pero sin que ello supusiese conculcar ese mandato dirigido a los poderes públicos de no elevar el número de fiestas anuales por encima de catorce.

Hasta este punto se ha referido cómo se determinan doce de los catorce festivos anuales que la Ley prevé para los trabajadores, participando en su fijación y determinación, primero, el Gobierno de España y, por otra parte, también los respectivos gobiernos de las distintas Comunidades Autónomas. Pues bien, el mismo 37.2 ET, que fija las fiestas laborales en un máximo de catorce, dispone que, junto a los festivos de alcance nacional y autonómico, habrá dos días festivos de carácter local que se fijarán en función de las celebraciones que, por tradición, correspondan al municipio o localidad en que se radique el centro de trabajo. Respecto a la elección entre ellas, si fuesen más de dos las fiestas tradicionales del lugar, será competencia de la autoridad laboral correspondiente, a propuesta del Pleno del Ayuntamiento. Además, deberán ser publicadas en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma y, en su caso, en el de la provincia.

3. Régimen jurídico.

Por lo que se refiere al régimen jurídico de las fiestas laborales, debe reflejarse que, tal y como ya se anunció desde un primer momento, son retribuidos y deben disfrutarse de manera efectiva en el día que correspondiese según las reglas de fijación ya expuestas; sin que sea posible que el empresario exija, posteriormente, la recuperación de las horas dejadas de trabajar ese día festivo.

a) Carácter retribuido.

El carácter retribuido de los días festivos enraíza directamente con su esencia y finalidad. En efecto, si lo que se pretende es que el común de la población disfrute de manera conjunta de una serie de días de asueto durante cada año para celebrar en comunidad determinados eventos de naturaleza cívica o religiosa, resulta necesario que sean retribuidos, exactamente, en la misma cuantía que si efectivamente se

hubiese trabajado; pues lo contrario supondría, con toda seguridad, desincentivar el ejercicio del derecho.

A este respecto debe precisarse que el carácter retribuido de los días festivos se mantiene incluso en supuestos en los que no lo hace para los descansos semanales. En efecto, la inactividad derivada del ejercicio de la huelga no permite descontar la parte proporcional de la retribución propia de los días festivos, a diferencia de lo que sí ocurre con los días de descanso semanal; disparidad que se debe, principalmente, a la distinta naturaleza de unos y otros. Como se sabe, el descanso semanal es retribuido, pero esa retribución se devenga durante cada uno de los días trabajados en esa semana;⁶⁷⁵ y, por ello, la ausencia del trabajador en un día de trabajo implica la pérdida tanto del salario del día en que no se trabaja como de la parte proporcional correspondiente al descanso semanal. Sin embargo, los festivos, por su parte, no están conectados con un tiempo de trabajo precedente, no requieren un trabajo previo para su devengo; y, por ello, no pueden establecerse reglas de proporcionalidad entre los períodos de trabajo y la retribución correspondiente al día festivo. Ciertamente, los festivos establecidos en el artículo 37.2 del Estatuto de los Trabajadores no responden de manera directa e inmediata a la necesidad de descansar después del trabajo, sino que traen causa en la conveniencia de que el conjunto de la sociedad celebre colectivamente determinadas fechas significativas en el plano religioso o civil; por lo que no hay una verdadera conexión entre el trabajo previo y su disfrute remunerado⁶⁷⁶.

Todo ello no obstante, debe destacarse que, si el día festivo en cuestión queda comprendido dentro del periodo de huelga, no procederá su retribución⁶⁷⁷. También

⁶⁷⁵ En este sentido, es muy gráfico como el art. 4 del RD 1106/2014 de 26 de diciembre, que fija el SMI para el 2015, establece que los trabajadores eventuales y temporeros y empleados del hogar, cuyos servicios para un mismo empleador no excedan de 120 días, reciban de manera conjunta al salario mínimo diario la parte proporcional al descanso semanal.

⁶⁷⁶ La jurisprudencia da buena cuenta de todos estos razonamientos: STS 24-01-1994 (Rec. 2653/1992), STS 11-10-1994 (Rec. 190/1994) y STS 26-05-1992 (Rec. 1244/1991).

⁶⁷⁷ La misma jurisprudencia que defiende la imposibilidad de descontar a la retribución de los días festivos la parte proporcional al periodo de huelga precisa que, tal lectura, se refiere, exclusivamente, a

se postula en esta tesis la doctrina científica, que se inclina por afirmar que si un festivo cae dentro del periodo en que estaba convocada la huelga, se entiende que le alcanza la suspensión contractual producida por ésta y por tanto se pierde la retribución de ese festivo, sin que tampoco esté obligado el empresario a trasladar el día festivo o dar un descanso adicional por el festivo no disfrutado.⁶⁷⁸

b) Disfrute efectivo.

Por otra parte, la naturaleza de los festivos impide que el trabajador preste servicios durante el día que se hubiese señalado según las normas ya expuestas, pues deberán disfrutarse de manera efectiva en la fecha correspondientemente fijada; lo que, a su vez, implica, como se sabe, la no recuperabilidad de ese tiempo dejado de trabajar con motivo del descanso.

No obstante, esta regla general del disfrute efectivo del descanso en los días festivos tiene, como todas, una importante excepción. En efecto, el art. 47 del RD 2001/1983 prevé que, cuando, de manera excepcional, causas de origen técnico u organizativo⁶⁷⁹, demostradas por la empresa⁶⁸⁰, impidan disfrutar el festivo en la fecha

los festivos que quedasen fuera del periodo de huelga. Pero, obviamente, los días festivos en que se estuviese celebrando una huelga no serían retribuidos. Así se desprende de aseveraciones tales como: “Respecto de los festivos oficiales que quedan fuera de la semana de la huelga...” en STS 24-01-1994 (Rec. 2653/1992), “...salvo que se comprendan dentro del periodo de huelga...” en STS 11-10-1994 (Rec. 190/1994) y “...lleva consigo la pérdida proporcional del salario que corresponde a ese día, al de descanso y al día festivo, si lo hubiese en el periodo que comprende la huelga...” en STS 26-05-1992 (Rec. 1244/1991).

⁶⁷⁸ Por todos: ALFONSO MELLADO, C.L., PEÑA OBIOL, S.: “Vacaciones...”, *op. Cit.*, pág. 89; CABEZA PEREIRO, J.: “Descanso...”, *op. Cit.*, pág. 787.

⁶⁷⁹ Considero que, en relación a qué deba entenderse por la concurrencia de dichas “causas técnicas u organizativas”, resulta del todo indicativo lo recogido a este respecto por el art. 47 o el art. 51 para la suspensión del contrato o el despido colectivo. De este modo, la empresa podrá exigir la prestación de servicios durante un día festivo cuando así venga justificado por razones relacionadas los medios o instrumentos de producción o con los sistemas y métodos de trabajo del personal. Todo ello atendiendo, cómo no, al principio de la buena fe contractual y al límite del abuso de derecho.

⁶⁸⁰ La carga de la prueba recae sobre el empresario: CABEZA PEREIRO, J.[et al.]: “La ordenación...”, *op. Cit.*, pág. 140.

correspondiente, podrá exigirse al trabajador que preste de servicios durante ese día; lo cual, en mi opinión, resulta completamente ajustado a la estructura general de la relación laboral. Sobre todo si se tiene en cuenta que, tal y como recoge el precepto, esas horas trabajadas en el día festivo deberán retribuirse con un incremento económico del 75%, como mínimo, respecto al salario habitual⁶⁸¹; o bien, cabría, igualmente, la posibilidad de sustituir dicha retribución incrementada por un descanso compensatorio de, al menos, el mismo tiempo que se trabajó en el día festivo⁶⁸².

A este respecto se ha sostenido que el derecho de opción entre una y otra alternativa corresponde al trabajador⁶⁸³. Desde luego, parece justo que, dado que el derecho no pudo disfrutarse en el momento previsto por la Ley por causas relacionadas con el interés de la empresa, sea después el trabajador el que decida libremente cómo prefiere compensarlo. Sea como fuere, todo parece indicar que en caso de conflicto deberá optarse preferentemente por la retribución económica incrementada, pues así se desprende de la estructura literal del art. 47 del RD 2001/1983; que, como se sabe indica que la empresa vendrá obligada a abonar ese importe incrementado “salvo descanso compensatorio”⁶⁸⁴. En efecto, a diferencia de lo que se establece en el art. 35

⁶⁸¹ Dado el tenor de la Ley y el sentido de la norma, ese 75% deberá calcularse incluyendo el salario base y todos los complementos salariales correspondientes a las condiciones personales del trabajador y al trabajo realizado.

⁶⁸² Dado que la Ley no establece nada sobre el plazo para llevar a cabo ese descanso compensatorio, la fecha concreta podría acordarse (sería lo deseable, desde luego) entre las partes y se fijarse *ex ante* en el calendario laboral [STS 11/02/2010 (Rec. 33/2009)]. En caso de discrepancia al respecto y que, además, la negociación colectiva no previese ninguna solución específica para este particular, entiendo que, en virtud del poder de dirección que le atribuye la Ley, sería el empresario el encargado de fijar la fecha concreta del disfrute y el trabajador, por mor del principio *solve et repete*, aceptase, en principio, dicha fecha y, sólo posteriormente, pudiese reclamar por los perjuicios que se hubiesen derivado. Además, parece razonable pensar que la fecha concreta de disfrute del descanso compensatorio tuviese lugar en un plazo razonablemente breve tras la fecha del festivo; por ejemplo, en un periodo bisemanal, de manera paralela al plazo máximo permitido por el propio art. 37 del ET para efectuar el descanso semanal: [EZQUERRA ESCUDERO, L.: “Tiempo de trabajo: duración, ordenación y distribución”, Barcelona (Atelier), 2006, pág. 303].

⁶⁸³ CABEZA PEREIRO, J.[et al.]: *ibídem*, pág. 140.

⁶⁸⁴ Art. 47 del RD 2001/1983: “...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.”

del ET para la compensación de las horas extraordinarias, aquí parece existir una inclinación del legislador hacia la retribución económica incrementada. Ciertamente, cuando el ET regula la retribución de las horas extraordinarias, muestra una clara predilección por la compensación en forma de descansos equivalentes (de hecho, en ausencia de pacto al respecto, se compensarán de este modo), pero, en cambio, el art. 47 del RD 2001/1983, parece partir de la base de que el trabajo durante los días festivos se compensará mediante su abono económico (incrementado) y el descanso compensatorio pasa a ser, simplemente, una alternativa secundaria. Además, el hecho de que la Ley fije un incremento del 75% para la retribución dineraria, pero el descanso compensatorio no goce de este recargo, también conduce a la conclusión de que la opción preferida por el legislador es la primera, por ser más beneficiosa para el trabajador.

En cualquier caso, según entiende la jurisprudencia⁶⁸⁵, no sería obligatorio retribuir de manera incrementada las horas trabajadas durante un día festivo cuando los trabajadores hubiesen sido contratados, precisamente, para prestar sus servicios durante los días festivos. El TS justifica esta postura bajo la interpretación de que, en realidad, el art. 47 del RD 2001/1983 no pretende compensar en sí mismo el día trabajado en festivo, por una presunta mayor onerosidad; sino que, por el contrario, viene establecido para retribuir las horas trabajadas en festivo cuando, tras emplearse durante toda la semana, unas excepcionales circunstancias técnicas y organizativas compelan al trabajador a prestar sus servicios, también, el día festivo en cuestión. En efecto, como se sabe, el art. 47 del RD 2001/1983 establece que el trabajo durante los festivos llevará aparejada una retribución incrementada cuando la prestación de servicios en tales días venga exigida por razones técnicas u organizativas y, además, tuviese un carácter excepcional; pero ninguna de estas últimas circunstancias concurre en el supuesto de que el trabajador prestase sus servicios habitualmente durante los días festivos, sin que fuesen causas técnicas u organizativas de carácter excepcional las que motivasen su trabajo en esas fechas concretas. Ciertamente, estos trabajadores no

⁶⁸⁵ SSTS de 13/05/2014 (Rec. 181/2013), de 14/05/2014 (Rec. 180/2013) y, anteriormente, de 11/02/2010 (Rec. 33/2009) y 20/04/2010 (Rec. 3296/2008).

prestan sus servicios “excepcionalmente”, sino “normalmente” en días festivos, por lo que, en tales casos, no resultaría aplicable el contenido del art. 47 del RD 2001/1983. En efecto, en este sentido considero del todo razonable el argumento del TS de que, si el legislador hubiera querido establecer, con carácter general, un complemento salarial específico por trabajar durante los festivos, no lo hubiera regulado en un decreto sobre jornadas especiales, ni lo hubiese hecho con ese criterio de excepcionalidad.

Por último, en relación a esta posibilidad de exigir el trabajo durante los días festivos (debido a circunstancias justificativas de orden técnico u organizativo), cabe analizar un supuesto que, pese a su especificidad, no carece de relevancia. En concreto, resulta relativamente frecuente que dentro del sector de la hostelería se acuerde trabajar durante todos y cada uno de los catorce festivos anuales, lo cual se compensará con descansos equivalentes que se disfrutarán de manera acumulada.⁶⁸⁶ La primera impresión, es que tal descanso acumulado equivaldría a catorce días consecutivos de reposo, con los que se compensarían los catorce festivos no disfrutados. Sin embargo, el TS ha aportado un importante matiz que arroja un número superior de días de descanso compensatorio. En efecto, si los catorce festivos anuales no disfrutados se tradujesen, únicamente, en otros catorce días consecutivos de descanso compensatorio, se estaría obviando la incidencia de los días de descanso semanal sobre este punto. Y es que, en realidad, en estos casos, el descanso compensatorio por los festivos no disfrutados, no puede solaparse ni confundirse con los días propios del descanso semanal. Por lo que, cuando los festivos no disfrutados se compensen en forma de un único descanso acumulado y global, a los catorce días relativos a los propios festivos, se añadirán otros cuatro días, que harán referencia a los dos ciclos semanales que encerraría tal periodo. De modo que, en estos supuestos, el descanso habrá de componerse de un total de dieciocho días consecutivos. Y todo ello bajo la concepción de que el descanso semanal no se reconoce por la prestación efectiva de servicios durante cinco días; sino que, en realidad, dicho descanso se establece

⁶⁸⁶ Entre otros, art. 20 del Convenio Colectivo de Hostelería y Actividades Turísticas de la Comunidad de Madrid, art. 15 del Convenio Colectivo del Sector Industria de Hostelería de Navarra y art. 23 del Convenio Colectivo para el sector de la Hostelería de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

exclusivamente en consideración al hecho de que existe una vinculación al trabajo durante una semana.⁶⁸⁷



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

⁶⁸⁷ STS de 19/11/2013 (Rec. 54/2013).

CAPÍTULO X

LOS PERMISOS RETRIBUIDOS DEL ART. 37.3 ET



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

X. LOS PERMISOS RETRIBUIDOS DEL ART. 37.3 ET.

1. Introducción y concepto. 2. Por matrimonio. 3. Por nacimiento de hijo o infortunio familiar. 4. Por traslado del domicilio habitual. 5. Para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal. 6. Para realizar funciones sindicales o de representación del personal. 7. Para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto. 8. Reglas comunes a los distintos permisos retribuidos contemplados en el art. 37.3 del ET. 9. Los días de asuntos propios. 10. Otras licencias.

1. Introducción y concepto.

El art. 37.3 del ET recoge una serie de permisos o licencias en virtud de los cuales el trabajador podrá ausentarse del trabajo durante breves periodos de tiempo cuando deba enfrentarse a determinadas situaciones. Y, ello, sin la pérdida proporcional del salario correspondiente, pues son retribuidos. Pero, eso sí, con el deber de preavisar y justificar la ausencia. Pese a que su casuística es muy diversa y variada, todos estos permisos comparten una finalidad común: exonerar al trabajador de su prestación de servicios para que así pueda atender a distintas necesidades personales, familiares o cívicas, consideradas especialmente relevantes por el legislador.

En cuanto a su naturaleza, es cierto que los permisos recogidos por el art. 37.3 ET no son estrictamente tiempos de “descanso”; en el sentido de que no tienen por objeto que el trabajador se reponga física y psicológicamente de la prestación continuada de servicios, sino posibilitarle la atención de ciertas necesidades de índole personal. En efecto, puede observarse que, a diferencia de las de las vacaciones, el descanso semanal o los festivos, estos permisos se disfrutan en días que, en principio, sí habían sido contratados como de trabajo. Pero por imperativo legal, y en seguimiento del principio *favor laboratoris*, se exceptiona el sinalagma contractual y durante estos días no se prestan servicios, pese a que se conserve el derecho a la retribución.⁶⁸⁸ También se aprecia, en el plano de las diferencias entre los verdaderos tiempos de descanso y

⁶⁸⁸ ALARCÓN CARACUEL, M.R.: “La jornada...”, *op. Cit.*, pag. 53.

estos otros derechos contenidos en el art. 37.3 del ET, que los permisos retribuidos no sólo carecen de carácter periódico, sino que ni tan siquiera existe certeza en cuanto a su acaecimiento, pues están supeditados a que se manifieste la eventualidad que los genera.⁶⁸⁹ Todo ello no obstante, y a la vista de que se está ante situaciones en las que el trabajador quedará exonerado de prestar servicios para poder así atender determinadas necesidades personales, familiares o cívicas, pero mantendrá el derecho a la retribución, parece difícil negar cierto grado de proximidad entre esta figura y los verdaderos tiempos de descanso; como, efectivamente, demuestra el hecho de que los permisos retribuidos compartan ubicación con el descanso semanal y los festivos en el art. 37 ET.⁶⁹⁰

La fuente de regulación principal de estos permisos es, precisamente, el art. 37.3 del ET que, en concreto, establece que el trabajador, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo, conservando el derecho a la remuneración, por una serie de motivos estrictamente tasados que detalla el precepto. Debe subrayarse, antes de profundizar en el análisis singularizado de los distintos permisos que recoge este precepto, que su naturaleza jurídica es la de derecho necesario relativo; por lo que sus previsiones son mejorables tanto a nivel colectivo como individual.⁶⁹¹ Así lo mantiene unánime y pacíficamente tanto la doctrina científica como la jurisprudencia. De este modo, la mejora podrá venir bien del enriquecimiento de las condiciones que rodean a la ausencia del trabajador (principalmente la duración), o bien de un aumento de las posibles situaciones generadoras del derecho respecto al elenco recogido por el ET. En este sentido, conviene tener en cuenta que las nuevas situaciones generadoras de permisos retribuidos contempladas por el convenio colectivo no tienen por qué recibir

⁶⁸⁹ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: “Los permisos...”, *op. Cit.*, pág. 29.

⁶⁹⁰ También en el mismo sentido SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: *ibidem.*, pág. 59: Por razones históricas y analógicas es indiscutida esa caracterización.

⁶⁹¹ No obstante, sería aceptable que el convenio colectivo que estableciera permisos en algún caso menos favorables que los garantizados por el art. 37.3 ET, pero siempre que, en su conjunto y cómputo anual, dicha normativa resultase más favorable para los trabajadores: CABEZA PEREIRO, J.: “Descanso...”, *op. Cit.*, pág. 794.

necesariamente el tratamiento dado a los permisos previstos legalmente⁶⁹², cuyas características y régimen jurídico serán analizados aquí.

2. Por matrimonio.

El art. 37.3 ET confiere al trabajador un permiso de quince días de ausencia retribuida en caso de matrimonio, ya sea en su forma civil o religiosa, con observancia de los requisitos exigidos por los arts. 49-65 del Código Civil y, tras la reforma operada por la Ley 13/2005, con independencia de que se celebre entre personas del mismo o de diferente sexo. Es importante destacar que el citado permiso se fundamenta “en el hecho mismo del matrimonio como acontecimiento” y a lo que se atiende no es al nuevo estado civil del trabajador, “sino al acto en sí de celebrar la boda”⁶⁹³. Lo cual, sumado a que “la inscripción como pareja de hecho no es lo mismo que el matrimonio”⁶⁹⁴ y no aparece incluida en el radio de acción del art. 37.3 a) ET⁶⁹⁵, implica que se deniegue este permiso para las uniones de pareja de hecho.

No obstante, en mi opinión, cabría replantearse si esta diferencia de trato por parte de la Ley, y secundada por los tribunales, no obedece más a inercias históricas que a una diferencia real y efectiva que, en la actualidad, pueda sustentar un trato distinto. En efecto, bien parece que el criterio de los tribunales en este punto se fundamenta en la atribución a la *boda en sí*⁶⁹⁶ de una dimensión social de la que, en teoría, carecería la

⁶⁹² CABEZA PEREIRO, J.: *Ibidem*, pág. 793.

⁶⁹³ STSJ País Vasco 03/03/1998 (Stc. nº 746/1998).

⁶⁹⁴ STSJ C. y L.-Burgos 19/10/2006 (Rec. 927/2006). Es importante tener en cuenta, además, que lo que esta sentencia aclara es que cuando el convenio colectivo equipare en términos generales la unión de dos personas ya sea por convivencia *more uxorio* o por matrimonio, ello no implica que en el primer caso nazca automáticamente el derecho al permiso (pues, como se vió, el hecho motivador es el acto de celebración del matrimonio y no el paso de un estado civil a otro).

⁶⁹⁵ BLASCO JOVER, C.: “Tiempo de trabajo y permisos del trabajador por motivos personales y sindicales”, Tirant lo Blanch (Valencia), 2013, pág. 19.

⁶⁹⁶ Entendida ésta, en estos términos manejados por el TSJ del País Vasco, en la Sentencia antes referida, como la celebración del matrimonio.

inscripción de la pareja de hecho; identificando, así, el matrimonio con una celebración más o menos copiosa y el traslado a un nuevo domicilio común⁶⁹⁷, mientras que la inscripción de la pareja de hecho se concibe, más, como un evento de carácter estrictamente administrativo que constata una situación fáctica que ya comprendía una vida y un domicilio en común. Lo que ocurre, es que si, como todo parece indicar, el permiso no guarda relación con la naturaleza del acto administrativo en cuestión sino con una serie de contingencias adyacentes, considero que negar el permiso ante los supuesto de inscripción de pareja de hecho carecería de una verdadera justificación; pues no cabe presumir ni la existencia de una celebración al uso tras el matrimonio ni su ausencia en el caso de la inscripción como pareja de hecho, así como tampoco que antes de matrimonio no hubiese ya convivencia pero sí la hubiese en los casos de inscripción de la pareja de hecho.

En cualquier caso, lo que sí parece claro es que el convenio colectivo aplicable bien podría extender el permiso por matrimonio al supuesto de la constitución de una pareja de hecho. Al hilo de esta posibilidad se abre un interesante debate: en caso de que el trabajador disfrutase del permiso correspondiente por constituir una pareja de hecho, porque así lo previese el convenio colectivo, y posteriormente contrajese matrimonio con esa misma persona, ¿podría volver a disfrutar del permiso, con motivo de la celebración de dicho matrimonio? Desde luego, si atendemos a un criterio de aplicación razonable de la norma no parece justificado, además de resultar abusivo para la parte empresarial; por lo que habría que optar por disfrutar el permiso con motivo de uno u otro acto⁶⁹⁸. Exactamente lo mismo cabría interpretar para el caso de se contrajese matrimonio varias veces con la misma persona, por celebrarse primero un matrimonio civil y, posteriormente, uno religioso o porque los contrayentes se hubiesen divorciado o se anulase el matrimonio anterior.

⁶⁹⁷ STSJ de Navarra 29/10/1996 (Sentencia nº 473/1996).

⁶⁹⁸ CABEZA PEREIRO, J.: "Descanso...", *op. Cit.*, pág. 797 y BLASCO JOVER, C.: "Tiempo...", *op. Cit.*, pág. 21.

Respecto a la duración del permiso, ya se dijo que estaba fijada por la ley en quince días, que serán naturales y, por tanto, absorberán los festivos y descansos semanales que quedasen comprendidos en dicho periodo. Además, la fecha en que se celebra el matrimonio “debe estar incluida en los quince días, salvo cuando la celebración de la ceremonia se realice en día no laborable para el trabajador, en cuyo caso el plazo comenzará a contar desde el primer día laborable”⁶⁹⁹. Por tanto si el día en que se celebra el matrimonio era laborable para el trabajador, la ausencia ya se descuenta de los quince días de permiso, pero si no fuese así, el cómputo comienza en el primer día laborable siguiente a tal fecha.

Respecto a la fijación de la fecha para iniciar el disfrute hay que atender al principio de la inmediación⁷⁰⁰ que caracteriza todos estos permisos, de manera que no cabrá posponerlo para su disfrute extemporáneo y deberá comenzar a continuación de la celebración del matrimonio. El mismo razonamiento se sigue a la hora de descartar la posibilidad de acumular el permiso a situaciones en las que no se estuviesen prestando servicios, como vacaciones, suspensiones por incapacidad temporal o maternidad, cuando la celebración del matrimonio tuviese lugar durante su transcurso⁷⁰¹. Y es que, si lo pretendido con estos permisos es permitir que el trabajo no interfiera en determinadas situaciones especialmente relevantes para la vida del trabajador (ya sea por motivos personales, familiares o cívicos), no parece tener sentido, desde luego, conceder el permiso cuando en el momento de producirse tales circunstancias el trabajador se encontraba ya exonerado de prestar servicios.

⁶⁹⁹ STS 12/05/2008 (Rec. 4/2008). Téngase en cuenta que este pronunciamiento se refiere de manera exclusiva al permiso por matrimonio “habida cuenta del carácter excepcional del mismo en la vida laboral de cualquier trabajador”, apartándose así del régimen común para todos estos permisos, que se expondrá más adelante. Quede claro aquí simplemente que, para cualquiera de los otros supuestos previstos en el 37.3 ET, el inicio del cómputo del permiso tendrá lugar inmediatamente después del advenimiento del suceso causante, con independencia de que se trate, o no, de un día laborable.

⁷⁰⁰ Esta y otras reglas relativas al régimen jurídico de todos los permisos retribuidos se estudian detenidamente en el correspondiente epígrafe del presente capítulo.

⁷⁰¹ En el mismo sentido, y aportando además jurisprudencia del TCT: BLASCO JOVER, C.: “Tiempo...”, *op. Cit.*, pág. 25.

No obstante, nótese sobre este punto que las posibilidades para el trabajador a la hora de especular con el inicio del disfrute de este permiso son bastante amplias; pues será el propio trabajador o trabajadora quien decida la fecha de la boda, que a su vez determinará el momento en que comience el permiso retribuido. Además, no hay que dejar de lado eventuales acuerdos colectivos o individuales que permitan otras fórmulas más beneficiosas para el trabajador, como el fraccionamiento del permiso o inicio del disfrute anterior al día de la boda⁷⁰², ya fuese para atender preparativos o cualquier otra cuestión de esta índole.

Por último, debe observarse que, pese a que el ET no exija requisito de forma alguno, de acuerdo a las normas de la buena fe y las exigencias del propio art. 37.3, el trabajador deberá preavisar al empresario con el tiempo suficiente. Máxime si tenemos en cuenta que en el caso del matrimonio, a diferencia de otras ausencias previstas por este artículo, la antelación con la que se conoce la fecha del hecho causante del permiso compele especialmente al trabajador a actuar con esa diligencia.

3. Por nacimiento de hijo o infortunio familiar.

Seguidamente, el art. 37.3 b) del ET reconoce al trabajador el derecho a disfrutar de un permiso retribuido cuando acontezca, bien el nacimiento de un hijo **(a)**, o bien se dé el caso de que un familiar de hasta segundo grado por consanguinidad o afinidad sufriese alguno de los percances que se han venido a catalogar como infortunios, donde podrían encuadrarse todas aquellas situaciones familiares de naturaleza médica cuya atención exonere al trabajador de prestar servicios **(b)**.

La duración del permiso se concreta, para todas estas situaciones, en dos días, que pasarán a ser cuatro cuando el trabajador necesite realizar un desplazamiento para acudir al lugar en que hubiese tenido lugar el evento en cuestión. Ese mayor número de días en caso de desplazamiento hay que asociarlo a la exigencia de “invertir un

⁷⁰² SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: “Los permisos...”, *op. Cit.*, pág. 84.

mayor periodo de tiempo en llegar hasta el lugar en el que se precisa su ayuda y, posteriormente, regresar, lo cual solo ocurre cuando ambas localidades están distantes entre sí y se precisa de un considerable periodo de tiempo para el viaje”⁷⁰³. Quede claro que la mera existencia de un desplazamiento, entendido en el sentido literal del término, no justifica por sí mismo esa mayor duración del permiso. Y así, de acuerdo a un criterio de razonabilidad, solamente procederá la ampliación del permiso cuando el desplazamiento tenga una entidad suficiente; pues en caso contrario carecería de sentido⁷⁰⁴. Los parámetros a valorar serán, básicamente, las facilidades de transporte o el tiempo invertido en el trayecto. Un criterio jurisprudencial que puede resultar bastante esclarecedor es el de presumir la necesidad de desplazamiento cuando, dadas las condiciones, el trabajador se vea exigido a “alterar el régimen normal de vida y obligue a hacer gastos de desplazamiento y manutención”⁷⁰⁵.

Para el nacimiento de este permiso se precisa la concurrencia de dos elementos, uno objetivo y otro subjetivo. El primero de ellos hace referencia al acaecimiento de alguno de los sucesos previstos por el precepto. El segundo, a que dicho suceso acontezca a familiares especialmente próximos al trabajador, lo que la ley fija en un parentesco por consanguinidad o afinidad de hasta segundo grado. Claro está que en el supuesto concreto del nacimiento del hijo, el elemento subjetivo se circunscribe al hijo en cuestión. A continuación, se analizan de forma separada el supuesto del nacimiento de un hijo y el relativo al infortunio sufrido por familiares de hasta segundo grado.

a) El nacimiento de un hijo.

Como resulta evidente, la finalidad de conceder un permiso retribuido por nacimiento de un hijo es permitir que el trabajador pueda afrontar adecuadamente los distintos

⁷⁰³ STSJ Murcia 16/11/2009 (Rec. 829/2009).

⁷⁰⁴ CABEZA PEREIRO, J.: “Descanso...”, *op. Cit.*, pág. 155.

⁷⁰⁵ STSJ Murcia 16/11/2009 (Rec. 829/2009).

acontecimientos que implica este fenómeno tanto a nivel personal como, también, administrativo. Lo primero que cabe plantearse es si el derecho se generaría únicamente en casos de filiación natural o si, por el contrario, la filiación adoptiva también daría lugar al permiso. Si atendemos a la literalidad de la norma, parece que la filiación adoptiva quedaría fuera del radio de acción de este derecho. Sin embargo, debe afirmarse que dicha exclusión llega a ser, además de injustificada, inconstitucional; pues, dado que la filiación adoptiva y la natural surten los mismos efectos (art. 108 CC), otorgar una consideración distinta en relación a los permisos del 37.3 ET a los familiares surgidos a partir de una y otra filiación supone un quebranto del principio de igualdad y no discriminación consagrado en el art. 14 de la CE⁷⁰⁶. Así, lo razonable, en mi opinión, sería que la Ley contemplase un descanso equivalente al del nacimiento para el supuesto de adopción, pues la razón de ser del permiso está igualmente presente. De cualquier modo, siempre cabe la posibilidad de que la negociación colectiva extienda el permiso para el supuesto de paternidad por adopción.

Por otra parte, debe destacarse (por la relación y situación de proximidad que conecta a ambas figuras) que, en virtud de lo dispuesto por el art. 48 bis. del ET, la suspensión del contrato de trabajo por paternidad no comienza a computarse hasta que no finaliza el permiso retribuido reconocido por el art. 37.3 b) del ET. De esta manera, uno y otro derecho se disfrutarán, en todo caso, de manera consecutiva y acumulada. A este respecto no está de más señalar que la titularidad del derecho corresponde al otro progenitor, entendido como la persona que no está disfrutando de la maternidad.

En fin, cabe por último reseñar que la obligación de preavisar al empresario prevista por el art. 37.3 del ET se modulará en función de que el nacimiento del hijo sea por parto o por cesárea (sobre todo, cuando ésta fuese programada). En efecto, como se sabe, la Ley exige que el trabajador preavise al empresario de que hará uso de estos

⁷⁰⁶ VIQUEIRA PÉREZ, C.: "Interrupción...", *op. Cit.*, págs. 27-28. Donde, además, se esgrime que dicha exclusión resulta contraria al espíritu de la norma, pues las necesidades de atender al familiar surgen en la misma medida con independencia del origen del parentesco. En la misma línea: CABEZA PEREIRO, J.: "Descanso...", *op. Cit.*, pág. 798-799 y BLASCO JOVER, C.: "Tiempo...", *op. Cit.*, pág. 29.

permisos, pero sin especificar ningún plazo concreto. Así, de acuerdo a las reglas generales de la buena fe y las circunstancias de hecho concurrentes, el trabajador habrá de procurar que el empresario sufra el menor perjuicio y, para ello, le informará con la mayor antelación posible. De modo que, en los casos de cesárea (sobre todo, se insiste, si ésta es programada), el trabajador deberá avisar al empresario de que se ausentará de su puesto de trabajo en la fecha correspondiente tan pronto como tenga certeza de la intervención; mientras que, en cambio, en los supuestos de parto, dadas las circunstancias, ni siquiera sería exigible un preaviso propiamente dicho.⁷⁰⁷

b) El supuesto de infortunios sufridos por familiares de hasta segundo grado.

El segundo supuesto contemplado por el art. 37.3 b) del ET concede al trabajador el derecho a disfrutar del permiso cuando acontezcan una serie de supuestos que podríamos calificar como infortunios familiares: concretamente, el fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica de familiares de hasta segundo grado. Esta previsión normativa 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*. Así, queda claro que la finalidad del precepto es facilitar al trabajador la atención y asimilación (en sentido amplio) de todas estas situaciones.

⁷⁰⁷ La obligación de preavisar al empresario ante los supuestos generadores de los permisos retribuidos del art. 37.3 se trata con el debido detenimiento en el epígrafe correspondiente a las reglas comunes de este mismo capítulo.

- El elemento subjetivo: los familiares contemplados.

En relación al elemento subjetivo, debe analizarse detenidamente qué familiares quedan integrados en el supuesto de hecho de la norma. La Ley, parca en este punto, se refiere, simplemente, a los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Dada la falta de precisión del precepto, existen numerosos aspectos dudosos a este respecto.

En primer lugar, debe destacarse que el ET margina a los familiares por adopción, ya que solo menciona a los parientes por consanguinidad o afinidad, lo cual resulta, sin duda, del todo injustificado y frontalmente contrario a los arts. 108 del CC y 14 de la CE. No obstante, que siempre sería posible (y deseable) que la negociación colectiva extendiese el alcance del derecho también a estos familiares.

Debe apuntarse, también, que la ley olvida incluir al propio cónyuge en el radio de acción del precepto. Ello no obstante, se considera un “lapsus” o error que, en ningún caso, debe privar del derecho al trabajador y, por tanto, debe prevalecer la finalidad sobre la literalidad del derecho⁷⁰⁸.

Por otra parte, a la luz de la jurisprudencia del TS, la afinidad operará en un sentido bilateral, de manera que quedan incluidos tanto el cónyuge del hermano como el hermano del cónyuge. Así, se considera que “no sólo es cuñado el hermano del cónyuge, sino también el cónyuge del hermano”. Eso sí, la afinidad queda “limitada al vínculo que existe entre cada cónyuge y los parientes del otro, sin posibilidad de extensión del mismo a los afines de los afines (es decir, consuegros o concuñados, en lenguaje coloquial)”⁷⁰⁹.

⁷⁰⁸ ROJO TORRECILLA, E.: “Permisos y licencias”, en A.A.V.V. Tiempo de trabajo, Albacete (Bomarzo), 2007, pág. 217.

⁷⁰⁹ STS 18/02/1998 (Rec. 529/1997).

El último punto controvertido acerca del elemento subjetivo del permiso derivado de los infortunios familiares es el de en qué situación quedan los componentes de la pareja de hecho. Pues bien, parece que aquí la voluntad del legislador, al igual que en la regulación de otros derechos relacionados con la conciliación de la vida personal y familiar⁷¹⁰, es la de excluir de la aplicación de este derecho a las parejas de hecho. Lo que lleva a situaciones tan carentes de lógica como que el mismo trabajador gozase del permiso retribuido, por ejemplo, para visitar en el hospital a la mujer de su hermano pero no a la persona junto a la que formase una pareja de hecho. No obstante, de nuevo, sería del todo deseable que, en tanto que llegase una reforma normativa sobre esta cuestión, la negociación colectiva corrigiese esta carencia integrando en el radio de acción de este derecho a las parejas de hecho y, por irradiación, a los familiares de ésta.

- El elemento objetivo: los infortunios contemplados.

Concretamente, las causas referidas por el 37.3 b) ET son las siguientes: fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de los ya referidos parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.

El primer supuesto de infortunio familiar es el fallecimiento. Su análisis no exige demasiadas aclaraciones, siendo suficiente precisar que aquí la causa motivadora del permiso es el deceso del familiar del trabajador; que, por razones psicológicas, sociales e incluso burocráticas, requiere unos días de asueto para asimilar la pérdida y participar en determinados actos tanto sociales como administrativos. Dentro del espectro de este supuesto, quedan comprometidos tanto el entierro como la incineración del fallecido, ya que están ineludiblemente unidos al hecho de la muerte

⁷¹⁰ Al respecto, véase el análisis de la reducción de jornada por cuidado directo de familiares que no puedan valerse por sí mismos en el capítulo de la flexibilidad de la jornada en atención a las necesidades personales y familiares del trabajador.

por una relación causal⁷¹¹. Por tanto, cuando para asistir a los mismos el trabajador deba desplazarse en los términos ya precisados, procederá la correspondiente ampliación de los días de permiso.⁷¹² Además, dado que, como se observa, el ámbito de aplicación del derecho abarca aquí todo un conjunto de situaciones relacionadas con el deceso de un familiar, considero que los objetivos perseguidos por la norma se satisfarían con una mayor precisión si, en función de las circunstancias concurrentes, se permitiese al trabajador determinar las fechas concretas de disfrute del permiso; ajustándolas bien al momento exacto de la muerte o, en cambio, a la fecha programada para el entierro. No obstante, entiendo 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.

A continuación se recogen como hechos causantes tanto el accidente como la enfermedad del familiar, siempre que tengan la consideración de “graves”. Aquí 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 trance⁷¹³. La principal dificultad a la hora de valorar la procedencia del permiso en estos supuestos es determinar cuándo el accidente o enfermedad revisten la requerida gravedad. En primer lugar debe destacarse que dicha gravedad es independiente de la hospitalización, toda vez que accidente o enfermedad graves 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. Tampoco puede supeditarse la apreciación de la gravedad a que el accidente o la enfermedad impliquen peligro para la vida; pues, en primer lugar, la norma no lo exige, y, además, el propio sentido común ya permite deslindar el concepto de gravedad del riesgo para

⁷¹¹ BLASCO JOVER, C.: “Tiempo...”, *op. Cit.*, pág. 35.

⁷¹² Es decir, que, tal y como se analiza detenidamente al inicio de este epígrafe relativo al permiso por nacimiento o infortunio de un familiar, pasaría de dos a cuatro días.

⁷¹³ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: “Los permisos...”, *op. Cit.*, pág. 115.

la vida⁷¹⁴. Por tanto, es inevitable que se dé un cierto grado de discrecionalidad en función de las circunstancias. Y, así, se entienda que “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; sin que exista, pues, un concepto definido de enfermedad grave, sino que en función de la trascendencia de la dolencia o enfermedad y en relación con las circunstancias anteriormente apuntadas, se podrá considerar como grave o no”.⁷¹⁵

El último de los infortunios familiares contemplados por el precepto es la hospitalización o la intervención quirúrgica sin hospitalización que requiera reposo domiciliario. De modo que, accidente o enfermedad grave, por un lado, y hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización pero que sí requiera reposo domiciliario, por otro, son supuestos independientes y suficientes por sí mismos para generar el permiso recogido por el art. 37.3 b) del ET⁷¹⁶.

Respecto al permiso que genera la hospitalización, la finalidad perseguida es que el trabajador pueda atender y acompañar a su familiar en el trance, por lo que basta el mero ingreso hospitalario del familiar, sin que fuese necesaria ninguna intervención o tratamiento específico relacionado con ésta. Así, a través de este permiso se permitiría al trabajador acompañar a su familiar durante períodos de observación o ingresos en urgencias. De este modo, el propio parte de ingreso hospitalario sería suficiente para justificar el permiso.

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, aquí, la norma condiciona el nacimiento del permiso a que, pese a no haber ingreso

⁷¹⁴ Es fácil imaginar situaciones derivadas de un accidente de la mayor gravedad, como por ejemplo la pérdida de un miembro, que no comprometan la vida.

⁷¹⁵ STSJ de Cataluña de 14/01/1997 (Rec. 1601/1993).

⁷¹⁶ STSJ de Navarra 18/12/2006 (Rec. 280/2006).

hospitalario, al paciente sí se le prescriba, al menos, un periodo de reposo domiciliario en el informe médico pertinente.

En relación a todos estos supuestos, cabe la posibilidad de que varios de ellos se produzcan sucesivamente (por ejemplo, accidente grave, hospitalización y posterior fallecimiento), con lo que cabría plantearse si los familiares del afectado tendrían derecho al permiso retribuido en cada una de esas ocasiones. Pues bien, dado que la norma no hace especificación alguna al respecto y es principio general del derecho el que “donde la Ley no distingue, los operadores jurídicos no deben hacerlo”, parece que, siempre y cuando se cumplan los requisitos necesarios para dar lugar a los distintos permisos, nada debe objetarse a que sean concedidos sucesivamente. En efecto, el precepto no sujeta, en ningún momento, los permisos a una relación de alternatividad entre los mismos ni los limita cuantitativamente. A esta misma conclusión conducen otros argumentos, como que la Ley configura el permiso en base a la mera concurrencia del supuesto de hecho o que la finalidad perseguida (conceder al trabajador el tiempo preciso para afrontar una situación inesperada y perturbadora) no admite otra solución⁷¹⁷.

Un último interrogante reside en la duda de si la hospitalización de una familiar de hasta segundo grado a la que hubiesen ingresado con motivo del parto sería, en sí misma, suficiente para generar, además del permiso por paternidad en favor del otro progenitor, un permiso por hospitalización de familiares en favor de aquellos trabajadores que guardasen con ella lazos de parentesco hasta el segundo grado. Pues bien, a mi juicio muy acertadamente, el TS⁷¹⁸ entiende que, en efecto, un mismo alumbramiento de una mujer generará, por un lado, el derecho al permiso por nacimiento de un hijo para el otro progenitor y, por otra, un permiso por enfermedad

⁷¹⁷ BLASCO JOVER, C.: “Tiempo...”, *op. Cit.*, pág. 38.

⁷¹⁸ STS 23/04/2009 (Rec. 44/2007), rectificando el criterio anteriormente mostrado en la STS 24/07/2008 (Rec. 456/2007). En este mismo sentido, entendiendo que un mismo parto genera, por un lado, el permiso por hospitalización en favor de los familiares y, por otro, el permiso de paternidad en favor del otro progenitor: SAN 26/03/2010 (St. Nº 32/2010).

grave⁷¹⁹ u hospitalización para sus familiares de hasta segundo grado. Y ello con independencia de que el parto se produzca, o no, mediante cesárea, pues el criterio debe ser exactamente el mismo aunque se trate de un parto sin complicaciones.

Al hilo de esta última cuestión surge, también, la pregunta de si, con motivo de esa hospitalización subsiguiente al parto, el otro progenitor podría disfrutar acumulativamente el permiso por nacimiento de hijo y, además, del permiso por ingreso de un familiar de hasta segundo grado (en este caso, su cónyuge y madre de su hijo recién nacido). Pues bien, a este respecto, entiendo que deben distinguirse dos posibles situaciones: En primer lugar, cuando el ingreso hospitalario fuese el estrictamente necesario y habitual para el parto, el otro progenitor únicamente podría hacer uso del permiso derivado del nacimiento de un hijo; pues considero que en ese derecho ya se contempla suficientemente la necesidad de acompañar a la madre y al niño en el hospital durante los dos días (o cuatro en caso de desplazamiento) sucesivos al nacimiento. En cambio, cuando alguna complicación relacionada con el parto o la cesárea determinase que el ingreso hospitalario se prorrogase más allá de esos primeros días de ingreso normales en cualquier parto sin complicaciones específicas, el otro progenitor sí podría acumular ambos permisos; pues en tal caso sí podría apreciarse ya la distinta finalidad a la que estarían atendiendo uno y otro.⁷²⁰ De esta manera disfrutaría, en primer lugar, del permiso por nacimiento de su hijo y, posteriormente, del permiso por la hospitalización de la madre.

4. Por traslado del domicilio habitual.

Por su parte, para el traslado del domicilio habitual se concede al trabajador un día de libranza. Por tanto, dos son los elementos a considerar para que el trabajador genere

⁷¹⁹ Quede claro que “aunque es cierto que el parto no merece el calificativo de enfermedad, no lo es menos que, a efectos hospitalarios, el ingreso de la parturienta es como el de cualquier enfermo patológico y tiene por fin la prestación a la misma y al hijo que va a nacer de los servicios hospitalarios precisos en esa situación de riesgo para su vida.” STS 23/04/2009 (Rec. 44/2007).

⁷²⁰ En el mismo sentido: BLASCO JOVER, C.: “Tiempo...”, *op. Cit.*, págs. 42-43.

este derecho: un traslado de domicilio y que dicho cambio se produzca respecto al domicilio que venía siendo el “habitual”.

Respecto al primero de estos elementos, el concepto de traslado alude al cambio de ese domicilio o “residencia habitual”⁷²¹, ya sea dentro del mismo municipio o a otro distinto; y sin que tenga relevancia, tampoco, la distancia existente entre el domicilio de origen y el de destino⁷²². Por otra parte, la concesión del permiso no está vinculada a que el traslado de domicilio implique también cambio de mobiliario, pues para el TS⁷²³ “es notoria la posibilidad de cambios de domicilio sin traslado de muebles y esta circunstancia ni se ha tenido en cuenta por el Estatuto de los Trabajadores 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.”

Por lo que se refiere al segundo de los elementos que necesariamente deben concurrir para que se conceda este permiso, la jurisprudencia entiende que ese “domicilio habitual” se identificará con el “lugar que sirva o satisfaga las necesidades permanentes de vivienda del interesado”⁷²⁴. Así, en correspondencia a lo establecido por la Ley, el cambio 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 residencia⁷²⁵ o durante las obras en dicho domicilio habitual⁷²⁶, que no dan lugar al permiso.

⁷²¹ Art. 40 del Código Civil.

⁷²² SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: “Los permisos...”, *op. Cit.*, págs. 136-137.

⁷²³ STS 07/05/1992 (ROJ. 3627/1992).

⁷²⁴ STSJ Islas Canarias de 28/10/2005 (Rec. 489/2005).

⁷²⁵ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: *ibídem*, pág. 137.

⁷²⁶ STSJ Islas Canarias de 28/10/2005 (Rec. 489/2005).

En fin, una última cuestión a abordar es si procede disfrutar separada y acumulativamente los permisos por matrimonio y traslado de domicilio habitual cuando ambos acontecimientos se produzcan de manera simultánea. Pues bien, pese a que la literalidad del precepto no impide dicha acumulación, los tribunales han resuelto con acertado criterio que, cuando el hecho causante de la licencia por matrimonio coincida con el hecho causante de la licencia por traslado de domicilio, la primera absorberá a la segunda y no podrán disfrutarse ambos permisos de manera separada y sucesiva. Postura que responde al argumento de que “el permiso concedido por licencia matrimonial debe comprender todas las contingencias que se derivan de tal circunstancia o cambio de estado, entre ellas, el traslado de domicilio.”⁷²⁷ Con lo que la concesión, también, del permiso por traslado del domicilio habitual en los casos de matrimonio resultaría redundante y carente de justificación.

5. Para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal.

a) Régimen común del permiso por cumplimiento de un deber inexcusable.

El apartado d) del art. 37.3 ET reconoce el derecho del trabajador a disfrutar de un permiso retribuido para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal. Así, el cumplimiento de este deber exonerará al trabajador de su prestación de servicios, pero sin merma retributiva alguna, siempre que concurren simultáneamente la inexcusabilidad en cuanto a su cumplimiento y el carácter público y personal.

La Ley, pese a exigir la concurrencia de la *inexcusabilidad*, no da pistas sobre el contenido de este elemento. Al respecto, podría pensarse que ésta vendría referida a que, en caso de incumplimiento del deber, el trabajador sufriese algún tipo de perjuicio a nivel civil, penal o administrativo⁷²⁸. Sin embargo, no parece que resulte

⁷²⁷ STSJ de Navarra 29/10/1996 (Sentencia nº 473/1996).

⁷²⁸ RAYÓN SUÁREZ, E.: “Las interrupciones no periódicas de la prestación laboral”, Madrid (Ministerio de Trabajo), 1975, págs. 89-91.

necesario alcanzar tal nivel de exigencia, sino que más bien me inclino por pensar que bastaría con entender que todo deber contemplado por el ordenamiento jurídico ha de ser necesariamente cumplido⁷²⁹; y, en esa medida, todos deben entenderse como de *inexcusable cumplimiento*. Por su parte, la referencia al *carácter público* parece remitir a que se trate de una obligación impuesta por una Administración o un Poder Público. Por último, el *carácter personal* del deber aparecerá cuando su cumplimiento no pueda ser llevado a cabo a través de sustitución o representación⁷³⁰.

Respecto a su duración, el permiso para el cumplimiento de un deber inexcusable presenta una importante diferencia frente al resto de supuestos previstos por el art. 37.3 ET; en tanto que no tiene asignada una duración determinada, sino que el precepto establece que el permiso se extenderá *por el tiempo indispensable*. La razón de que no se atribuya una duración específica estriba en la inabarcable casuística del supuesto de hecho, con unas necesidades temporales muy distintas en función de cuál fuese el concreto deber a cumplir. No obstante, es necesario tener en cuenta que el ET contempla la posibilidad de que a nivel legal o convencional se desarrollen las condiciones del permiso derivado del ejercicio de deberes concretos; de manera que, cuando así suceda, la duración de la ausencia y su compensación económica se determinarán en base a esa norma de desarrollo, ya se tratase de una previsión legal o convencional. De no existir ese desarrollo legal o convencional, la duración del permiso habrá de determinarse en cada caso atendiendo al concepto del *tiempo indispensable*; esto es, a cuál sea el lapso de tiempo estrictamente necesario para la atención de ese deber. A este respecto, resulta indudable que es tiempo indispensable el que se invierte en llevar a cabo la acción en que el deber consista (por ejemplo, renovar el DNI); pero se entiende⁷³¹ que también comparte esa calificación el tiempo invertido en el desplazamiento y retorno desde el lugar de trabajo a aquél en que deba ser

⁷²⁹ En el mismo sentido: SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: “Los permisos...”, *op. Cit.*, pág. 141.

⁷³⁰ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: *ibídem*, pág. 142, RAYÓN SUÁREZ, E.: *ibídem*, pág. 91.

⁷³¹ BLASCO JOVER, C.: “Tiempo...”, *op. Cit.*, pág. 75.

cumplido el deber, en la medida en que dicho desplazamiento resulte necesario para el cumplimiento del deber.

Por otra parte, algunos de los deberes cuyo cumplimiento da lugar al correspondiente permiso retribuido pueden prolongarse en el tiempo de manera considerable. Lo que ha dado pie a que el legislador prevea que, cuando ese cumplimiento suponga la imposibilidad de prestar servicios en la empresa durante más del veinte por ciento de las horas laborables en un periodo de tres meses, el empresario podrá pasar al trabajador afectado a la situación de excedencia regulada en el apartado 1 del artículo 46 del ET; es decir, una excedencia forzosa. Obsérvese que la aplicación de esta previsión, además de ser facultativa para la empresa⁷³², exige que el cumplimiento del deber imposibilite la prestación de trabajo; de modo que, cuando aquél sea perfectamente compatible con ésta, o la incompatibilidad quede por debajo del umbral requerido, no habrá lugar a la adopción de esta medida.

Por lo que se refiere a la retribución, hay que apuntar que algunos de los supuestos que serían encuadrables en este apartado tienen previstas distintas gratificaciones e indemnizaciones⁷³³; en cuyo caso, el propio ET determina que se deducirá el importe de dicha indemnización de la retribución a percibir. Ello, obviamente, para evitar un duplicidad retributiva que daría lugar a un enriquecimiento injusto por parte del trabajador.

b) Supuestos concretos de deber inexcusable con una regulación específica.

En este punto deben destacarse, por su especial relevancia, una serie de supuestos concretos para clarificar, en primer lugar, si, efectivamente, dan lugar al permiso para

⁷³² STS 19/03/1986 (RJ 1986/1352).

⁷³³ Así se prevé para determinados sujetos que participasen en los procesos regulados por la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley de Enjuiciamiento Criminal o el RD 605/199, sobre regulación complementaria en procesos electorales.

el cumplimiento de un deber inexcusable y, en su caso, analizar las distintas especificidades que puedan presentar respecto al régimen jurídico común.

El primero de esos supuestos destacables es el del ejercicio del sufragio activo. En efecto, la propia dicción del 37.3 d) establece expresamente que *el ejercicio del sufragio activo* queda comprendido dentro del supuesto de hecho previsto por el precepto, y, por tanto, genera derecho al permiso retribuido. A día de hoy, por lo tanto, no existen dudas acerca de ésta cuestión y el derecho al voto queda garantizado para los trabajadores desde el momento en que sus obligaciones laborales no interferirán en el derecho al voto, consagrado por el art. 23 de la CE. No obstante, hasta que la Ley 11/1994 no incorporó los términos *comprendido el ejercicio del sufragio activo* en el art. 37.3 d) ET, existió gran litigiosidad acerca de si este caso daba lugar, o no, al consiguiente permiso retribuido; por lo que parece conveniente referirse brevemente a los acontecimientos jurídicos que dieron lugar a esta situación normativa. El argumento que tradicionalmente se había esgrimido para cuestionar la concesión del permiso retribuido para ejercer el derecho al voto se basaba, precisamente, en que se está ante un derecho o una prerrogativa, no ante un deber *strictu sensu*. De hecho, al hilo de esta postura, el TS⁷³⁴ llegó a declarar la nulidad del RD 218/1986 por el que se concedían a los trabajadores que fueran electores cuatro horas de permiso retribuido para participar en referéndum consultivo. Posteriormente, el propio TS⁷³⁵ rectificó el criterio respecto a la anterior sentencia y declaró la legalidad del RD 218/1986. Esta nueva doctrina se consolida en el propio TS en sucesivas sentencias⁷³⁶ y es reafirmada, incluso, por el TC. En particular la STC de 14 de junio de 1993 dictada en recurso de amparo (Rec. 968/1990) determina que “la importancia que el derecho de sufragio tiene en el sistema democrático justifica que los poderes públicos traten de favorecer la participación de quienes tienen mayores dificultades para votar, concretamente los trabajadores por cuenta ajena, mediante el

⁷³⁴ STS de 09/05/1990 (RJ 1990/3721).

⁷³⁵ STS de 20/12/1990 (RJ 1992/9164).

⁷³⁶ STS de 24/02/1998 (RJ 1998/2859).

establecimiento de un permiso retribuido para ejercerlo, sin que ello, como este Tribunal ha declarado en ATC 346/1991, sea arbitrario o discriminatorio.”⁷³⁷ Tras todo ello, la Ley 11/1994 resuelve de manera definitiva el asunto al incluir expresamente el ejercicio del sufragio activo en el supuesto de hecho del art. 37.3 d) ET. Las condiciones del derecho al permiso retribuido por ejercicio del sufragio activo se encuentran reguladas en el RD 605/1999 de 16 de abril sobre regulación complementaria de procesos electorales. En su art. 13 se establece que *los electores que presten sus servicios el día de las elecciones podrán disponer en su horario laboral de hasta cuatro horas libres para el ejercicio del derecho del voto, que serán retribuidas. Cuando el trabajo se preste en jornada reducida, se efectuará la correspondiente reducción proporcional del permiso.*⁷³⁸

A continuación, en el punto 3 del art. 13 de ese mismo RD 605/1999, se recoge un permiso retribuido para los trabajadores que hubiesen sido nombrados Presidente o Vocal de una mesa electoral, así como para los que acreditasen su condición de interventores, durante la totalidad del día de la votación y una reducción de cinco horas durante el día inmediatamente posterior. El punto 4 establece que los trabajadores que acrediten su condición de apoderados gozarán de un permiso retribuido durante el día de la votación. Debe tenerse en cuenta que, al igual que sucede con el resultante del ejercicio de sufragio activo, los permisos regulados por los puntos 3 y 4 del art. 13 del RD 605/1999 parten de la base de que los trabajadores, en un principio, debían prestar servicios el día de las elecciones. Así que, en caso de que

⁷³⁷ No obstante, debe tenerse en cuenta que lo que aquí se analiza es el ejercicio del sufragio activo en elecciones políticas, y que el tiempo dedicado al ejercicio del derecho de elección de los representantes de los trabajadores en la empresa no recibe el mismo tratamiento, tal y como expresa esta misma sentencia del TC: “Lo que ejercitan los trabajadores en los procesos electorales sindicales no es una parcela subjetivizada del derecho que regula el art. 23.1 CE, sino un singular derecho, emanación de legislador, que se enmarca en las modalidades participativas de acceso de los trabajadores a la empresa.”

⁷³⁸ En el apartado 2 de ese mismo artículo se prevé que en caso de personas que por estar realizando funciones lejos de su domicilio habitual o en otras condiciones de las que se derive una especial dificultad para ejercer el derecho de sufragio el día de las elecciones, las medidas precisas a adoptar irán destinadas a posibilitar que el personal citado disponga, en su horario laboral, de hasta cuatro horas libres para que pueda formular personalmente la solicitud de certificación acreditativa de su inscripción en el censo, que se contempla en el artículo 72 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, así como para la remisión del voto por correo.

los trabajadores estuviesen ya disfrutando de su descanso semanal, o que debido al sistema de distribución de su jornada no prestasen servicios en tal día, carecería de sentido la concesión del citado permiso.

De nuevo un RD, en este caso el 1088/2005 sobre hematología y hemoterapia, establece expresamente en su art. 4 que el tiempo empleado para la donación de sangre será considerado a todos los efectos como cumplimiento de un deber de carácter público y personal. En atención a ello debe considerarse que el trabajador podrá ausentarse del trabajo durante el tiempo indispensable para realizar la donación de sangre sin pérdida proporcional de su salario⁷³⁹. De este modo, pese a que, en esencia, no se pueda aseverar que se trate éste de un deber *inexcusable*, hay que entender que el citado RD lo equipara a todos los efectos al resto de situaciones que generan derecho al permiso retribuido.

Otras obligaciones susceptibles de dar lugar a un permiso retribuido por mor del art. 37.3 d) ET son las relacionadas con ciertos trámites administrativos, como los efectuados frente a la administración tributaria, o los relativos a la renovación de carnés o licencias. Pues bien, dos son las claves interpretativas que permiten dilucidar si la obligación en cuestión genera, o no, el correspondiente derecho al permiso retribuido. En primer lugar, el trámite en cuestión no debe poder cumplirse a través de sustitución o representación; siendo éste el factor decisivo para excluir del campo de aplicación del 37.3 d) ET, por ejemplo, algunas gestiones notariales o los requerimientos y citaciones de la Administración Tributaria que sí pueden cumplirse mediante sustitución o representación⁷⁴⁰. Y, en segundo lugar, debe darse una coincidencia permanente y total entre la jornada del trabajador y el horario de la oficina correspondiente, de manera que el trabajador no pudiese realizar el trámite fuera de su jornada de trabajo⁷⁴¹. Así, la concurrencia, o no, de esta segunda

⁷³⁹ La propia exposición de motivos del RD recuerda la importancia social de la donación de sangre y la necesidad de estructurarla y garantizarla en términos de altruismo y voluntariedad.

⁷⁴⁰ BLASCO JOVER, C.: "Tiempo...", *op. Cit.*, pág. 60.

⁷⁴¹ STSJ de Cataluña 01/12/1992 (St. nº 7213/1992).

circunstancia será la que determine la posible concesión del permiso para la tramitación de ciertas licencias requeridas para el desarrollo de la actividad profesional, como el carné de manipulador de alimentos⁷⁴² o de ciertos documentos oficiales (DNI, pasaporte, carné de conducir...).

En relación con las actuaciones y procedimientos ante Jueces y Tribunales también se dan una serie de situaciones de las que pueden surgir deberes inexcusables, de carácter público y personal, que generan los consiguientes permisos retribuidos.⁷⁴³ Es lo que ocurre con el desempeño de las funciones de jurado por parte de los trabajadores que hubiesen sido designados para ello. En concreto, así lo establece de manera inequívoca el 7.2 de la Ley del Jurado (LO 5/1995 de 22 de mayo) al afirmar que el desempeño de la función de jurado tendrá, a efectos de la normativa laboral y funcional, la consideración de cumplimiento de un deber inexcusable, público y personal. Además, el mismo art. 7 de la LO 5/1995 reconoce que el ejercicio de la función de jurado será retribuida e indemnizada⁷⁴⁴, por lo que, tal y como ya se indicó, habrá que descontar estas percepciones del salario que corresponda al trabajador durante el tiempo de su ausencia.

Comparecer como testigo también generará un deber público y personal, pero solamente puede afirmarse con rotundidad que será inexcusable y dará, por tanto, derecho al permiso retribuido para el trabajador testificante cuando medie un llamamiento judicial a través de la pertinente citación⁷⁴⁵. También la intervención en juicio como perito puede llegar a entenderse como un deber inexcusable cuyo cumplimiento dé lugar a un permiso retribuido. Desde luego, así será en el orden penal, en el que la intervención como perito parece inexcusable en virtud del art. 462

⁷⁴² STCT 21/03/1983 (RTCT 1983, 2729).

⁷⁴³ El art. 118 CE, así como el 17 de la LOPJ, programan la obligatoriedad de la colaboración requerida por Jueces y Tribunales.

⁷⁴⁴ El Régimen retributivo e indemnizatorio de la función de jurado se desarrolla por el RD 385/1996.

⁷⁴⁵ De acuerdo con los arts. 292 LEC, 420 LECrim y 90.3 LRJS, respectivamente, para los órdenes civil, penal y social de la jurisdicción.

LECrím (que establece que nadie podrá negarse a acudir al llamamiento para actuar como perito a no ser que estuviese legítimamente impedido). En cambio, el orden civil⁷⁴⁶, así como en el social⁷⁴⁷, para actuar como perito debe haberse aceptado el cargo voluntariamente, lo cual quebraría la inexcusabilidad.

En fin, por último se analizará el caso del ejercicio de cargo público, también encuadrable en el art. 37.3 d) como deber inexcusable, público y personal. A los efectos que aquí interesan debe entenderse por cargo público “no el permanente burocrático de carrera, sino el político temporal o amovible al que se accede por elección o por designación o nombramiento de la autoridad competente”⁷⁴⁸. De modo que cuando se den esas condiciones se estará ante el cumplimiento de una obligación que dará lugar al correspondiente permiso retribuido. A nivel particular, los supuestos más notorios de ejercicio de cargo público que generan derecho al correspondiente permiso son: la asistencia a las sesiones de Pleno de una Corporación Local o de las Comisiones y atención a las Delegaciones⁷⁴⁹, los cargos representativos en Cortes Generales, o de órganos gubernamentales a nivel estatal o autonómico, así como Ministros, Secretarios y Directores Generales, y cargos equivalentes a nivel autonómico o local⁷⁵⁰. Sin embargo, cualquier otro cargo público que cumpliera las exigencias del 37.3 d) ET sería merecedor del correspondiente permiso retribuido. En fin, recuérdese con especial atención para todos estos supuestos lo que se dijo sobre la

⁷⁴⁶ Art. 342 LEC, según el cual los peritos designados manifestarán si (voluntariamente) aceptan o no el cargo.

⁷⁴⁷ De acuerdo a lo establecido en los arts. 90 y ss de la LRJS, así como a la previsión de la Disposición Final Cuarta del mismo texto, la intervención como perito en el orden social sigue las reglas previstas en la LEC; y así, la analizada voluntariedad del cargo de perito en el orden civil es perfectamente extrapolable al social. No obstante, debe señalarse que el art. 95 LRJS prevé la posibilidad de que el Juez oiga el dictamen o informe por parte de un experto, y si éste fuese debidamente requerido mediante la pertinente citación, no cabe duda de que la intervención de este experto cumpliría los requisitos del 37.3 d) ET para generar un permiso retribuido.

⁷⁴⁸ STS 20/09/2000 (Rec. 3631/1999).

⁷⁴⁹ Conforme a la Ley 7/1985 de Bases de Régimen Local, que, incluso, clarifica cuál es el tiempo considerado indispensable para la atención de estas obligaciones.

⁷⁵⁰ BLASCO JOVER, C.: “Tiempo...”, *op. Cit.*, pág. 72; SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: “Los permisos...”, *op. Cit.*, pág. 162.

posibilidad de situar al trabajador en excedencia forzosa cuando el cumplimiento del deber le impidiese prestar el trabajo debido en más del veinte por ciento de las horas laborables en un periodo de tres meses; pues, como puede fácilmente imaginarse, el ejercicio de cargo público supondrá, en muchas ocasiones, la superación de dicho umbral.

6. Para realizar funciones sindicales o de representación del personal.

En su letra e), el art. 37.3 ET reconoce a los representantes de los trabajadores un permiso retribuido para el ejercicio de sus funciones sindicales o de representación del personal.⁷⁵¹ Son diversas las fuentes que desarrollan esta previsión: En primer lugar, el art. 68 e) del ET dispone que los miembros del comité de empresa y los delegados de personal dispondrán de un crédito mensual de horas retribuidas para el ejercicio de sus funciones de representación.⁷⁵² Dicho crédito horario variará, en función del número de trabajadores representados, desde las quince horas hasta las cuarenta. También cabe la posibilidad de acumular, previo pacto en el convenio colectivo, el crédito horario de varios representantes en uno sólo de ellos; de manera que éste quedase totalmente relevado de prestar servicios en la empresa por dedicar por

⁷⁵¹ Dada su complejidad y profundidad, un análisis exhaustivo de esta cuestión excedería con mucho los objetivos planteados en el presente trabajo. Por tanto, para un estudio pormenorizado de este permiso se remite a textos específicos sobre el particular: ALBIOL MONTESINOS, I.: “Los representantes de los trabajadores en la jurisprudencia laboral”, Tirant lo Blanch (Valencia), 1995, SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Las garantías de los miembros del Comité de Empresa (en torno al artículo 68)”, en REDT, nº 100, págs. 1334 y ss., 2000., BLASCO JOVER, C.: “Tiempo...”, *op. Cit.*, págs. 101 y ss.

⁷⁵² Sobre el carácter mensual del crédito horario reconocido por la Ley para el ejercicio de las funciones sindicales o de representación del personal, debe destacarse el matiz interpretativo aportado por la reciente STS de 23/03/2015 (Rec. 49/2014). En ella, el TS afirma que la “en la regulación legal el crédito horario está indefectiblemente ligado a la actividad laboral, pues en elementales términos lógicos el permiso de crédito horario no es concebible sino como exención al cumplimiento de una obligación previa, la actividad laboral”. Lo que lleva a la Sala (en su decisión mayoritaria) a determinar que en el cálculo del montante anual de horas se excluirá el mes correspondiente a las vacaciones anuales, por no darse durante el mismo esa actividad previa que justificaría una exención para el ejercicio de tales funciones. De manera que la cifra correcta de horas de permiso al año resultaría de multiplicar el crédito mensual por once.

entero su jornada de trabajo a las funciones propias de la representación de sus compañeros.

Este derecho se extiende a los delegados cuando no gozasen directamente de dichas condiciones legales por ser ya miembros del comité de empresa, pues así lo prevé expresamente el art. 10.3 de la LOLS. Y, por su parte, el art. 9.2 de esta misma Ley prevé que los representantes sindicales que participen en la comisión negociadora de un convenio colectivo tendrán derecho al permiso retribuido correspondiente para poder desempeñar adecuadamente su labor como negociadores.

Por último, la LPRL, en su art. 37, establece que el tiempo empleado por los Delegados de Prevención para el desempeño de su cargo tendrá la consideración de ejercicio de funciones de representación a efectos del crédito horario previsto en el art. 68 e) del ET. Y, Por tanto, los Delegados de Prevención ostentarán el mismo crédito horario que los representantes unitarios para ejercer las funciones propias de su cargo. No obstante, el tiempo empleado en asistir a las reuniones del Comité de Seguridad y Salud, así como a cualesquiera otras convocadas por el empresario en materia de prevención de riesgos laborales, tendrá la consideración de tiempo de trabajo efectivo y no se imputará a este crédito horario. Exactamente lo mismo ocurre con el tiempo empleado en acompañar a técnicos e Inspectores de Trabajo y Seguridad Social en sus visitas al centro de trabajo o en visitar los lugares de trabajo para vigilar y controlar el estado de las condiciones (letras a) y c) del art. 36 de la LPRL).

Para concluir, nótese que el crédito horario en que cristaliza el permiso del 37.3 e) es de la mayor relevancia jurídica en nuestro ordenamiento, hasta el punto de que el TC lo considera integrado en el contenido esencial de la libertad sindical (art. 28.1 CE). La razón esgrimida 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 amparo⁷⁵³. 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. Y cualquier incumplimiento patronal relacionado con el mismo permitiría, por irradiación, interponer recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

7. Para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto.

Por último, el art. 37.3 f) ET recoge un permiso retribuido para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto, así como para, en los casos de adopción o acogimiento, o guarda con fines de adopción, asistir a las preceptivas sesiones de información y preparación y la realización de los preceptivos informes psicológicos y sociales previos a la declaración de idoneidad. 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, por un lado, y a la adopción, acogimiento o guarda con fines adoptivos, por otro. El precepto hace hincapié en 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.

El recorrido legislativo de este precepto arranca con la Directiva 92/85/CEE⁷⁵⁴, que en su art. 9 establece que los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que las trabajadoras embarazadas disfruten de un permiso que les permita realizar aquéllos exámenes prenatales que tuviesen lugar durante el horario de trabajo; y sin que ello suponga un perjuicio retributivo. La transposición de este artículo tiene lugar

⁷⁵³ STC 13/03/1985 (Rec. 397/1984).

⁷⁵⁴ 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.

en nuestro ordenamiento interno a través de la LPRL, que en su art. 26.5 recoge el derecho de las trabajadoras embarazadas a ausentarse del trabajo sin pérdida de remuneración cuando deban realizar exámenes prenatales dentro de su jornada de trabajo, pero además extiende este permiso al supuesto de la realización de técnicas de preparación al parto. Como se ve, la LPRL amplía el ámbito objetivo del derecho, mejorando así la previsión Comunitaria. Además, es precisamente la Disposición Adicional Undécima de esta Ley la que vino a añadir esta letra f) al art. 37.3 del ET. Sin embargo, este derecho, en origen, contemplaba únicamente, tal y como se observa, el derecho a los permisos necesarios para la realización de los exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto; actividades, por tanto, previas a la maternidad biológica. Pero, en cambio, no se hacía ninguna referencia a aquellas actividades que necesariamente deben desarrollarse con carácter previo a la adopción; lo que suscitó importantes críticas, del todo razonables, por parte de la doctrina científica.⁷⁵⁵ Pues bien, ha sido la Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, la que, finalmente, ha procedido a brindar a una protección equivalente a la de la maternidad biológica para los casos de adopción, así como de acogimiento o guarda con fines de adopción. Concretamente, la nueva redacción del art. 37.3 f) del ET prevé que, en tales supuestos, los trabajadores tendrán derecho a disfrutar de los permisos pertinentes para asistir 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; siempre que, como se sabe, dichas actividades debiesen tener lugar, necesariamente, dentro de su jornada laboral.

⁷⁵⁵ En efecto, en este sentido se esgrimía que, al igual que el adecuado desarrollo biológico de la gestación desemboca, finalmente, en la maternidad natural, el adecuado desarrollo de un complejo proceso administrativo previo es el que, a la postre, concluye con la adopción. Y, en tanto en cuanto el trabajador o trabajadora adoptantes podrían verse ante la necesidad de realizar las gestiones pertinentes dentro de su horario de trabajo, estaría del todo indicado y justificado el disfrute de un permiso retribuido al efecto, equivalente al que disfruta la madre gestante para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto: VIQUEIRA PÉREZ, C.: "Interrupción...", *op. Cit.*, págs. 18-25, donde, además, se defendía ya entonces que (tal y como finalmente ha procedido la Ley 26/2015) dicho permiso retribuido debiera ser de aquellos que permiten la ausencia del trabajador por el tiempo imprescindible para atender adecuadamente la causa que los motiva, y no de aquellos otros para los que se configura una duración concreta.

Queda, por último referirse al ámbito subjetivo del derecho. Por lo que se refiere a estos últimos permisos relacionados con la adopción, el acogimiento o la guarda con fines adoptivos, resulta evidente que se trata de un derecho genérico de todos los trabajadores adoptantes, tanto hombres como mujeres, sin que quepa hacer ningún tipo de diferenciación al respecto. Además, en mi opinión, resulta del todo claro que cuando fuesen dos los trabajadores que pudiesen generar este derecho en base a un mismo proceso de adopción o acogimiento, el régimen de concesión del permiso no se alteraría en absoluto; ya que podrá hacer uso de este derecho todo trabajador que, necesariamente, deba asistir a la sesión informativa o preparativa, o examen de que se trate, dentro de su jornada de trabajo.

En cambio, respecto a los permisos recogidos por el art. 37.3 f) del ET relacionados con la maternidad biológica, resulta más que dudoso que puedan ser disfrutados, también, por los padres varones. Pese a que el 37.3 f) no se pronuncia expresamente sobre el particular, el 26.5 de la LPRL sí determina de modo explícito que el permiso viene referido a las mujeres trabajadoras. Además, la Directiva 92/85/CEE se estructura en términos de 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. Todo cual parece indicar que este permiso se reconoce de manera exclusiva a la mujer trabajadora, sin que quepa lugar a concederlo también al padre. Pero, sobre todo, es la propia finalidad del derecho, que no es otra que la de tutelar la salud en el ámbito de la maternidad como fenómeno fisiológico y el adecuado desarrollo del proceso de gestación, la que excluiría una interpretación amplia que entienda incluido al otro progenitor en el radio de acción del permiso⁷⁵⁶. Todo ello no obstante, es perfectamente posible que el convenio colectivo pudiese reconocer al otro progenitor un permiso para acompañar a la madre durante estas asistencias.

⁷⁵⁶ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: “Los permisos...”, *op. Cit.*, pág. 177.

8. Reglas comunes a los distintos permisos retribuidos contemplados en el art. 37.3 del ET.

a) *Disfrute.*

Como se sabe, el régimen de ejercicio de los permisos retribuidos entronca, de manera muy directa, con la finalidad de los mismos; que no es otra que la de proveer al trabajador de un tiempo de asueto que le permita afrontar de manera específica y particularizada determinadas responsabilidades personales, familiares o cívicas, sin que el trabajo interfiera en su atención.

El principal efecto de ello es que, y como no podría ser de otra manera, existe una conexión muy estrecha entre el acaecimiento del suceso en cuestión y el momento de disfrute del permiso correspondiente. En este sentido, esta característica de los permisos retribuidos ha sido identificada como la *inmediación*,⁷⁵⁷ queriendo reflejar que estos permisos habrán de disfrutarse exactamente a continuación del acaecimiento del hecho que los motiva, y sin que quepa deslindar temporalmente el suceso causante y el ejercicio del derecho. Siendo ello así, el derecho caducará una vez haya transcurrido el tiempo en que, de acuerdo a la lógica, debería haberse disfrutado y no será, tampoco, sustituible por compensación económica⁷⁵⁸. Por el mismo motivo ha de descartarse un posible fraccionamiento del disfrute del permiso⁷⁵⁹.

Los días de permiso que la norma señala en cada caso son, sin duda, naturales. Es cierto que el artículo 37.3 ET solo explicita este carácter natural de los días de permiso para el matrimonio, pero dado que, como se ha visto, todos éstos permisos deben disfrutarse inmediatamente después del acaecimiento del suceso que los genera, no

⁷⁵⁷ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: *ibidem*, pág. 52.

⁷⁵⁸ CABEZA PEREIRO, J.: "Descanso...", *op. Cit.*, pág. 789.

⁷⁵⁹ ROJO TORRECILLA, E.: "Permisos...", *op. Cit.*, pág. 210, BLASCO JOVER, C.: "Tiempo...", *op. Cit.*, pág. 22. No obstante, es cierto que algunas de las responsabilidades cubiertas por los permisos contemplados en el art. 37.3 del ET ostentan una naturaleza muy particular, que sí podría llevar a un necesario fraccionamiento; como podría ser, por ejemplo, el supuesto de que un juicio al que se asistiese en calidad de jurado fuese suspendido.

puede extraerse una consecuencia distinta para los demás supuestos. Efectivamente, si se observa, lo que se trata de garantizar mediante este derecho es que el trabajo no interfiera en la atención de determinados sucesos durante los días siguientes a su advenimiento, con independencia de que dichos días fuesen o no laborables. Así, el cómputo del permiso dará inicio inmediatamente después de producirse el suceso en cuestión; y, si no existiese una superposición horaria entre el tiempo considerado por la Ley como necesario para atender la eventualidad y el horario del trabajador, no se daría una concesión del permiso como tal, pues, en realidad, el trabajador estaría utilizando su tiempo libre para ocuparse del asunto de que se tratase⁷⁶⁰. Todo ello no obstante, resultaría perfectamente posible que el convenio colectivo estableciese una mejora a este respecto, y el cómputo de ejercicio del derecho no comenzase hasta el primer día laborable tras el advenimiento del suceso causante.

De nuevo las mismas pautas lógicas deben considerarse para esclarecer la hipótesis de que el hecho que origine el permiso tuviese lugar durante un periodo durante el cual el trabajador se encontrase exonerado de su obligación de prestar servicios, como son las vacaciones, la maternidad o una incapacidad temporal. En estos casos el permiso queda absorbido por cualquiera de estas otras situaciones⁷⁶¹; dado que, como se vio, la concesión del permiso solamente tiene sentido en aquéllos supuestos en que las obligaciones laborales imposibilitarían la atención de las necesidades amparadas por el derecho. Aunque, de nuevo, nada impediría que contractual o convencionalmente se mejorase esta situación en beneficio del trabajador.

Todo ello no obstante, debe tenerse en cuenta que, respecto a algunos permisos, el trabajador gozará de un amplio margen de maniobra a la hora de determinar la fecha de inicio del disfrute. Piénsese, concretamente, en el permiso por matrimonio o por traslado de domicilio habitual. En todos esos supuestos es, principalmente, la voluntad del trabajador la que va a ubicar en el tiempo el hecho causante y, con él, el

⁷⁶⁰ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: “Los permisos...”, *op. Cit.*, pág. 51.

⁷⁶¹ BLASCO JOVER, C.: “Tiempo...”, *op. Cit.*, pág. 25.

correspondiente permiso. Con lo que los efectos negativos que para él pudiera implicar ese carácter inmediato de los permisos retribuidos quedarían muy mitigados.

Un último punto a abordar en el tratamiento del disfrute de estos permisos es cómo se computa su duración respecto a los trabajadores a tiempo parcial. El dilema consiste en otorgar a éstos trabajadores un derecho idéntico al de los trabajadores a tiempo completo comparables (al amparo del principio de igualdad), o bien aplicar el principio de proporcionalidad y entender que les corresponde solo la parte alícuota a su jornada de trabajo. En mi opinión, la clave de esta cuestión reside en la finalidad perseguida por estos permisos y el ya analizado carácter inmediato. Efectivamente, tal y como ya se ha expuesto, el objetivo de estos derechos es garantizar que el trabajo no interfiera, en ninguna medida, en la atención de una serie de sucesos recogidos por el art. 37.3 del ET durante los días siguientes a su acaecimiento; lo cual determina que los permisos en cuestión comiencen a disfrutarse de manera *inmediata*. Pues bien, si todo ello se valora en su justa medida, parece evidente que no existe motivo alguno para discriminar a los trabajadores a tiempo parcial a este respecto; ya que de lo que se trata es que, independientemente del horario y el calendario del trabajador o de que los días siguientes al suceso fuesen o no laborables, el trabajo no obstaculice la gestión de determinadas situaciones personales, para lo que el trabajador disfrutará de un breve periodo de asueto tras el advenimiento del suceso en cuestión. Así, por todo ello, considero que los trabajadores a tiempo parcial deben disfrutar íntegramente los permisos retribuidos previstos por el art. 37.3 del ET.⁷⁶²

b) Retribución.

Tal y como ya se ha anunciado, y así explícita la norma, los permisos del art. 37.3 ET tienen carácter retribuido. Ello forma parte de la propia esencia de los mismos, pues de lo contrario no alcanzarían su finalidad en los términos ya expuestos. Por tanto, la

⁷⁶² En un sentido similar, apoyando esta lectura: CABEZA PEREIRO, J.: “Descanso...”, *op. Cit.*, pág. 796.

única cuestión que precisa de clarificación es el *quantum* de esa retribución, habida cuenta del silencio legal al respecto.

De una primera aproximación se extrae ya cuál es la regla general, en la que confluyen de manera absoluta doctrina y jurisprudencia: el importe de la retribución relativa a estos permisos deberá corresponderse a la que hubiera percibido el trabajador de haberse desarrollado de manera efectiva la prestación de servicios. Tal y como ha expresado el TS⁷⁶³, “el art. 37.3 del Estatuto no precisa nada más a su mandato de que el permiso sea retribuido; y esa sola invocación conduce a sostener que deben incluirse el salario base y los complementos salariales que suman el salario real.” En esta misma sentencia, se concluye que, al igual que sucede para las vacaciones, solamente será admisible la exclusión de los complementos salariales que compensen actividades extraordinarias que no constituyan la retribución normal, como es el caso de las horas extraordinarias.

En consonancia con lo expuesto sobre las horas extraordinarias, tampoco procederá el abono de otros complementos vinculados a la prestación efectiva de servicios, como es el caso de los pluses de festivos⁷⁶⁴ o nocturnidad⁷⁶⁵. El argumento determinante para su exclusión es que, dada su naturaleza compensatoria, estos pluses solo deben percibirse cuando efectivamente se produzcan los trastornos propios del desempeño del trabajo en esas circunstancias especialmente incómodas. Más controvertida es la exclusión de los pluses de productividad de la retribución de los permisos; aunque, pese a no existir un consenso absoluto sobre el particular, parece que también será posible excluir convencionalmente su percepción durante el disfrute permisos

⁷⁶³ STS 20/05/1992 (Rec. 1634/1991).

⁷⁶⁴ STS 09/03/2007 (Rec. 1968/2005), haciéndose eco de la doctrina judicial que entiende “que el complemento por trabajar en festivos, tenía como finalidad resarcir de las incomodidades resultantes de trabajar en domingos o festivos, impuestas por las características del puesto de trabajo”.

⁷⁶⁵ STS 18/03/2009 (Rec. 98/2007): “El Plus de nocturnidad es un complemento salarial de puesto de trabajo y su percepción depende exclusivamente del ejercicio de la actividad profesional en el puesto asignado, dada su índole funcional y su carácter no consolidable”.

retribuidos previstos por la Ley⁷⁶⁶ pues, a diferencia de lo que ocurre con las vacaciones, no se opone a ello norma legal o imperativa alguna⁷⁶⁷. No obstante, otros autores entienden que el plus de productividad sí debe incluirse siempre en la retribución a percibir durante los permisos⁷⁶⁸. Por último, tampoco tendrá lugar el pago de todas aquellas percepciones de naturaleza indemnizatoria y no salarial⁷⁶⁹.

En cualquier caso, y para que sirva como válvula de cierre para las posibles exclusiones de la retribución a percibir durante los permisos, debe atenderse a la prohibición de penalizar a un trabajador por el ejercicio de un derecho reconocido⁷⁷⁰. De modo que, cualquier restricción en el salario correspondiente a estas ausencias deberá someterse a dicha pauta general y no disuadir artificiosamente al trabajador del ejercicio de su derecho.

En fin, téngase en cuenta que, en atención a su carácter retribuido y su equiparación a trabajo efectivo, el tiempo transcurrido durante las ausencias ocasionadas por estas causas y bajo estas condiciones computan a efectos de la antigüedad.

c) Los requisitos formales: el previo aviso y la justificación.

El ejercicio del derecho no se somete en la norma a un específico procedimiento, pero exige, eso sí, preavisar y justificar la ausencia. Esta previsión normativa pretende, por un lado, limitar en la medida de lo posible el perjuicio empresarial que supone

⁷⁶⁶ En el mismo sentido: CABEZA PEREIRO, J.: "Descanso...", *op. Cit.*, pág. 793.

⁷⁶⁷ STSJ Aragón 23/01/1999 (Rec. 1148/1998). En el mismo sentido: STSJ Navarra 11/10/1993 (Rec. 163/1993). En efecto, recuérdese que, sobre este punto, los permisos retribuidos del art. 37.3 del ET no gozan de las garantías de las vacaciones, respecto de las cuales tanto el tenor literal del art. 7 C. 132 OIT como el criterio de los tribunales (STS 01/10/1991 Rec. 667/1991) indican que no resulta posible excluir de su retribución los pluses de productividad.

⁷⁶⁸ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: "Los permisos...", *op. Cit.*, pág.61.

⁷⁶⁹ STSJ Navarra 29/06/2006 (Sentencia nº 198/2006), de acuerdo a la doctrina de los Profesores Antonio V. Sempere Navarro y Pilar Charro Baena.

⁷⁷⁰ ROJO TORRECILLA, E.: "Permisos...", *op. Cit.*, pág. 211.

prescindir repentinamente de un miembro de la plantilla y, por el otro, certificar la pertinencia de esta ausencia. Así pues, estamos ante una manifestación del principio de buena fe⁷⁷¹ que carece de reglas específicas sobre plazo y forma. Por tanto, las condiciones del preaviso y de la justificación dependerán en gran medida de la naturaleza de la causa que motiva el permiso en cuestión.

Así, respecto al previo aviso, se exigirá una especial diligencia al trabajador en aquellos supuestos en que se conozca con una antelación considerable el momento en que se producirá el evento, como en el caso del matrimonio o el de traslado del domicilio habitual. Y, *a sensu contrario*, se flexibilizarán los criterios ante supuestos en que la propia naturaleza del evento dificulte notablemente el previo aviso, como puede ocurrir ante infortunios familiares.⁷⁷² En estos últimos casos, es lógico admitir que resulta suficiente una justificación a posteriori, sin que sea exigible el previo aviso propiamente dicho.⁷⁷³ Todo ello no obstante, debe tenerse en cuenta que, dado que el ET configura estos permisos como un auténtico derecho del trabajador, la necesidad de preavisar a la empresa no implica que deba obtenerse una autorización al efecto por parte de la misma⁷⁷⁴; sin que ello deba confundirse con una prerrogativa del trabajador para ausentarse del trabajo discrecionalmente pues, sin la posterior justificación, dicha ausencia constituiría un incumplimiento contractual.

De manera paralela al previo aviso, las circunstancias del caso también determinarán el nivel de exigencia y las condiciones formales de la justificación. Pese a que, en principio, no se pueda exigir una forma determinada en la justificación⁷⁷⁵, sí resulta indudable que los medios utilizados para acreditar la ausencia deben ser los ideales y

⁷⁷¹ ROJO TORRECILLA, E.: "Permisos...", *op. Cit.*, pág. 210.

⁷⁷² CABEZA PEREIRO, J.: "Descanso...", *op. Cit.*, pág. 794: la exigibilidad del preaviso debe matizarse en ciertos supuestos.

⁷⁷³ CABEZA PEREIRO, J.[et al.]: "La ordenación...", *op. Cit.*, pág. 153.

⁷⁷⁴ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: "Los permisos...", *op. Cit.*, pág. 37, que identifica esta característica como la *operatividad directa del precepto*. En el mismo sentido: NORES TORRES, L.E.: "El artículo 37", en A.A.V.V. Comentarios al Estatuto de los Trabajadores 2ª edición, Valladolid (Lex Nova), 2012

⁷⁷⁵ CABEZA PEREIRO, J.[et al.]: *ibídem*, pág. 153.

más ajustados a derecho posibles en función de cada supuesto; pues así se desprende de la requerida buena fe contractual. De este modo, los documentos a aportar serán tan variados como las causas que motivan estos permisos: el libro de familia, el acta matrimonial o el certificado del juzgado en caso de matrimonio; la partida de defunción y partes médicos y/u hospitalarios⁷⁷⁶ en caso de infortunios familiares, o partida de nacimiento en su caso; certificado de empadronamiento, contrato de la nueva vivienda o recibos de agua y luz para el traslado de domicilio habitual etc...⁷⁷⁷ Cabe añadir, sobre este tema, que en algún caso se ha intentado neutralizar la obligación del trabajador de presentar la debida justificación, alegando que ello podría ser atentatorio contra el derecho a la intimidad. Sin embargo, el TS⁷⁷⁸ rechaza este razonamiento bajo el entendimiento de que lo que impide el art. 18.1 de la CE son las injerencias en la intimidad arbitrarias e ilegales, que no es el caso de las justificaciones exigidas para acreditar los permisos por superar éstas el triple juicio de proporcionalidad: idoneidad (la medida es susceptible de alcanzar el fin propuesto), necesidad (no existe otra medida más moderada para la consecución del propósito con igual eficacia) y proporcionalidad en sentido estricto (se derivan de ella de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto).

En fin, debe tenerse en cuenta que si, pese a una real concurrencia de la causa, la ausencia no se justifica debidamente, nos encontraríamos ante una ausencia injustificada y, por ende, ante todas consecuencias que ella desencadena⁷⁷⁹.

⁷⁷⁶ En el que se indica el tipo de intervención y el grado de parentesco que se guarda con el paciente.

⁷⁷⁷ BLASCO JOVER, C.: "Tiempo...", *op. Cit.*, pág.

⁷⁷⁸ STS 13/03/2007 (Rec. 39/2006).

⁷⁷⁹ En el mismo sentido: SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: "Los permisos...", *op. Cit.*, pág. 44.

9. Los días de asuntos propios.

Existe, dentro de la jornada de trabajo en sentido amplio, una figura que, por su cercanía, debe ser tratada junto a los permisos retribuidos del art. 37.3 del ET. Se trata de los días de asuntos propios, institución que no cuenta con un expreso respaldo legal, pero sí con una amplia tradición en el panorama convencional. Así, es práctica habitual que la negociación colectiva reconozca al trabajador una serie de días que, a lo largo del año, podrá dedicar a la atención de cualesquiera asuntos personales; sin necesidad de que concurra una causa justificativa específica. Lo que ocurre, es que, a diferencia de los permisos retribuidos del art. 37.3 del ET, con los que, efectivamente, sí guardan cierta semejanza, no existe una regulación legal para ellos. Por lo que se regirán de acuerdo a las propias normas convencionales que, en cada caso, los gesten. Su característica más típica, quizá, sea la de que el trabajador, pese a ausentarse del trabajo, mantenga los derechos retributivos inherentes a la jornada en que disfrutó del día de asuntos propios. La cuestión de si las horas no trabajadas por el disfrute de este derecho computan como tiempo de trabajo efectivo y, por tanto, resultan, o no, recuperables dependerá, como se sabe, de la opción tomada por el convenio colectivo.⁷⁸⁰

Por último, resulta necesario aclarar un punto respecto a los trabajadores a tiempo parcial que prestasen sus servicios durante los fines de semana. Es un lugar común afirmar que los días de asuntos propios obedecen, en términos generales, a la idea de procurar cierto tiempo libre al trabajador para que pueda ocuparse de asuntos que no puede atender en su habitual tiempo de descanso. Y, partiendo de esa idea, surge, en efecto, la cuestión de si este derecho alcanza también a aquellos trabajadores que, en atención a su jornada, ya disponen de días libres en los que, perfectamente, podrían atender esos “asuntos propios”; siendo el caso paradigmático el de los trabajadores

⁷⁸⁰ Esta cuestión es objeto de un análisis particularizado en el capítulo relativo a la delimitación entre el tiempo de trabajo y el tiempo de descanso, concretamente en el epígrafe de los “descansos computables como tiempo de trabajo”.

que prestan sus servicios durante los fines de semana. Pues bien, el TS⁷⁸¹ entiende a este respecto que los trabajadores a tiempo parcial que prestasen sus servicios, únicamente, durante los fines de semana sí tienen derecho a disfrutar de los días de asuntos propios, pero sólo de forma proporcional a su jornada. Como se observa, el TS para establece un tratamiento diferenciado entre los permisos retribuidos del art. 37.3 del ET⁷⁸² y los “días de asuntos propios”, lo que encuentra su justificación en que éstos últimos no requieren causa justificativa ninguna ni se conectan con el acaecimiento de ningún suceso concreto, por lo que queda claro que no tienen la misma naturaleza jurídica.

10. Otras licencias.

Por último, es necesario referir que, además de permisos retribuidos regulados por el art. 37.3, el ET recoge también otras licencias. Así, el art. 23 del ET contempla determinadas situaciones en las que, a raíz del seguimiento de determinadas acciones formativas, se interrumpirá la prestación de servicios y, solo en algunos casos, se mantendrá la retribución. En primer lugar, el art. 23.1 a) reconoce al trabajador un derecho a disfrutar de los permisos necesarios para asistir a exámenes⁷⁸³ y a escoger

⁷⁸¹ STS 15/09/2006 (Rec. 103/2005): “Ciertamente, si, como todo parece indicar, la finalidad de los días de asuntos propios es la de facilitar a los trabajadores, que tienen ocupado todos los días laborables con la jornada de trabajo, tiempo para gestiones personales que no puedan efectuarse durante el descanso semanal, ya se comprende la situación más favorable que a este respecto tienen los trabajadores a tiempo parcial que sólo trabajan los fines de semana.” En el mismo sentido, STS 01/12/2015 (Rec. 27/2015) “...las licencias por matrimonio o inscripción como pareja de hecho, fallecimiento o enfermedad grave de parientes, nacimiento de hijo o adopción, paternidad, maternidad o traslado de domicilio tienen una duración no susceptible de limitación. Lo mismo cabe decir de los supuestos en que el permiso se acomoda a la duración de la circunstancia que lo justifica, como es el caso del de cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, cumplimiento de un deber público inexcusable y personal, asistencia a exámenes de estudios oficiales, visita médica o asistencia a pruebas de diagnóstico del embarazo y/o preparación al parto. Sin embargo, la licencia por asuntos propios está desvinculada de cualquier justificación o motivo y, además, se calcula en atención al tiempo de trabajo activo...”

⁷⁸² Que, recuérdese, deben ser disfrutados de manera íntegra por parte de los trabajadores a tiempo parcial.

⁷⁸³ El TS aclara en su Sentencia de 15/07/1998 (Rec. 3589/1997) que el derecho para acudir a exámenes no se circunscribe a las horas correspondientes al examen, sino que debe ser en todo caso suficiente

turno de trabajo cuando se cursen estudios para la obtención de un título académico o profesional. Nótese que se trata éste de un derecho del trabajador a título particular, que en modo alguno tiene por qué estar relacionado con la actividad desarrollada en la empresa.

A continuación, en las letras b) y c) del art. 23.1 del ET, se confiere al trabajador un derecho a adaptar su jornada u obtener el permiso oportuno para la asistencia a cursos de formación profesional. Claramente, el primero de estos derechos, hace referencia a la posibilidad de compatibilizar el desempeño del trabajo habitual con el seguimiento de los cursos de formación profesional a través de un ajuste de la jornada de trabajo. Por su parte, el derecho al permiso oportuno consiste en la posibilidad de suspender las obligaciones recíprocas de la relación laboral mientras dure el proceso formativo en cuestión. A diferencia del anterior, estos dos derechos sí parecen vincularse con la actividad profesional desempeñada en la empresa.⁷⁸⁴

Y, por su parte, la letra d) del art. 23 reconoce al trabajador un derecho a la formación necesaria para su adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo. Además, el tiempo destinado a dicha formación se considerará en todo caso tiempo de trabajo efectivo, especialmente a efectos retributivos.

El problema común que presentan estos derechos es que, además de adolecer de cierta vaguedad y falta de precisión, el propio art. 23.2 del ET encomienda su

para que éste pueda desarrollarse en condiciones de idoneidad, pudiendo incluso abarcar la jornada completa.

⁷⁸⁴A este respecto es importante destacar que, originariamente la letra b) del art. 23 recogía conjuntamente los derechos a la adaptación de jornada de trabajo y al permiso con reserva de puesto de trabajo para la realización de cursos de formación o perfeccionamiento profesional. Como se ve, la técnica legislativa utilizada para reglar el disfrute de estos derechos era la de la alternatividad de los mismos. La conjunción disyuntiva “o”, que engranaba ambos, hacía entender, y de hecho así era, que el objetivo de alcanzar una formación profesional relacionada con la actividad de la empresa podría lograrse mediante el disfrute alternativo y excluyente de una adaptación de jornada o un permiso con reserva del puesto de trabajo. Sin embargo, desde la reforma operada por la Ley 3/2012, ambos derechos se recogen ya por separado en las letras b) y c) del artículo 23; por lo que, todo parece indicar que ambos derechos, previstos para propiciar una formación profesional, pueden disfrutarse acumulativa o sucesivamente en relación con un mismo proceso formativo.

concreción y determinación a la negociación colectiva⁷⁸⁵; lo cual plantea importantes dudas. En primer lugar, cabe preguntarse si, a falta de previsión convencional al respecto, el permiso para la asistencia a exámenes tiene, o no, carácter retribuido. En mi opinión, el silencio del legislador es del todo significativo, pues, tal y como se verá a continuación, el permiso formativo recogido en el punto 3 del art. 23 del ET sí goza expresamente de este carácter retribuido; lo que lleva a interpretar, a *sensu contrario*, que el permiso para concurrir a exámenes únicamente sería retribuido en caso de que existiese una mejora contractual o convencional al respecto. Pero sobre todo, y esta segunda cuestión tiene mayor trascendencia, cabe incluso plantearse la propia aplicabilidad de todos los derechos anteriormente analizados cuando la negociación colectiva no delimita y cristaliza la genérica previsión de la norma estatutaria. Pues bien, a mi juicio, el tenor literal de la norma induce a considerar que la referencia a la negociación colectiva efectuada en este punto tiene un sentido no condicional, sino secundario, que lo que hace es, simplemente, recordar la jerarquía de fuentes del derecho del trabajo y las distintas posibilidades abiertas a la negociación colectiva.⁷⁸⁶ Por ello, entiendo que la falta de desarrollo convencional no comprometería la eficacia jurídica de estos derechos, aunque, obviamente, sí entorpecería su ejercicio práctico.

En cambio, el último permiso formativo previsto por el art. 23 presenta un panorama jurídico totalmente diferente. Así, el punto 3 del citado artículo establece que los trabajadores con al menos un año de antigüedad en la empresa disfrutarán de un permiso retribuido de veinte horas anuales destinado al seguimiento de actividades formativas vinculadas a la actividad de la empresa, que podrá acumularse por un periodo de hasta cinco años (es decir, como máximo cien horas). Como puede apreciarse en primer lugar, la propia Ley explicita el carácter retribuido del permiso.

⁷⁸⁵ El art. 23.2 ET establece que “en la negociación colectiva se pactarán los términos del ejercicio de estos derechos...”

⁷⁸⁶ Sobre este punto, véase: SALA FRANCO, T., BALLESTER PASTOR M.A.: “Reducción...”, *op. Cit.*, págs. 52-54, en relación al derecho de adaptación de jornada del art. 34.8 del ET, cuyos razonamientos, no obstante, considero extrapolables al análisis sobre la eficacia jurídica de estos permisos formativos.

Pero, además, por lo que se refiere a los términos de su ejercicio, este derecho no adolece de los problemas de operatividad y aplicabilidad antes estudiados para la enumeración general de los derechos de promoción y formación profesional del trabajador; pues el disfrute del permiso se concretará, en defecto de lo previsto en convenio colectivo, de mutuo acuerdo entre trabajador y empresario. No se indica, sin embargo, el procedimiento a seguir en caso de conflicto sobre la concreción del disfrute, aunque debe deducirse que el cauce procesal oportuno será la modalidad ordinaria.

Más allá de los permisos y licencias derivados del derecho a la formación, el art. 40.4 del ET establece que, cuando los desplazamientos tengan una duración superior a tres meses, los trabajadores tendrán derecho a un permiso de cuatro días laborables en su domicilio de origen por cada tres meses de desplazamiento, sin computar los días empleados en los viajes de ida y vuelta (que serán, a su vez, sufragados por el propio empresario). En primer lugar, debe destacarse que los días correspondientes tanto a los viajes como a la propia estancia en el domicilio serán retribuidos. En efecto, el sentido y finalidad del derecho no podrían conducir a ninguna otra conclusión, por lo que los tribunales se muestran absolutamente firmes a este respecto.⁷⁸⁷ En segundo lugar, cabe precisar que el permiso por desplazamiento no se pierde porque el trabajador hubiese tenido oportunidad de regresar a su domicilio en fechas cercanas; pues no cabría realizar una interpretación restrictiva de este derecho.⁷⁸⁸ Y, por último, parece que resultaría posible, incluso, acumular los días de permiso para su disfrute acumulado o bien sustituirlos por una compensación económica cuando esa fuese la voluntad del trabajador.⁷⁸⁹

⁷⁸⁷ STCT de 22/03/1982 (Ar. 2105).

⁷⁸⁸ En este sentido: STCT de 26/05/1986 (Ar. 3623) y STSJ del País Vasco de 18/01/2000 (Rec. 2131/1999).

⁷⁸⁹ STSJ de Madrid de 19/09/1989 (Ar. 1296).

Finalmente, también cabe aludir al art. 53.2 del ET que, con motivo de la extinción del contrato por causas objetivas, reconoce al trabajador⁷⁹⁰ una licencia retribuida de seis horas semanales para la búsqueda de un nuevo empleo durante los quince días de preaviso anteriores a la fecha de efectos del despido. Sobre esta licencia cabe destacar, en primer lugar, que su existencia está condicionada a la existencia del propio preaviso, pues, como se sabe, el art. 53.4 del ET reconoce que el preaviso podría no respetarse, aunque en tal caso el empresario estaría obligado a abonar los salarios correspondientes a dicho periodo. Pero, además, debe apreciarse que, aun respetándose dicho preaviso, la presunta finalidad de la licencia se ve cuestionada en la medida en que resulta muy poco plausible que un permiso de seis horas a la semana, durante apenas quince días, vaya a resultar determinante para que el trabajador despedido pueda encontrar una nueva colocación en el actual mercado de trabajo.⁷⁹¹



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

⁷⁹⁰ En caso de que el trabajador en cuestión presentase una discapacidad, el permiso será ejercido por su representante legal.

⁷⁹¹ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: “Los permisos...”, *op. Cit.*, págs. 226-227.

CAPÍTULO XI
CONCLUSIONES



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

XI. CONCLUSIONES.

1. Sobre la jornada laboral, en sentido amplio. 2. Sobre la delimitación entre el tiempo de trabajo efectivo y el tiempo de descanso. 3. Sobre la jornada ordinaria. 4. Sobre la jornada extraordinaria. 5. Sobre la flexibilidad de la jornada en atención a las necesidades del trabajador. 6. Sobre los descansos diarios. 7. Sobre el descanso semanal. 8. Sobre las vacaciones anuales. 9. Sobre los permisos retribuidos.

1. Sobre la jornada laboral, en sentido amplio.

Del estudio y desarrollo de todo el trabajo anterior podría resaltarse, como idea general, que la jornada de trabajo es un eje absolutamente central en la relación del trabajo dependiente y por cuenta ajena, hasta el punto de que se sitúa en el mismísimo núcleo del sinalagma contractual; pues, en efecto, como se sabe, lo vendido a través del contrato de trabajo no son los frutos del trabajo, sino el trabajo mismo, medido en forma de horas de servicio. Así, lo que el empresario obtiene del trabajador, en virtud del contrato de trabajo y a cambio del salario, no es otra cosa que un cierto número de horas de trabajo; esto es, la jornada de trabajo realizada por éste..

Durante las primeras fases de desarrollo del Derecho del Trabajo como disciplina autónoma del Derecho Privado, las tensiones propias de la relación laboral incidieron sobre la vertiente puramente cuantitativa de la jornada. Así, en una etapa económica marcada por el expansionismo, en la que puede apreciarse, incluso, un déficit de la mano de obra disponible frente a las crecientes necesidades empresariales, la pretensión del empresario era la de contratar a cada uno de los trabajadores por el mayor número de horas posible. Sin embargo, desde otra perspectiva, aparecían cuestiones de índole fisiológica, social y, finalmente, también económica, que llevaron a la limitación de la cantidad de trabajo que podía prestar cada operario. De esta forma surgieron, frente a esa ambición empresarial, fronteras de carácter imperativo que acotaban la autonomía de la voluntad de las partes; pues se asumía que, dada su asimétrica posición de origen a nivel social, económico y jurídico, empresario y

trabajador no eran, efectivamente, ni iguales ni libres para acordar con plena libertad los términos de su relación. Así, es exactamente en este momento, con la aparición de las primeras normas de derecho necesario relativo, referidas precisamente al volumen de tiempo por el que el empresario podía contratar al trabajador, cuando se expide el certificado de nacimiento del Derecho del Trabajo como disciplina jurídica autónoma e independiente del Derecho Civil.

Todo ello no obstante, la vigente legislación revela un importante cambio de prisma sobre toda esta cuestión. En efecto, puede afirmarse que las tensiones que convergen, con un altísimo grado de presión, sobre la cuestión temporánea de la relación laboral se han trasladado, desde aquél debate puramente cuantitativo que caracterizó las primeras fases evolutivas del Derecho del Trabajo, a otro plano en el que el conflicto versa, principalmente, sobre la cuestión cualitativa del tiempo de trabajo; en el sentido de que, en el contexto actual, los intereses principales de ambas partes se plantean más sobre la distribución y el reparto del trabajo que sobre la propia cantidad de horas de servicio prestadas.

Así, desde la perspectiva empresarial, el principal objetivo es el de acceder a un sistema de distribución del tiempo de trabajo que le permita responder con agilidad y precisión a los cambios y variaciones que se producen en el mercado. De modo que para el empresario la prioridad no es ya adquirir la mayor cantidad posible de horas de servicio por parte del trabajador, sino poder hacer un uso flexible e inteligente de esas horas.

Mientras tanto, por parte del trabajador, una vez ya consagrados los límites cuantitativos al tiempo de trabajo, garantizados tanto por las constituciones de todos los Estados desarrollados como, de un modo muy especial, en el contexto comunitario, por la Directiva 2003/88/CE, las prioridades también han cambiado. En efecto, actualmente su principal interés es el de alcanzar un sistema de jornada que le permita conciliar el trabajo con una programación ordenada de la vida familiar y personal; con lo que los permisos y las reducciones y adaptaciones de jornada se transforman, ahora, en su principal objetivo sobre este tablero de juego.

Pues bien, dada la complejidad del contexto socio-jurídico, y como puede fácilmente vislumbrarse, han sido numerosas las intervenciones legislativas sobre la materia; algunas de las cuales plantean ciertos problemas técnicos y teóricos que conviene analizar. No obstante, antes de acometer la valoración las diversas cuestiones particulares, es preciso destacar otra, de calado global y que se cierce sobre la propia jornada de trabajo, entendida en su sentido más amplio. Como se sabe, la jornada de trabajo es un concepto genérico que engloba todas aquellas instituciones que guardan relación con el elemento temporáneo de la relación laboral. De modo que, en dicha categoría de significado amplio, se encuadran la jornada ordinaria, la jornada extraordinaria, los permisos y las adaptaciones de jornada, los festivos, las vacaciones y los demás descansos necesarios programados por el legislador. Pero todas estas instituciones, además de confluir dentro de este conjunto sinérgico al que denominamos (en sentido amplio) jornada de trabajo, y precisamente por ello, muestran un alto grado de interdependencia entre ellas. En efecto, las intervenciones operadas sobre cada uno de los distintos elementos inciden, de un modo tanto directo como indirecto, en los demás. Lo que ocurre es que, según se constata, las reformas legislativas pierden de vista, en muchas ocasiones, esta perspectiva omnicomprensiva y actúan parcialmente sobre instituciones concretas; pero olvidan los efectos que cada modificación produce en aquellas otras con las que se encuentra indisolublemente conexas. Así, a través de este fatídico fenómeno, se provocan indeseadas incongruencias jurídicas, fallos de sincronización y disonancias. A lo largo de este capítulo conclusivo se resaltarán distintas muestras de esta situación.

2. Sobre la delimitación entre el tiempo de trabajo efectivo y el tiempo de descanso.

Uno de los principales factores de cambio que, en los últimos años, han incidido en la regulación del tiempo de trabajo conecta con la innovación y desarrollo tecnológicos. En efecto, como es de sobra conocido, los avances de la técnica y el conocimiento han propiciado un cambio radical en los procesos productivos y, por ende, en la organización y optimización empresarial de los recursos humanos. Pero también han

terminado por provocar una auténtica revolución en las dinámicas y hábitos sociales, así como en la propia economía; lo que, a su vez, ha desencadenado el apogeo de sectores económicos que, hasta hace no demasiado tiempo, carecían de la relevancia e impacto actuales. Buenas muestras de todo ello son la aparición de fenómenos como el trabajo a distancia, basado en las tecnologías de la comunicación, o el vertiginoso desarrollo de actividades como el transporte o la seguridad, tan características de la sociedad de servicios en la que ahora vivimos. Pues bien, todo este conjunto de factores, combinados entre sí, plantea nuevos e interesantes retos jurídicos en la regulación de la jornada de los trabajadores que se han visto implicados en este proceso de cambio.

Más concretamente, este nuevo contexto socio-económico y productivo, marcado por el desarrollo tecnológico, ha propiciado un auge en la conceptualización de los tiempos de trabajo y los tiempos de descanso; es decir, en la delimitación jurídica de los espacios temporales incardinables dentro de la prestación de servicios por cuenta ajena y aquellos otros que pertenecen, estrictamente, a la vida privada del trabajador. En efecto, durante las primeras fases históricas del Derecho del Trabajo era harto sencillo diferenciar qué momentos del día, la semana, el mes o el año quedaban dentro del ámbito profesional y qué otros quedaban fuera. Sin embargo, tal distinción se ha complejizado sobremanera en la sociedad actual. Así, frente al panorama originario, sencillo y dicotómico, de dos realidades bien diferenciadas como el tiempo de trabajo y el tiempo de descanso, ahora encontramos toda una variedad de figuras conceptuales ambiguas que dibujan un paisaje mucho más confuso y controvertido. Se trata, específicamente, de los tiempos de presencia, espera y puesta a disposición, así como el tiempo de descanso computable como tiempo de trabajo; categorías jurídicas, todas ellas, limítrofes entre el tiempo de trabajo y el tiempo de descanso, y surgidas de ese conjunto de cambios sociales y económicos que ha desencadenado, principalmente, la revolución tecnológica.

Así pues, puede afirmarse que la delimitación entre el tiempo de trabajo y el tiempo de descanso ha adquirido, recientemente, un interés y relevancia extraordinarios dentro

del estudio de la jornada de trabajo. Sin embargo, la tarea de dilucidar estas fronteras dista mucho de la sencillez; pues se trata de definir unas categorías jurídicas, ya de por sí difusas, para una enorme diversidad de actividades, lo que, en muchas ocasiones, no permite llegar a conclusiones unívocas o generales, que ofrezcan soluciones universales. Así queda reflejado en los textos normativos vigentes en la materia, que resultan abiertamente deficitarios en la tarea de ofrecer una definición técnica y precisa de dichos conceptos; y ello tanto a nivel comunitario, con la Directiva 2003/88/CE, como a nivel interno, especialmente si hablamos del art. 34 del ET (pues es cierto que el RD 1561/1995 sí ofrece, por su carácter específico, un mayor grado de concisión). No obstante, lo casuístico y particularizado de este terreno hacen, hasta cierto punto, comprensible y aceptable la moderada vaguedad de la Ley. Así, dadas las presentes circunstancias, la jurisprudencia emerge, en su labor interpretativa, como la única fuente capaz de arrojar la suficiente luz sobre esta materia. Pues bien, puede afirmarse que los tribunales, tanto el TJCE-TJUE a nivel comunitario como, después, el TS a nivel interno, han recogido ese guante; ya que, a través de sus pronunciamientos, han sido capaces de aportar soluciones satisfactorias para las distintas controversias, de carácter muy heterogéneo, planteadas sobre este particular. A raíz de todo lo expuesto, puede concluirse que, pese a la dificultad de la empresa, la delimitación entre el tiempo de trabajo y el tiempo de descanso se encuentra, en términos generales, resuelta desde un punto de vista técnico-jurídico. Lo cual se ha logrado mediante unas bases legales breves y simplistas, pero sólidas, y una encomiable labor interpretativa de los tribunales comunitarios e internos para resolver, con acierto y coherencia, la ingente casuística de esta materia.

3. Sobre la jornada ordinaria.

Como se sabe, dentro de la jornada ordinaria de trabajo confluyen dos planos interdependientes entre sí: el aspecto cuantitativo, relativo a la cantidad de tiempo de trabajo que el trabajador pone a disposición del empresario, y el aspecto cualitativo, relativo a la distribución que hace el empresario del tiempo de trabajo contratado.

Pues bien, desde un punto de vista evolutivo, puede concluirse que estas dos nociones se encuentran, en la actualidad, en una situación antagónica. Así, la vertiente cuantitativa de la jornada de trabajo está plenamente asentada y estabilizada; mientras que, en cambio, la vertiente cualitativa se encuentra en plena ebullición evolutiva.

En efecto, el aspecto cuantitativo de la jornada de trabajo lleva ya mucho tiempo consolidada en sus parámetros actuales. Ciertamente, si ampliamos la perspectiva, se aprecia que, desde los albores de la disciplina hasta su configuración actual, se han experimentado importantes cambios. Como se sabe, en un primer momento, el tiempo de trabajo se estructuraba sobre la base del día, que era la única unidad cronológica contemplada. Pero distintos factores determinaron la insuficiencia del módulo diario para contener, por sí solo, todo el abanico de circunstancias que intervienen en la ordenación del tiempo de trabajo. Todo lo cual hizo necesario que se completase ese ciclo diario con el semanal y el anual. Así, el actual sistema de ordenación del tiempo de trabajo se basa en sucesivos ciclos temporales, de cadencia periódica y de duración creciente; estructura que, ahora sí, permite sustentar la totalidad de elementos que inciden en esta condición de la relación laboral. Lo que ocurre es que todo este proceso hace ya mucho que concluyó, y hoy está completamente asentado en nuestro sistema de relaciones laborales; de modo que la vertiente cuantitativa de la jornada de trabajo está plenamente estabilizada. No obstante esta raigambre en el Derecho vigente, existen algunos problemas aplicativos e incongruencias jurídicas que, pese a pasar casi desapercibidos por formar ya parte del paisaje habitual, conviene señalar de cara a la pertinente reflexión.

En primer lugar, debe destacarse un problema muy específico al que podríamos denominar *la jornada semanal extrema*. Como se sabe, la negociación colectiva está facultada para disponer del límite diario de nueve horas de trabajo efectivo; con lo que quedarían, como únicos límites cuantitativos al trabajo diario, el límite indirecto derivado de las doce horas de descanso entre jornadas y la necesaria interrupción diaria (conocida también como la pausa del bocadillo) de al menos quince minutos.

Junto a este mecanismo, coexisten la consabida distribución irregular de la jornada de trabajo, consistente en la supresión del límite legal de cuarenta horas de trabajo a la semana, y la posibilidad, abierta por el propio art. 37.1 del ET, de que el descanso semanal se acumule en periodos de hasta catorce días. Pues bien, la suma y combinación de estos tres instrumentos de gestión del tiempo de trabajo arroja una peligrosa contingencia: un esquema de ritmo de trabajo según el cual se prestarían servicios de manera continuada durante once días seguidos, a razón de doce horas cada uno de ellos y con la única interrupción de una pausa de quince minutos. Esta es la situación a la que denominaríamos *la jornada semanal extrema*; esto es, la máxima concentración de trabajo en un periodo de tiempo permitida por la Ley. Desde luego, parece difícil afirmar que una distribución del tiempo de trabajo semejante se ajuste con plenas garantías los principios de seguridad y salud en el trabajo que, como bien manifiesta la Directiva comunitaria, deben regir esta materia. Por ello, además de por otras razones de orden personal, familiar y social, creo que sería más que conveniente que la Ley garantizase, incluso frente a la negociación colectiva, una duración máxima de la jornada semanal a través de un límite propio, específico y absolutamente indisponible; semejante al de las doce horas de trabajo efectivo al día. Sobre todo, si se valora que los acuerdos colectivos conducentes a esta coyuntura podrían tener lugar, perfectamente, en sede empresarial. La prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa contemplado por la nueva redacción del art. 84.2 del ET facilitaría mucho que así fuese. De modo que no parece que, con estas condiciones y un tejido productivo formado eminentemente por pequeñas empresas, la Ley sea capaz de garantizar las condiciones ideales de trabajo, a este respecto, para un gran porcentaje de trabajadores de nuestro país.

Otro punto importante que debe subrayarse, respecto a la vertiente cuantitativa de la jornada, es el de los diversos defectos de trasposición de la Directiva comunitaria sobre la materia que arrastra, con total naturalidad y sin provocar ninguna reacción aparente por parte del legislador, el art. 34 del ET; algo que, desde luego, produce cierto grado de asombro e incomprensión. Como se sabe, el conjunto normativo de los arts. 6 b) y 16.6 b) de la Directiva 2003/88/CE establece una jornada máxima de

trabajo de cuarenta y ocho horas en cómputo cuatrimestral. Pero, a continuación, en su art. 19, otorga la facultad a los Estados miembros de permitir a la negociación colectiva ampliar los periodos de referencia para el cómputo de la jornada hasta un máximo de doce meses; siempre y cuando, eso sí, se respeten los principios generales de protección de la seguridad y salud de los trabajadores y, además, concurren razones objetivas, técnicas u organizativas. Lo que ocurre es que la estructura del art. 34 de nuestro ET, cuando permite a la negociación colectiva superar el umbral de horas de trabajo en cómputo cuatrimestral establecido por los arts. 6 y 16 de la Directiva, no hace mención alguna a los requisitos recogidos por su art. 19 para distribuir la jornada de trabajo en cómputo anual. En efecto, en la norma interna no se sujeta el poder conferido a la negociación colectiva ni al respeto de los principios generales de seguridad y salud, ni, mucho menos aún, a la concurrencia de razones objetivas, técnicas u organizativas; con lo que se incurre en un sonrojante defecto de transposición. Pero, además de este defecto de transposición, la Ley 3/2012 incorporó otro nuevo en relación al art. 19 de la Directiva, que se suma al anterior. Obsérvese que, en virtud del citado precepto, la distribución irregular de la jornada en cómputo anual debe partir, siempre, de un convenio colectivo o acuerdo entre interlocutores sociales. Pues bien, la Ley 3/2012 establece que, en defecto de pacto colectivo sobre la distribución irregular de la jornada, la empresa, unilateralmente, podrá distribuir de manera irregular, a lo largo del año, el diez por ciento de la jornada en cómputo anual. De este modo, se cede a la esfera individual de la relación lo que la Directiva sujetaba a la esfera colectiva; con el consiguiente incumplimiento del mandato comunitario. Por todo ello, parece razonable valorar la necesidad de corregir todas estas deficiencias, y supeditar la distribución irregular de la jornada en cómputo anual a la existencia de un acuerdo convencional habilitante, primero, y, además, a que se dé la referida concurrencia de causas justificadoras.

En fin, una última cuestión controvertida en relación a la vertiente cuantitativa de la jornada ordinaria es la relativa a las denominadas horas complementarias a la jornada ordinaria. Como se sabe, es tónica habitual que los convenios colectivos fijen una jornada de trabajo cuantitativamente inferior a la jornada máxima legal; lo cual origina

un espectro temporal, de naturaleza difusa, que iría desde la jornada máxima convencional hasta la jornada máxima legal y que, tradicionalmente, recibe el nombre de horas complementarias (a la jornada ordinaria). Pues bien, a este respecto se plantean dudas sobre la viabilidad, o no, de fijar un régimen retributivo inferior al de la hora ordinaria para esas horas que quedasen comprendidas entre la jornada convencional y la legal. En realidad, el problema está muy ligado al régimen de las horas extraordinarias; pues, como se sabe, el art. 35 ET establece que, en caso de compensarse económicamente y no por descansos equivalentes, las horas extraordinarias se retribuirán, como mínimo, en la misma cuantía que las ordinarias. Siendo ello así, cabe plantearse si la negociación colectiva podría bordear estas previsiones y separar a las horas complementarias del régimen retributivo de las horas extraordinarias, asignándoles un salario inferior al de las horas ordinarias. Pues bien, sobre este punto, la doctrina científica se encuentra dividida. Personalmente, considero que, a salvo de algún supuesto muy específico y detallado por la jurisprudencia, cuando la negociación colectiva establece una jornada ordinaria máxima inferior a la legal, todas las horas que superen dicho umbral deben ser consideradas como extraordinarias a todos los efectos, también retributivos; y no cabe, por tanto, fijar para ellas una compensación económica inferior al previsto con carácter general para las horas ordinarias. No obstante, resulta palmaria la necesidad de clarificar, vía legislativa, la situación jurídica de estas horas complementarias; que todavía hoy en día generan dudas aplicativas e interpretativas.

Muy al contrario de cuanto se ha visto en relación a la vertiente cuantitativa de la jornada de trabajo, puede afirmarse que la vertiente cualitativa (esto es, la fijación de los momentos concretos en que se materializará la deuda de servicios a cargo del trabajador), se halla, actualmente, en pleno proceso de metamorfosis. En efecto, tanto los cambios en el modelo productivo y las nuevas necesidades empresariales, como el auge de la flexiguridad como ideal a perseguir, han propiciado, recientemente, una transformación profunda y radical en nuestro modelo de distribución del tiempo de trabajo. No obstante, durante los capítulos anteriores, ya se han analizado detalladamente las numerosas e importantes reformas legislativas operadas sobre esta

materia; por lo que ahora se trata, simplemente, de rescatar las principales valoraciones y conclusiones extraídas al respecto.

En primer lugar, deben destacarse las exorbitantes consecuencias del inciso que incluyó la Ley 3/2012 en el art. 34.2 del ET; que, como se sabe, ahora establece que, cuando ni el convenio colectivo ni el acuerdo subsidiario entre la empresa y los representantes de los trabajadores establezcan un sistema de distribución irregular de la jornada, la empresa podrá distribuir de manera irregular, a lo largo del año, hasta el diez por ciento de la jornada anual de trabajo. En efecto, pese a lo que pudiera pensarse en una primera aproximación a la norma, las consecuencias de este precepto exceden con mucho de su aparente configuración como una garantía de mínimos que sólo actuaría en defecto de previsión colectiva sobre el particular. Muy al contrario, lo que ocurre en realidad es que la propia existencia de esta cláusula de cierre desplaza el punto de equilibrio en la negociación, que quedará adulterada por la influencia que proyecta dicha norma. Obsérvese, en este sentido, que, una vez ya concedida por defecto al empresario esta cuota de flexibilidad, difícilmente se desprenderá de ella en la fase de negociación; por lo que, se refuerza muy notoriamente la posición empresarial en la búsqueda de un punto de encuentro armónico entre los intereses contrapuestos de las partes sobre esta materia. Así, de este modo, se universaliza la jornada de distribución irregular, pero sin tener en cuenta las muy distintas circunstancias concurrentes en cada actividad; lo que, en mi opinión, puede considerarse exorbitado y lleva a plantearse la urgencia y necesidad de propagar así, indiscriminadamente, este sistema de organización del tiempo trabajo. Sobre todo si se valoran los efectos nocivos que, necesariamente, tienen estos esquemas de jornada laboral en la esfera vital del trabajador. Además, por otro lado, tampoco debe perderse de vista que, mientras esta tónica legislativa demuestra, o no, sus beneficios sobre el empleo, lo que está fuera de toda duda es que tales medidas incrementan la sumisión de la fuerza de trabajo.

Si, tal y como se acaba de afirmar, la distribución del tiempo de trabajo, en general, está experimentando un proceso de cambio casi sísmico, debe aseverarse con plena

convicción que la distribución irregular *flexible*, en concreto, es el auténtico epicentro del fenómeno. En efecto, un mercado cada vez más fluctuante y sometido a vertiginosos incrementos y decrementos en la demanda sitúa a las empresas en un contexto productivo en el que las necesidades son cada vez más volubles y difíciles de predecir. Por ello, para los intereses empresariales deviene absolutamente fundamental la capacidad de programar la jornada de trabajo no como algo monolítico e invariable, sino flexible y movable; que tenga en cuenta las vicisitudes de la empresa y los cambios que se produzcan en el mercado. En esta línea, recientes reformas legislativas se han encargado de garantizarle a la empresa una herramienta que le permita adaptar ágilmente la utilización de sus recursos humanos a las alteraciones del mercado que, inopinadamente, le afecten a lo largo de cada año. Así, la distribución irregular *flexible* de la jornada de trabajo ha pasado de ser una figura únicamente avalada por la doctrina científica y judicial, y que solo podía introducirse por vía colectiva, a quedar revestida con fuerza de Ley y ya dentro de la autonomía individual del empresario.

Lo que sucede, es que la consagración de este *ius variandi* empresarial, llevada a cabo por la Ley 3/2012, presenta algunos puntos polémicos y controvertidos. En primer lugar, llama la atención que la Ley no exija más trámite procedimental que un breve preaviso de cinco días, así como que tampoco sea necesaria la concurrencia de causa alguna para que el empresario proceda a alterar la jornada de trabajo inicialmente prevista en el calendario laboral. Y es que, si se valora hasta qué punto puede llegar a perturbar al trabajador esta medida, parece ciertamente desproporcionado el grado de holgura concedido al empresario para adoptarla. Pese a todo ello, considero muy oportuna la recuperación en este punto de la doctrina del TS vertida en su sentencia del 15 de diciembre de 1998 (Rec. 1162/1998); según la cual debe entenderse que la decisión del empresario basada en esta facultad reconocida por el art. 34.2 del ET debe, al menos, conectarse con causas de utilidad y necesidades de funcionamiento de la empresa, extremo susceptible, incluso, de someterse a control judicial.

Ya desde un punto de vista más abstracto, debe valorarse que la jornada irregular flexible se presenta, por la exposición de motivos de la propia Ley, como una alternativa a la destrucción de empleo; lo que concuerda plenamente con los ideales programáticos de la *flexiguridad*. Pero lo cierto es que la Ley aumenta paralelamente la flexibilidad en materia de despido. Es decir, se pretende que la decisión empresarial se incline hacia la flexibilidad interna pero, en el otro lado de la balanza, los efectos empresariales aparejados a la flexibilidad externa aparecen igualmente suavizados. Por tanto, esa presunta alternatividad entre flexibilidad externa e interna termina por reducirse a un incremento unidireccional de las facultades empresariales en todas las parcelas de actuación; sin que ello presente, o desde luego no de una manera directa, ninguna contrapartida favorable para las prerrogativas del trabajador.

También conviene hacer referencia a la intrincada relación de esta jornada irregular dinámica con las horas extraordinarias. En efecto, como ya se ha analizado en el capítulo correspondiente, el modelo de jornada irregular flexible introducida por la Ley 3/2012 dibuja un panorama en el que los límites entre la jornada ordinaria y la jornada extraordinaria se difuminan hasta el punto de su práctica desaparición; lo que, sin duda, impedirá el adecuado registro y totalización de las horas extraordinarias, en términos del art. 35 del ET, y provocará un considerable aumento de los casos en que los límites referidos a la jornada extraordinaria vengán incumplidos. Y, obviamente, de todo ello se derivarán una serie de efectos muy perjudiciales y nocivos para ambas partes. No obstante, en mi opinión, una sencilla propuesta de *lege ferenda* sería capaz de solucionar este problema. En concreto, lo que planteo es que se revista al preaviso de cinco días, requerido por la Ley para efectuar la distribución flexible de la jornada, de una forma específica y de un mínimo contenido necesario; por ejemplo, a través de un sencillo modelo oficial en el que se explicitase de manera fehaciente que se está llevando a cabo un incremento del tiempo de trabajo imputable a la jornada ordinaria. Siendo ello así, podría discernirse perfectamente cuándo se está ante un aumento de la jornada ordinaria irregular y cuándo se está ante la ejecución de horas extraordinarias; pues este preaviso, ahora cualificado y dotado de mayor entidad, con una forma específica y un contenido cierto, permitiría reconocer con total exactitud los

incrementos de jornada ordinaria. Así, toda hora de trabajo que no se haya preavisado e identificado como un aumento de la jornada ordinaria y exceda de los parámetros que la definen y la acotan, deberá ser considerada como extraordinaria desde el mismo momento de su realización; sin necesidad de esperar a que finalice el año en cuestión y sin ningún problema relacionado con las exigencias de seguimiento y control del art. 35.5 del ET. Además, esta solución llevaría a que ambas herramientas empresariales para la optimización del uso de los recursos humanos coexistiesen con plena coherencia. De forma que cuando el empresario pudiese prever con, al menos, cinco días el incremento de la necesidad productiva, la distribución flexible de la jornada se erigiría como el instrumento idóneo; mientras que si la espontaneidad de las necesidades productivas le privase de estos cinco días de anticipación, siempre podría recurrir a las horas extraordinarias.

El último punto controvertido en relación con la jornada irregular dinámica tiene que ver con la reforma operada por el RDL 16/2013 de 20 de diciembre sobre esta materia. Como se sabe, este RDL establece que las diferencias por exceso o por defecto entre la jornada realizada y la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo legal o pactada se compensarán, en defecto de previsión convencional al respecto, en el plazo de doce meses desde la fecha en que se produzcan. Pues bien, dos son las principales implicaciones de esta reforma.

La primera, que ahora el art. 34.2 esclarece que las variaciones propias de la distribución irregular flexible pueden suponer tanto incrementar las horas de trabajo en un determinado periodo (para luego compensarlas con descansos más adelante), como generar bolsas de horas mediante descansos anticipados (que luego el empresario recuperará incrementando la carga de trabajo en periodos sucesivos); punto, éste último, sobre el que antes de la citada reforma persistían algunas dudas, ya que no quedaba del todo clara la licitud de estas bolsas de horas, generadas artificialmente para luego ser recuperadas cuando al empresario le conviniese.

La segunda implicación de la reforma resulta abiertamente más polémica y discutida. Concretamente, se trata del plazo previsto por la Ley para proceder a compensar estas

variaciones de jornada por exceso o por defecto. A este respecto, una lectura literal del precepto daría a entender que cada una de las variaciones de jornada abriría un plazo específico e independiente de doce meses contados desde el mismo momento en que se produjeron. Sin embargo, la aplicación taxativa de la norma en este sentido acarrearía numerosos efectos perjudiciales, derivados del desdibujamiento tan asentado criterio de la anualidad; centro gravitatorio de todas las instituciones que orbitan alrededor del tiempo de trabajo. En efecto, compensar las variaciones de jornada de un ciclo anual dentro del ciclo anual sucesivo provocaría la confusión del uno con el otro; lo que, a su vez, determinaría incertezas y desajustes prácticamente insuperables en instituciones clave, como la jornada máxima anual, la jornada extraordinaria o las vacaciones anuales. Desde luego, difuminar de este modo los contornos del ciclo anual de la jornada supondría, sin ningún género de dudas, desestabilizar el equilibrio estructural de toda la organización del tiempo de trabajo. Y, sobre este punto, debe subrayarse que, a diferencia de la semana o el mes, que sí son construcciones civiles o artificiales, el año, al igual que el día, constituye un concepto objetivo, empírico e irrefutable. En efecto, la noción del año como periodo de tiempo comprende un ciclo perfecto durante el que acontecimientos físicos y meteorológicos condicionan el ritmo vital de las personas, de la sociedad y de la economía. Por ello, considero que se debe ser especialmente cauteloso a la hora de cuestionar la virtualidad del año como magnitud temporal que estructura toda la jornada de trabajo. Pero es que, además de todo lo anterior, puede afirmarse con que si nos ceñiésemos a su tenor literal, el nuevo párrafo 3º del art. 34.2 del ET contravendría el espíritu y la letra de la Directiva 2003/88/CE. Concretamente, sería contrario a los arts. 6 y 19 del texto comunitario que, interpretados a la luz del TJUE en su Sentencia de 03/10/2000 (Caso SIMAP), confieren a los particulares un derecho a que el periodo de referencia para el establecimiento de la duración máxima de su tiempo de trabajo semanal no exceda de doce meses. No obstante, es preciso aclarar que resulta indiferente que ese ciclo de duración anual, al que se atiende para estructurar la jornada de trabajo en sentido amplio, no tiene por qué coincidir con el año civil, del 1 de enero al 31 de diciembre; sino que podría consistir en cualquier otro periodo de doce meses determinado, con perfecta precisión, por la negociación colectiva.

Por todo ello, coincido con parte de la doctrina científica, y aun en contra del criterio manifestado por la AN, en que sería más adecuado realizar una interpretación finalista del precepto. Según ésta, los mencionados doce meses suponen el plazo máximo para compensar las variaciones de jornada (lo que vendría a coincidir con el consabido criterio de la anualidad como eje gravitatorio del tiempo de trabajo), pero ello no podría suponer, en ningún caso, que las compensaciones de jornada, ya fuesen al alza o a la baja, se efectuasen sobre el ciclo anual siguiente.

4. Sobre la jornada extraordinaria.

Como se sabe, la jornada extraordinaria encuentra una serie de límites que obedecen a razones de salud fisiológica, personal y social, así como a la propia seguridad en el trabajo, tal y como sucede con los límites propios de la jornada ordinaria. Sin embargo, los límites de la jornada extraordinaria encuentran, además, un fundamento exclusivo y característico: el reparto del empleo. Pues bien, dichos límites plantean diversos problemas, viejos y nuevos, sobre los que resulta necesario incidir.

En primer lugar, debe alertarse de que el recurso a las horas extraordinarias, de manera concentrada en un corto periodo de tiempo, también puede dar lugar a una intensa concentración de trabajo a la que nos referimos anteriormente *como jornada semanal extrema*. Pero, además, resulta que la jornada semanal extrema alcanzada a través del uso concentrado de las horas extraordinarias presenta un agravante respecto a aquella otra jornada semanal extrema anteriormente analizada (la nacida de una distribución irregular de la jornada ordinaria combinada con la concentración del descanso semanal y la supresión convencional del límite diario de nueve horas de trabajo efectivo). En efecto, como puede fácilmente vislumbrarse, el problema radica en que la jornada semanal extrema derivada del recurso a las horas extraordinarias escapa de todo control convencional, ya que puede pactarse, perfectamente, en la esfera individual de la relación. Lo cual no hace sino recrudecer más el análisis expuesto en el apartado precedente respecto a la jornada semanal extrema derivada

de la distribución irregular de la jornada ordinaria, pues los problemas y peligros entonces señalados se multiplican debido a la sede en que tiene lugar el pacto.

Ello pone de manifiesto que la barrera de ochenta horas extraordinarias al año resulta, por sí sola, insuficiente; pues sería necesario combinarla con otros límites referidos a ciclos temporales más reducidos, como la semana, el mes, o el cuatrimestre. De manera que esa jornada semanal extrema derivada del recurso a las horas extraordinarias quedase suavizada. Así lo hace, de hecho, la propia Directiva 2003/88/CE, que establece que la jornada semanal, incluyendo las horas extraordinarias, no podrá exceder de cuarenta y ocho horas en cómputo cuatrimestral. El problema es que, mientras la Directiva integra en la jornada semanal las horas ordinarias y extraordinarias, el ET establece un cómputo separado e independiente de ambos tramos de jornada. Pero además de una carencia de carácter técnico, puede afirmarse que esa disonancia entre la normativa interna y la Directiva constituye un verdadero defecto de transposición. En efecto, como se sabe, las horas extraordinarias que se sumasen a una jornada distribuida irregularmente permitirían superar el límite cuatrimestral de tiempo de trabajo total fijado por la Directiva; lo cual, según los propios términos del texto comunitario, solo podría suceder a través de un acuerdo colectivo y motivado en causas objetivas, técnicas u organizativas. Sin embargo, la normativa española permite que la suma de la jornada ordinaria distribuida irregularmente y la jornada extraordinaria supere el umbral de cuarenta y ocho horas semanales en cómputo cuatrimestral sin necesidad de que concurra ninguna de estas causas, pero es que, tras la reforma operada en la materia por la Ley 3/2012, ya ni siquiera es necesario que sea la negociación colectiva la que abra la esclusa a esta carga torrencial de trabajo.

No obstante, las carencias en la transposición de la Directiva comunitaria a la normativa española sobre el límite anual de ochenta horas extraordinarias no terminan aquí. Como se sabe, las horas extraordinarias realizadas por motivos de fuerza mayor no computan de cara a estas ochenta horas al año, lo que, en esencia, concuerda con la Directiva 2003/88/CE. Ahora bien, cuando el art. 17.3 f) del texto

comunitario permite inaplicar determinadas normas sobre jornada de cara a las horas extraordinarias por fuerza mayor, lo condiciona a que dichas horas se compensen *in natura*, con tiempos de descanso equivalentes; algo de lo que no se hace eco el art. 35.3 del ET. En efecto, la norma nacional excluye las horas extraordinarias realizadas por fuerza mayor del cómputo de la jornada, tanto ordinaria como extraordinaria, en correspondencia con la previsión del derecho comunitario. Pero en ningún momento establece que deban compensarse necesariamente con descansos y, por tanto, también podrán retribuirse económicamente; lo cual supone una falta de adecuación a la Directiva, que invita a una actualización o corrección de la normativa interna.

Por último, debe destacarse, sobre este límite de ochenta horas extraordinarias al año, un importante matiz, que de lo contrario podría pasar inadvertido. Como se sabe, las horas extraordinarias que se compensen con descansos equivalentes en los cuatro meses siguientes a su realización no se computan de cara al mencionado límite anual. Pues bien, considero que dicho plazo temporal para la compensación de las horas extraordinarias dista mucho de ser arbitrario o casual; sino que se origina a partir de una sinuosa transposición del periodo de referencia cuatrimestral recogido por el art. 16 de la Directiva 2003/88/CE para el cómputo de la jornada, tanto ordinaria como extraordinaria. Pues bien, si se comparte esta herencia normativa en el precepto del ET, emerge un nuevo matiz en la aplicación del límite de ochenta horas extraordinarias anuales; y que supone que en ningún momento podrán acumularse más de ochenta horas extraordinarias pendientes de compensación. Incluso pese a que, desde el mismo momento de su realización, se previese dicha compensación dentro de los cuatro meses siguientes. Este matiz interpretativo se desprende de la propia finalidad de la Ley y, sobre todo, de su origen en la Directiva comunitaria y los parámetros máximos de trabajo extraordinario que contempla para el periodo cuatrimestral. Si se asumen estos axiomas y, sobre todo, esta herencia normativa, debe entenderse que, tras alcanzar ochenta horas extraordinarias aún no compensadas mediante descansos equivalentes, no podría realizarse ninguna más hasta que no se resarzan todas o algunas de ellas. De modo que nunca podrían acumularse más de ochenta horas extraordinarias pendientes o aún no retribuidas con descansos equivalentes.

Para finalizar el análisis sobre la limitación de la jornada extraordinaria y toda su problemática, es necesario recordar, de nuevo, la intrincada relación entre las horas extraordinarias y la distribución irregular y flexible de la jornada ordinaria. Como se sabe, con la Ley 3/2012 se sitúa al año no sólo como periodo de referencia en la cuantificación de la jornada, sino también como módulo distributivo; por lo que será necesario esperar a que concluya el año de prestación de servicio para, sólo entonces, poder determinar la aparición de horas extraordinarias. Lo que sucede, es que cuanto mayor es el periodo de referencia para la distribución de la jornada ordinaria, mayor es la dificultad para apreciar la existencia de horas extraordinarias. Y ello, además de aumentar los posibles abusos cometidos sobre este terreno en perjuicio del trabajador, añade la dificultad de cumplir con las exigencias del art. 35.5 del ET sobre el registro y totalización de la jornada extraordinaria. En cualquier caso, ya se apuntó anteriormente una posible solución a este dilema, que pasaría por dotar al preaviso de cinco días, recogido en el art. 34 del ET, de un contenido y una forma determinados que limasen los actuales problemas aplicativos y permitiesen una coexistencia plenamente coherente entre la distribución irregular y dinámica de la jornada ordinaria y el recurso a las horas extraordinarias.

5. Sobre la flexibilidad de la jornada en atención a las necesidades del trabajador.

Dentro del concepto amplio de la *flexiguridad*, ocupan un lugar preferencial los mecanismos de flexibilización de la jornada de trabajo que permiten al trabajador conciliar su vida personal y familiar con sus obligaciones profesionales. Como se sabe, el precipitado envejecimiento de la población, los alarmantemente bajos índices de natalidad o los barreras, aun persistentes, en la integración de las mujeres al mercado de trabajo representan cuestiones de vital importancia; no solo a nivel jurídico, sino también social y económico. Pues bien, la flexibilización de la jornada de trabajo en atención a las necesidades personales y familiares del trabajador se erige como uno de los principales frentes desde los que abordar toda esta problemática. En efecto, de la mano del progreso y el desarrollo social, los derechos laborales dirigidos a conciliar el

tiempo dedicado a la esfera profesional con la vida familiar y personal han experimentado un desarrollo e implementación muy significativos en las últimas décadas. Sin embargo, tal y como demuestran recientes reformas en este terreno (como, por ejemplo, el aumento de edad de los menores cuyo cuidado contempla el art. 37.5 del ET), se trata de un proceso de cambio que todavía sigue en curso. Todo ello se aprecia con gran nitidez en la creación y desarrollo del permiso de lactancia, la reducción de jornada para la atención de hijos prematuros o por razones de guarda legal y cuidado directo de familiares, así como el derecho a la reducción y adaptación de jornada de las víctimas de violencia de género o de terrorismo; instituciones que no son sino consecuencia directa de un proceso sociológico de sensibilización y toma de responsabilidad frente cuestiones como la igualdad de género, la corresponsabilidad en las cargas familiares o la protección de la dependencia.

Quizá, el mejor reflejo de este fenómeno de transformación sea el cambio de óptica experimentado en la configuración del permiso de maternidad, en lo que respecta a su titularidad. Como se sabe, desde la titularidad exclusiva e irremisible de la madre biológica se pasó, en un primer escalón evolutivo, a una titularidad, siempre de la madre, pero solo originaria; en tanto en cuanto, si ésta era su voluntad, podía cedérsela al padre. Pero la auténtica transformación, y que verdaderamente refleja este proceso de sensibilización frente a los derechos y políticas de igualdad y conciliación, se produjo de la mano de la celeberrima STJUE de 30 de septiembre de 2010 (Asunto C-104/2009, Roca Álvarez). En ella, como se sabe, el TJUE entendió que la regulación española del permiso de lactancia resultaba discriminatoria por razón de sexo; pero la analizaba desde una perspectiva totalmente innovadora. Así, la corte de Luxemburgo entendía que la estructura de la norma nacional perjudicaba al padre, en tanto que no podía disfrutar del permiso sino cuando también la madre fuese trabajadora. Pero lo más interesante es que el órgano jurisdiccional comunitario consideró que el verdadero acento de la discriminación recaía no tanto sobre la figura del padre, sino sobre la de la mujer; pues, en efecto, esa titularidad originaria del permiso de lactancia contribuía a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre

el hombre y la mujer, en tanto en cuanto posicionaba al hombre en un plano de subsidiariedad frente a la mujer en relación al reparto de las cargas familiares.

No obstante, pese a esta evidente sensibilización sobre la materia, la Ley 3/2012 refleja determinados giros legislativos que implican una rebaja sin precedentes en la configuración de los derechos de conciliación. Ello, ciertamente, choca de forma virulenta con esta tónica general de avance y progreso antes analizada y que se ha sostenido, desde sus inicios, en la edificación de un sistema de tiempo de trabajo que permita acomodar las exigencias profesionales con la llevanza de una vida familiar completa, y, por tanto, genera un cierto grado de inquietud frente a un eventual cambio de rumbo respecto a la línea legislativa seguida hasta este punto. Se trata, en concreto, de la circunscripción al ciclo “diario” de las reducciones por guarda legal y cuidado directo de familiares y de la posibilidad de que los convenios colectivos condicionen los términos del ejercicio de los derechos del 37.5 del ET en función de las necesidades productivas y organizativas de la empresa.

Respecto al primero de estos cambios normativos, debe aseverarse, con toda firmeza, que esta constricción del derecho a la reducción de jornada por razones de guarda legal deteriora gravemente las prerrogativas que el trabajador tenía atribuidas en este terreno. En efecto, es indiscutible que la verdadera armonización de la vida familiar y laboral depende de la flexibilidad con la que el trabajador pueda hacer uso de los derechos que tiene atribuidos en materia de conciliación; para así adaptar sus obligaciones laborales a la infinidad de circunstancias familiares y personales que puedan sobrevenir en cada caso concreto. En este sentido, resulta fácilmente imaginable que muchas de las necesidades del trabajador relacionadas con el art. 37.5 del ET solo se verían satisfechas mediante reducciones de jornada de una cierta extensión temporal; por lo que circunscribir estos derechos a un radio de acción “diario” los inutiliza frente a muchas de las situaciones difíciles y comprometidas a las que, potencial y teóricamente, debieran ofrecer una salida válida. Así, esta previsión, incluida en el art. 37.5 del ET por la D.A. 1ª de la Ley 3/2012, supone un verdadero empobrecimiento de los derechos de conciliación; pues se introduce un obstáculo,

inédito hasta ahora, a la genérica libertad con la que el trabajador ejercerá el derecho a las reducciones de jornada contempladas por el art. 37.5 del ET. No obstante, entiendo que nada obsta a que la negociación colectiva, o incluso el pacto individual, permitan que, como en efecto sucedía hasta ahora en muchos casos, la reducción se acumule para su disfrute en jornadas completas, tal y como ha sustentado recientemente la AN en su Sentencia de 23/05/2015 (St. 49/2015); y es que cualquier otra interpretación resultaría ajena a la finalidad de la propia norma y contraria a la eficacia de la reducción de la jornada y a la conciliación de los derechos de conciliación de la vida profesional y familiar.

Por otra parte, en este trabajo se expone un enfoque particular sobre el mecanismo de acumulación en jornadas completas del disfrute de permiso por lactancia, que, como se sabe, contempla el art. 37.4 del ET. A mi entender, la falta de claridad técnico-literaria de la norma genera una confusión relativa a si el número de días completos de permiso, que disfrutará el trabajador, debe extraerse a partir de la acumulación de horas enteras (propias de la opción por la ausencia) o bien de medias horas (correspondientes a la segunda opción de disfrute, la reducción de jornada); lo cual, como puede fácilmente imaginarse, determinará una diferencia muy notoria en la cifra resultante, puesto que, lógicamente, si se acumulan medias horas, el trabajador contará con la mitad de días de permiso que si se hubiesen acumulado horas enteras.

En principio, el tenor literal del precepto, como se ha dicho ya, muy mejorable en lo técnico, bien podría conducir a la conclusión de que la acumulación se efectúe a partir de las horas enteras propias de la ausencia. Sin embargo, en mi opinión, ello no resulta del todo indiscutible, al menos desde un punto de vista conceptual. Como se sabe, en el esquema finalista de este derecho se aprecia que el legislador confiere un mayor valor cualitativo a la reducción de la jornada diaria que a la posibilidad de ausentarse durante la misma, lo que se traduce a nivel cuantitativo en que la primera opción tenga una duración temporal de solo media hora frente a la hora completa de esta última. Ello responde, en primer lugar, a que el trabajador obtiene el mismo beneficio con una reducción de su jornada de solo media hora que con la posibilidad de

ausentarse del trabajo, una vez ya iniciada su actividad diaria y antes de que ésta termine definitivamente, durante una hora completa. Desde luego, esa parece ser la impresión del legislador. Pero, además, creo que también debe valorarse que para el empresario, sobre todo en según qué actividades, la pérdida de sus trabajadores durante el inicio y el cierre de la actividad diaria resulta ostensiblemente más gravosa que su ausencia en una fase intermedia de la jornada. Parece evidente, pues, que una ausencia intermedia a lo largo del día admite más, y más flexibles, soluciones que la incomparecencia del trabajador durante los momentos iniciales o finales del día de trabajo. Sobre todo, se reitera, en determinadas actividades. Por todo ello, la duración del permiso se ha modulado en función de que se hubiese optado por una u otra modalidad de disfrute, bien ausencia o bien reducción de la jornada diaria, y considerándose el gravamen que, en cada uno de los casos, recae sobre el empleador.

Pues bien, con toda honestidad, considero que la acumulación del permiso en días completos se sitúa en el mismo plano conceptual que la reducción de la jornada diaria. O, dicho de otro modo, que el disfrute de días completos de permiso se encuentra mucho más cercano a la noción de “reducción de jornada” que a la de una ausencia intermedia a lo largo de la jornada diaria. En efecto, obsérvese que la acumulación del permiso de lactancia en jornadas completas no es otra cosa que una reducción de la jornada anual de trabajo. Y, siendo ello así, no resulta coherente desde un punto de vista jurídico que, mientras el trabajador reduzca su jornada diaria, lo haga a razón de media hora por día y, cuando lo que redujese fuese su jornada anual, mediante esta opción del disfrute acumulado del permiso, lo haga a razón de una hora completa por cada día computado en la acumulación. No obstante, resultaría difícil sostener una interpretación restrictiva de este derecho en el plano de la práctica cuando, ciertamente, no existe un soporte normativo sólido para ello; por lo que, en tanto que el legislador no clarifique esta cuestión y ajuste las distintas modalidades de disfrute del permiso por lactancia a la naturaleza jurídica que verdaderamente les corresponde en cada caso, habrá que entender que el número de días completos de permiso acumulado se calcula a partir de la suma de horas completas, tal y como invita a pensar la imprecisa estructura de la norma.

Por último, dentro de las conclusiones extraídas del estudio de la flexibilidad de la jornada en atención a las necesidades familiares y personales del trabajador, debe valorarse el grado de exigibilidad y efectividad del derecho a la adaptación de jornada por razones personales y familiares del art. 34.8 del ET. Como se sabe, es a través de ese derecho desde donde habrán de vehicularse las pretensiones del trabajador relacionadas con la jornada de trabajo que excediesen del concepto estricto de “reducción de jornada” de los puntos 4 y 5 del art. 37 del ET. Así, mediante esta otra vía para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, los trabajadores podrán instar cualquier tipo de transformación o reorganización del tiempo de trabajo; incluidas aquéllas de naturaleza cualitativa, como podrían ser el cambio de turno o la variación del horario. Pero, además de las modificaciones de índole cualitativa, debe recordarse que esta norma también permite adaptar la propia “duración” de la jornada; lo que, por su parte, también autorizaría a acometer reducciones de jornada que excediesen de los parámetros fijados por los arts. 37.4 y 37.5 del ET, o bien no encontrasen en ellos amparo causal.

Sin embargo, el principal problema que presenta este derecho es su discutido grado de exigibilidad y efectividad. Obviamente, cuando el convenio colectivo se pronunciase sobre estos extremos o se hubiese llegado a un acuerdo concreto con el empresario, no habría más que remitirse a los mismos y, en función de lo pactado, determinar la viabilidad de lo pretendido por el trabajador en cada caso concreto. Por ello, las complejidades y dudas a este respecto sólo aparecen en el supuesto de que el convenio colectivo, por su parte, no dote de unas pautas de acceso y un contenido específico a este derecho y, además, empresario y trabajador, a nivel individual, no llegasen a un acuerdo sobre el particular. Pues bien, pese a la riqueza jurídica de algunos de los argumentos que abogan por la eficacia directa y autónoma de este derecho, considero que, sin un desarrollo específico en el convenio colectivo y a falta de acuerdo con el empresario, el derecho a la adaptación de jornada del art. 34.8 del ET no podrá ser ejercido unilateralmente por el trabajador. A mi entender, si la verdadera intención del legislador hubiese sido reconocer de manera específica un derecho de contenido concreto y exigibilidad directa, así lo hubiese dispuesto; como,

en efecto, sucede con las ausencias y reducciones de jornada programadas por los puntos 4, 5 y 7 del art. 37 del ET, para cuyo ejercicio el 37.6 confiere a los trabajadores la potestad de determinar y concretar tanto el horario como el periodo de disfrute. Especialmente gráfico en este sentido resulta el 37.7 del ET, en el que se establece que, en defecto de acuerdo colectivo o individual, serán las propias víctimas de violencia de género y terrorismo quienes concreten los términos del ejercicio de su derecho a reducir o adaptar la jornada de trabajo. Pero, además, considero que la última reforma normativa del precepto, operada por la Ley 3/2012, también refrenda esta lectura. Como se sabe, a través de dicha modificación del art. 34.8, el legislador añade un segundo párrafo en el que se dispone que “...a tal fin se promoverá la utilización de la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo...” que mejoren la compatibilidad entre la conciliación y la productividad de las empresas. Desde luego, la expresión “se promoverá” no puede sino evidenciar de que la intención sostenida y deliberada del legislador es exactamente esa: conferir a este artículo un carácter programático o intencional dirigido a la negociación colectiva, en primer lugar, y, en su defecto, a la voluntad de las partes. Sobre todo si se valora que en el momento de llevar a cabo esta reforma el legislador era ya buen conocedor de todo el debate doctrinal que ha rodeado al carácter o naturaleza del derecho a la adaptación de jornada desde su incorporación al ET. Por último, si se quiere, también la propia ubicación sistemática del precepto al final del art. 34, que regula la jornada ordinaria de trabajo, y lejos del clausulado que recoge los verdaderos derechos de conciliación, da idea de que nos encontramos, más bien, ante un llamamiento para que la negociación colectiva promueva la conciliación de la vida familiar, personal y laboral dentro de la regulación de la jornada ordinaria. De este modo, siendo tan claro e incuestionable el criterio del legislador, no pueden los órganos jurisdiccionales asumir las funciones legislativas de éste para reconfigurar la virtualidad de un derecho; pues no es ese su papel, tal y como se ha encargado de recordar el TS en alguna ocasión, así como tampoco el de la doctrina científica.

6. Sobre los descansos diarios.

Como se sabe, el ordenamiento protege al trabajador del agotamiento fisiológico derivado del trabajo a través de los dos descansos de ciclo más reducido; esto es, el descanso intra-jornada, comúnmente llamado la pausa del bocadillo, y el descanso diario o inter-jornadas. Resulta obvio, en este sentido, que en la pirámide de necesidades del ser humano, el descanso fisiológico y la protección de la salud frente a la extenuación en el trabajo se encontrarían en los primeros escalones; por lo que los descansos diarios, tan anclados a estas cuestiones, disfrutan de un régimen especialmente garantista. En efecto, los descansos de ciclo más largo, como el descanso semanal o las vacaciones, protegen, más que el bienestar puramente fisiológico, valores y derechos tales como el ocio, o la vida en familia y sociedad; que pese a ostentar también una importancia capital, se situarían ya en niveles superiores de la pirámide de necesidades del individuo. Y así, es esta diferencia esencial entre los descansos de ciclo diario y el resto de reposos programados por la Ley para el trabajador, la que determina la configuración legal de unos y otros. De tal modo que, mientras el descanso semanal puede perder tal carácter y pasar a disfrutarse quincenalmente y las vacaciones pueden verse fraccionadas o sufrir modificaciones respecto a las fechas de disfrute, los descansos diarios son de respeto absolutamente necesario e inalterable; con lo que se erigen como la última frontera a traspasar por el poder de dirección del empresario en materia de ordenación del tiempo de trabajo.

Esta carácter inexpugnable es lo que lleva a aseverar que el descanso intra-jornada o pausa del bocadillo deberá disfrutarse siempre *in natura*; esto es, en forma de descanso. A este respecto, debe reconocerse, no obstante, que es cierto que existe alguna sentencia del TS que avala la sustitución en metálico de este descanso; pero, en mi opinión, la conclusión que arroja el análisis sistemático de dichos pronunciamientos no es la de que resulte posible sustituir el descanso efectivo de la pausa intra-jornada por una indemnización en metálico, sino la de que en aquéllos supuestos singulares en los que las circunstancias de excepcionalidad hiciesen de esta solución la más razonable, sí sería posible tal compensación. De este modo, no cabría entender, ni

siquiera al hilo de determinadas sentencias del TS que, con carácter general, la compensación económica de la pausa intra-jornada quede dentro del marco de posibilidades del acuerdo colectivo.

En esta misma línea, se aprecia que el descanso diario o inter-jornadas es, sin ninguna duda, el límite más efectivo e inexorable de cara a la distribución de la jornada ordinaria de trabajo. En efecto, de entre todos los límites previstos frente a la distribución irregular de la jornada, el descanso diario es el que más eficazmente protege los objetivos legislativos que impregnan toda la ordenación del tiempo de trabajo y los descansos necesarios. Como se sabe, el descanso semanal, por su parte, puede dejar de disfrutarse semanalmente para acumularse por periodos de hasta catorce días. Tampoco los días festivos resultan del todo inviolables pues, en determinadas circunstancias, podrá trabajarse durante los mismos. E, incluso, las fechas de disfrute de las vacaciones son susceptibles de sufrir alteraciones y fraccionamientos. Sin embargo, ningún fenómeno de este tipo puede anular la operatividad, inexorable, de las doce horas de descanso entre jornadas sucesivas de trabajo; y es por ello que se afirma que el descanso diario del art. 34.3 del ET constituye el auténtico límite infranqueable frente a cualquier pacto de distribución irregular del tiempo de trabajo. Lo cual, dadas las circunstancias normativas vigentes, realza muy significativamente la trascendencia de este derecho.

Pero, además, ni siquiera podrá minorarse el descanso programado por el art. 34.3 del ET a través del recurso a las horas extraordinarias. Es verdad que, sobre este punto, voces autorizadas han afirmado que, en los casos de fuerza mayor y de una manera excepcional, sí resultaría posible la reducción del descanso inter-jornadas, siempre dentro de los límites de la resistencia orgánica del trabajador; sin embargo, considero que ello no sería, en ningún caso, posible. En efecto, si se ponen en relación los dos primeros párrafos del art. 34.3 del ET con el art. 3 de la Directiva 2003/88/CE, se observa que lo que, en realidad, lleva a cabo este bloque normativo es, más allá de la propia configuración de un descanso, una limitación imperativa de la jornada laboral diaria; tanto a nivel cuantitativo como a nivel cualitativo. De manera que, por cada

periodo de veinticuatro horas, podrá prestarse trabajo efectivo dentro de un arco temporal de, como máximo, doce horas consecutivas; donde se incluirían tanto a las ordinarias como a las extraordinarias. Ciertamente, es necesario valorar que en este terreno los intereses de las partes colisionan desde puntos de partida diametralmente opuestos. Por un lado, el deseo de la empresa sería el de atender, de manera excepcional, sus necesidades de servicio ante circunstancias extremas y extraordinarias, como son las que conforman la fuerza mayor, mediante un recurso prácticamente ilimitado al trabajo de su personal. Y, mientras tanto, por parte del trabajador, los valores perseguidos sobre este particular no son ya tanto la conciliación armónica de su vida, personal, familiar y laboral; sino que, dado que aquí nos encontramos frente a situaciones muy puntuales (incluso podríamos decir casi marginales), que no afectarán, en términos generales, a la dinámica vital del trabajador, lo que verdaderamente le preocupa en este punto es la protección de su salud y su seguridad en el trabajo ante jornadas extremadamente extenuantes, desde el punto de vista tanto físico como psicológico, que, además, se desarrollan en un marco de urgencia y perentoriedad como el que caracteriza a las situaciones de fuerza mayor (tales como incendios, derrumbes e inundaciones). Pues bien, entiendo que el punto de equilibrio entre estos dos extremos es, precisamente, el de las doce horas de trabajo efectivo cada día; sin que resulte válido diluirlo acudiendo a criterios de tan difícil determinación como la resistencia orgánica del trabajador. En especial si se tiene en cuenta que, en esos supuestos de fuerza mayor, el contexto en el que se prestan servicios es singularmente peligroso; y no solo por razón del cansancio acumulado, sino también por las circunstancias inherentes a la propia emergencia que motiva esas horas extraordinarias. Por todo ello, no cabe dejar la seguridad en el trabajo a merced de criterios difusos de difícil apreciación, con los riesgos que ello implicaría; sino que deberá respetarse el límite legal, absolutamente cierto e inequívoco, de las doce horas de trabajo efectivo por cada periodo de veinticuatro horas. Así, considero que bajo ninguna circunstancia podrán trabajarse más de doce horas al día (salvo en una serie de actividades concretas, al amparo del RD 1561/1995); de manera que resultará imposible reducir el descanso entre jornadas sucesivas, ni siquiera cuando el trabajo

durante más de doce horas en el mismo día fuese a ser compensado con un retraso del inicio de la jornada siguiente.

7. Sobre el descanso semanal.

El descanso semanal, por su parte, tiene una finalidad intermedia entre los descansos de ciclo diario y los de ciclo anual, pues vela por que el trabajador se recupere fisiológicamente del esfuerzo realizado durante la semana y, a la vez, le permite satisfacer ciertas necesidades de índole personal, social y familiar con un breve periodo de asueto. Así, para alcanzar estos fines, el legislador programa un descanso mínimo, retribuido, con un ciclo semanal de devengo y disfrute y cuya duración es de un día y medio ininterrumpido.

El principal problema técnico o aplicativo de este derecho guarda relación, precisamente, con esta duración del descanso semanal, y deriva de la intrincada relación que une este receso con el anteriormente analizado descanso diario o interjornadas. En efecto, dependiendo de cómo se interprete que deben sucederse ambos descansos, la duración del reposo semanal será una u otra. La disyuntiva consiste, concretamente, en determinar si debe reconocerse al descanso diario un carácter autónomo respecto al descanso semanal o si, por el contrario, aquél se entiende absorbido por éste; de manera que en el día y medio de descanso semanal ya quede incluido el descanso interjornadas. De acuerdo a la primera tesis, los dos descansos se disfrutarían acumulativamente; de modo que la interrupción de ciclo semanal tendría la duración resultante de sumar ambos descansos. En sentido opuesto, si se entiende que el descanso diario queda ya comprendido en el descanso semanal, entre el último día de trabajo de una semana y el inicio de la siguiente transcurrirá estricta y exclusivamente el tiempo previsto como de “descanso semanal”; esto es, el día y medio previsto por el art. 37.1 ET.

Sobre este punto, existe un sector de la doctrina científica que cuestiona que la acumulación de ambos descansos deba producirse en todo caso pues, siempre que al

día de descanso principal se añadiesen la tarde del día anterior o la mañana del día siguiente, el descanso mínimo de un día y medio programado por el ET quedaría satisfecho. El pilar fundamental de esta línea doctrinal parte de la interpretación de que el art. 5 de la Directiva 2003/88/CE no exige acumular necesariamente los descansos diario y semanal, sino unir a las veinticuatro horas de descanso semanal las once de descanso diario para garantizar el descanso efectivo durante un día completo. Por tanto, según esta postura, el art. 37.1 del ET ya integra, y de hecho mejora, la previsión de la directiva en cuanto garantiza un descanso global de día y medio a la semana, sin que sea necesario, pues, volver a añadir un descanso diario que ya quedaba comprendido en ese día y medio.

Sin embargo, a mi juicio, dicha teoría podría ser objetable. En efecto, una interpretación sistemática de la normativa que recae sobre esta cuestión, no parece dejar lugar a dudas. La Directiva, en primer término, programa un descanso semanal mínimo de veinticuatro horas y uno diario de once; mientras que en su art. 5 establece, de un modo inequívoco, que al tiempo de descanso semanal se añadirá el descanso diario fijado en su art. 3. Mientras tanto, el ET, por su parte, mejora tanto el descanso diario (art. 34.3) como el semanal (37.1). La cuestión es que, a mi parecer, esa mejora cuantitativa que experimentan cada uno de los dos descansos a nivel particular no implica que hayan de perder la relación operativa que establece para ellos el art. 5 de la Directiva 2003/88/CE; esto es, que al descanso semanal se añada el descanso diario. Y, por tanto, considero que la conjunción de la normativa comunitaria y la Ley interna arroja como conclusión un descanso semanal de un día y medio que sólo empezará a computarse una vez haya concluido el descanso diario subsiguiente a la última jornada de trabajo de la semana en cuestión; por lo que ambos descansos habrán de ser reales y efectivos, disfrutándose de manera diferenciada e independiente el uno y el otro. En efecto, no podría ser ello de otra manera, dada la finalidad, distinta y complementaria, que, como se ha visto, tienen los descansos diario y semanal.

Ahora bien, a pesar de todo lo anteriormente analizado, o precisamente por ello, resulta evidente que el régimen del descanso semanal, por cuanto se refiere a su duración y la relación que guarda con el descanso diario, resulta errático y confuso. Son diversos los factores a los que podría achacarse esta confusión normativa. Una de estas razones bien pudiera ser el establecimiento del descanso en términos de “un día y medio”. En efecto, esta terminología presentaba una operatividad plena en la Ley 16/1976 de Relaciones Laborales, que establecía una jornada ordinaria de cuarenta y cuatro horas y un descanso semanal de “un día y medio”. Sin embargo, tal armonía se perdió cuando la Ley 4/1983 reformó el art. 34 del ET y redujo la jornada ordinaria a cuarenta horas semanales, pero sin sincronizarla con el descanso semanal; que se mantuvo en unos términos exactos a los de la redacción originaria de la Ley 16/1976 y que, todavía hoy en día, provocan una evidente disonancia entre el descanso semanal y el resto de instituciones con las que se relaciona dentro de la jornada de trabajo. Así, resulta más que patente que la fórmula utilizada presenta problemas a la hora de encuadrar este descanso dentro de la jornada laboral; ya que la técnica lógica y habitual para elaborar el horario de trabajo es, precisamente, la concreción de las horas en que se va trabajar y descansar a lo largo de los días de la semana. Ello incita, casi indefectiblemente, a transformar ese día y medio de descanso en un número preciso de horas, lo que arrojaría la cifra de treinta y seis. Sin embargo, tal y como señalan doctrina y jurisprudencia, dicha transformación no resulta válida ni acorde a derecho, pues el descanso semanal se fija en la Ley, expresamente, en un día y medio y no en ese equivalente numérico de treinta y seis horas. Y, precisamente por ello, no sería legítima la reclamación del trabajador que exigiese disfrutar de un descanso de cuarenta y ocho horas exactas. Puesto que lo único a lo que, en realidad, tendrá derecho es a que, tras disfrutar de las doce horas, aquí sí precisas, del descanso diario o inter-jornadas, comience a computar el día y medio propio del descanso semanal; con toda la problemática, ya señalada, que implica la imprecisión propia de ese “día y medio” y su difícil sincronización con el resto de elementos de la jornada laboral. En fin, por todo ello, parece más que evidente la necesidad de una revisión normativa del descanso semanal, que actualice y mejore la técnica legislativa todavía presente, atribuyendo al descanso semanal una duración horaria precisa; pues estimo que tal

debe ser la vía para esclarecer la problemática actual y resolver las incógnitas que aún persisten sobre esta cuestión.

8. Sobre las vacaciones anuales.

Por su parte, las vacaciones anuales ocupan, sin duda, un lugar preferente entre los distintos descansos que programa el legislador para los trabajadores por cuenta ajena. Esta relevancia se aprecia, en primer lugar, desde un punto de vista cuantitativo, pues su extensa duración es muy superior a la del resto de recesos y su periodo de devengo coincide con el propio año, arco temporal que estructura todo el régimen legal de la jornada de trabajo. Pero, además, cuando las vacaciones se observan desde una óptica cualitativa, también se distingue una significación especial frente a los demás descansos laborales. En efecto, la finalidad y los valores que se le atribuyen comprenden no solo la recuperación fisiológica, sino también la provisión de un tiempo prolongado para el esparcimiento, la desalienación o la promoción de la convivencia familiar. Incluso, se llega a considerar que las vacaciones anuales constituyen un derecho típicamente característico de los países modernos y desarrollados; tanto desde un punto de vista socio-evolutivo como netamente económico, pues están intrínsecamente conectadas con ciertos sectores productivos que parten de la premisa de que las clases trabajadoras disfrutan de estos periodos de descanso continuado y de cierta duración.

Precisamente, ese prolongado periodo de devengo (un año completo) de las vacaciones es uno de los aspectos que genera mayores dificultades y controversias aplicativas dentro de su régimen jurídico. Así, una cuestión muy concreta, pero de gran interés analítico, se refiere a la disyuntiva de cómo proceder con los trabajadores que solo habían generado vacaciones proporcionalmente (por haber prestado servicios únicamente durante una parte del último ciclo anual) cuando la empresa cesase totalmente en su actividad durante el disfrute del periodo vacacional por parte de la generalidad de la plantilla (que sí habría generado íntegramente su derecho los treinta

días de descanso). Como puede imaginarse, nos hallaríamos ante la tesitura de, bien, conceder la totalidad del derecho a unos trabajadores que sólo lo habían devengado proporcionalmente, o bien, buscar la manera de emplearles en alguna tarea mientras el resto de la plantilla siguiese de vacaciones (solución, desde luego, muy poco viable).

A este respecto cabría entender, bajo una primera interpretación, que si la empresa cesase plenamente en su actividad nos encontraríamos ante un supuesto subsumible en el art. 30 ET, según el cual el empresario debería proceder al pago de los salarios a pesar de que no existiese la correlativa prestación de servicios; ya que ese cierre total durante el periodo vacacional no sería, en ningún caso, imputable al trabajador. Otra posible respuesta jurídica al problema vendría dada por el art. 47 ET, que permitiría al empresario acudir a una suspensión contractual por causas organizativas. Sin embargo, en mi opinión, también cabría una tercera solución, que resultaría más satisfactoria que las anteriores, y que consistiría en que el convenio colectivo, o en su defecto un acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, programase la recuperación de las horas dejadas de trabajar por ese disfrute “excesivo” de vacaciones mediante una distribución irregular de la jornada anual, en virtud del art. 34.2 del ET, para esos trabajadores en particular. Así, éstos recuperarían las horas de vacaciones “disfrutadas en exceso” con otras horas de trabajo adicional a lo largo del año en curso. De este modo la empresa podría cesar totalmente en su actividad durante las vacaciones, cuando su disfrute estuviese fijado de manera contemporánea para toda la plantilla, sin necesidad de verse obligada a suspender los contratos por vía del art. 47 ET, ni de que se rompiese el sinalagma contractual a través de la aplicación del art. 30 ET.

También conecta con el devengo, si bien de un modo más indirecto, la controvertida cuestión de la caducidad interanual de las vacaciones. Como se sabe, es postura asentada en la jurisprudencia que, dado que las vacaciones son anuales, cada año va caducando irremisiblemente el derecho a las que no se hayan disfrutado en el año correspondiente. La idea que subyace detrás de esta tesis es que la expresión “vacaciones anuales” que utiliza el art. 38.1 ET significa que se tiene derecho a ellas

por cada año de trabajo, pero también que deben disfrutarse dentro de cada año natural; pues tal criterio se encuentra implícito en la regla de proporcionalidad del art. 4 C. 132 OIT. En principio, este criterio jurisprudencial se adopta como un mecanismo para garantizar las vacaciones mediante la imposición al trabajador de la carga de defender diligentemente su derecho; pero, muy al contrario de lo pretendido, esa postura acaba propiciando una situación de flagrante inequidad, pues el empresario obtiene un enriquecimiento injusto a través de los servicios prestados por el trabajador en un tiempo que debiera ser de descanso retribuido. Ahora bien, a mi parecer, este criterio de creación jurisprudencial podría llegar a cuestionarse. En efecto, dicha lectura del particular se gesta bajo la concepción de que la expresión “vacaciones anuales” que utiliza el art. 38.1 del ET, así como la regla de proporcionalidad contenida en el art. 4 del C. 132 OIT, implican que el año constituye el periodo de devengo del derecho a las vacaciones como el plazo para su disfrute. Sin embargo, si atendemos a la literalidad de ambos preceptos, se aprecia que únicamente se hace referencia a que el descanso regulado surge tras un año de servicios y que, en caso de que se presten servicios por un tiempo inferior, se tendrá derecho a la parte proporcional del descanso; de modo que lo único que se señala, en realidad, es que el año constituye el periodo de devengo del derecho a las vacaciones. Por tanto, parece que nos encontramos ante un supuesto de confusión entre el periodo de devengo del derecho y el plazo fijado para su disfrute; o bien una extensión indebida de los efectos de aquél a este. La auténtica realidad, a mi entender, es que no existe ni en el art. 38.1 del ET ni el 4 del C. 132 OIT precepto alguno que haga entender que ese derecho, que se genera por un año de servicios, deba ser disfrutado en el mismo año en que se devenga, llegando al punto de que, de no producirse su disfrute en ese tiempo, se pierda irremisiblemente. Muy al contrario, resulta que el propio C. 132 OIT reconoce directamente, en su art. 9, la posibilidad de dissociar en el tiempo el devengo y el disfrute de las vacaciones, con un límite de dieciocho meses entre el final del año en que se originaron y el periodo en el que finalmente se disfruten. Con lo que no parece existir ningún soporte real y efectivo para sostener una tesis jurisprudencial que llega a suponer la privación, injustificada como se ha visto, de un derecho expresamente

recogido en la Constitución española, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en la Declaración Universal de Derechos del Hombre de 1948.

Además, la posible disociación entre el devengo y el disfrute de las vacaciones se contempla ya, incluso, en el propio ET. Y es que, como se sabe, tras la Ley 3/2012 se completó, por fin, la adaptación de la normativa nacional a la prolífica jurisprudencia del TJUE sobre la coincidencia del disfrute de las vacaciones con la suspensión del contrato de trabajo, tanto por maternidad (y todas aquellas situaciones relacionadas con la propia maternidad) o paternidad como por IT. Así, cuando el disfrute de las vacaciones se superponga con estas suspensiones, el trabajador tendrá derecho al señalamiento de un nuevo periodo para el disfrute efectivo del descanso. Y ello con independencia de que la suspensión se manifestase con anterioridad a las vacaciones o tuviese lugar durante éstas, una vez ya iniciado su disfrute. Eso sí, dada la finalidad de las vacaciones, su disfrute efectivo no podría desvincularse, sin límite temporal alguno, del periodo de trabajo en el cual se gestaron. Por lo que la Ley establece que tal disfrute extemporáneo no podrá tener lugar más allá de los dieciocho meses siguientes al final del año en que se hubiesen originado. Plazo específico que proviene, precisamente, del art. 9 del Convenio 132 de la OIT; que en el párrafo anterior se esgrimió para criticar el asentado criterio jurisprudencial de la caducidad interanual de las vacaciones.

En fin, sobre este punto es preciso realizar una aclaración relativa al criterio de la anualidad, que en este trabajo se defiende como el eje gravitatorio sobre el que orbitan todas las instituciones comprendidas en la ordenación del tiempo de trabajo; y cuyo quebrantamiento supondría, a mi juicio, desestabilizar todo el equilibrio estructural de la jornada laboral en sentido amplio. Ciertamente, podría pensarse, en principio, que el disfrute extemporáneo de las vacaciones anuales podría implicar, en sí mismo, una brecha en esta concepción del año como criterio rector, absoluto e inquebrantable, de la jornada de trabajo. Sin embargo, entiendo que no debe ser así; pues la posibilidad de disfrutar de las vacaciones en un ciclo anual distinto a aquel en el que se gestaron no sería, en ningún caso, sino el último recurso frente a una

situación absolutamente excepcional, y que llevaría al enriquecimiento injustificado de una de las partes del contrato de trabajo y al incumplimiento de una de las normas de mayor entidad histórica e institucional del Derecho Laboral. Por lo que de esta situación, particular y justificada, no puede pretenderse desencadenar una crisis del tan asentado y necesario criterio de la anualidad; auténtica magnitud operativa y núcleo rector de la jornada de trabajo.

9. Sobre los permisos retribuidos.

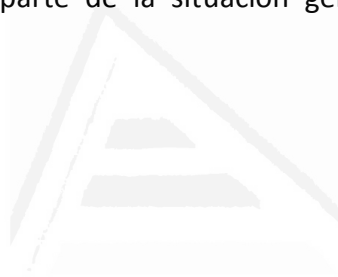
Resulta interesante destacar que el anterior análisis, sobre la coincidencia de las vacaciones con la maternidad y la incapacidad temporal, cambia radicalmente de signo cuando esa misma maternidad o IT se solapa, en lugar de con las vacaciones, con uno de los supuestos que darían lugar a los permisos retribuidos del art. 37.3 del ET. En efecto, como se sabe, el propósito de los permisos regulados por el art. 37.3 del ET no es, exactamente, el de garantizar un tiempo de reposo que permita al trabajador recuperarse del desgaste fisiológico producido por su actividad y compatibilizar en términos genéricos el trabajo con las esferas personal y familiar de la vida; tal y como ocurre con los descansos en sentido estricto. Sino que el verdadero objetivo del legislador es proveer al trabajador de un tiempo de asueto que le permita afrontar de manera específica y particularizada determinados sucesos imprevisibles, sin que el trabajo interfiera en su atención. Por ello, el disfrute de estos permisos retribuidos va a quedar condicionado por su carácter inmediato; que determinará que estos permisos deban disfrutarse exactamente a continuación de haberse producido los hechos que los motivan, y sin que quepa deslindar temporalmente el suceso causante y el ejercicio del derecho. Ni siquiera cuando el hecho que origine el permiso tuviese lugar durante un periodo en el que el trabajador se encontrase exonerado de su obligación de prestar servicios, como pudieran ser las suspensiones por maternidad o incapacidad temporal o, incluso, el propio disfrute de las vacaciones. Y es que, si lo pretendido con estos permisos es permitir que el trabajo no interfiera en determinadas situaciones especialmente relevantes para la vida del trabajador (ya sea por motivos personales,

familiares o cívicos), no tendría sentido, desde luego, conceder el permiso cuando en el momento de producirse tales circunstancias el trabajador se encontraba ya exonerado de prestar servicios por encontrarse disfrutando de las vacaciones o porque su relación estuviese suspendida, en ese preciso momento, por causa de la maternidad o una incapacidad temporal.

En fin, del estudio de los distintos descansos laborales, por un lado, y de estos permisos retribuidos, por otro, se desprende una interesante reflexión, que retrata con gran nitidez la naturaleza jurídica de unos y otros a través de sus diferencias. Si se observa desde una perspectiva lógica o racional, podría concluirse que los descansos laborales en sentido estricto (es decir, la pausa diaria, el descanso inter-jornadas, el descanso semanal o los festivos) no se retribuyen “realmente”; pese a las referencias que la propia Ley hace a este respecto; pues, tal y como esgrimió brillantemente Alarcón Caracuel, la idea de los descansos retribuidos no es sino una mistificación, un truco de magia dialéctica. En efecto, lo único que verdaderamente se retribuye es aquello que el trabajador vende o cede al empresario; es decir, un número determinado de horas de trabajo efectivo al año. De forma que los descansos laborales representan simplemente un tiempo que, de la mano del espíritu limitador del Derecho del Trabajo, el trabajador no podrá poner nunca a disposición del empresario. Pero si, en este punto, se confrontan los descansos laborales, contemplados desde esta óptica, con los permisos retribuidos, se aprecia claramente que, a diferencia de las de las vacaciones, el descanso semanal o los festivos, estos permisos del art. 37.3 del ET se disfrutan en días que, en principio, sí habían sido contratados como de trabajo. Pero por imperativo legal y en seguimiento del principio *favor laboratoris* se excepciona el sinalagma contractual; y durante estos días no se prestan servicios, pese a que se conserve el derecho a la retribución. Por tanto, a diferencia de lo que ocurría con los descansos en sentido estricto en el plano puramente conceptual, éstos permisos sí son verdaderamente “retribuidos”. Además, también merece la pena mencionar que los permisos retribuidos no sólo carecen del carácter periódico de los descansos, sino que ni tan siquiera existe certeza en cuanto a su acaecimiento, pues están supeditados a que se manifieste la eventualidad que los genera. Por todo lo

anterior, resulta del todo evidente que, pese a su relativa cercanía, los descansos laborales y los permisos retribuidos son instituciones con una naturaleza jurídica bien diferenciada.

Como se puede constatar a través de la panorámica ofrecida en este apartado relativo a las conclusiones, el análisis del tiempo de trabajo, con todas sus consecuencias y circunstancias adyacentes, se constituye como una variable o un eje que, como fractal, recoge, prácticamente, toda la complejidad del Derecho del Trabajo en su conjunto. Efectivamente, debido a su centralidad institucional dentro del contrato de trabajo, la jornada reproduce toda la problemática intrínseca a la relación laboral. Con lo que todas las valoraciones extraídas acerca de la dinámica o tendencia evolutiva de la jornada laboral exceden del propio ámbito particular de una de las condiciones del contrato, y pasan a formar parte de la situación general del propio Derecho del Trabajo.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CAPITOLO XI

CONCLUSIONI IN ITALIANO



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

XI. CONCLUSIONI IN ITALIANO.

1. Verso il tempo di lavoro, in senso ampio. 2. Verso la delimitazione fra tempo di lavoro effettivo e tempo di riposo. 3. Verso il tempo di lavoro ordinario. 4. Verso il tempo di lavoro straordinario. 5. Verso la flessibilità dell'orario di lavoro in attenzione ai bisogni del lavoratore. 6. Verso i riposi giornalieri. 7. Verso il riposo settimanale. 8. Verso le vacanze annuali. 9. Verso i permessi retribuiti.

1. Verso il tempo di lavoro, in senso ampio.

Dallo studio e sviluppo di tutto il lavoro precedente, e come un principio generale in questa parte conclusiva, si potrebbe evidenziare che il tempo di lavoro è un elemento assolutamente centrale del rapporto di lavoro subordinato, in quanto è situato nel cuore del sinallagma contrattuale. Perché, come si sa, quello che l'operaio vende al datore di lavoro non sono i frutti del lavoro, ma il lavoro stesso; e questo è misurato in forma di ore di lavoro, che è ciò che realmente ottiene il datore di lavoro in cambio della retribuzione.

Nelle prime fasi dello sviluppo del Diritto del Lavoro come disciplina autonoma di diritto privato, le tensioni inerenti al rapporto di lavoro riguardavano, soprattutto, l'aspetto quantitativo del rapporto di lavoro. In un contesto di espansionismo economico, in cui si potrebbe parlare di deficit di mano d'opera disponibile, l'intenzione del datore di lavoro era assumere ogni lavoratore per il maggior numero possibile di ore. Tuttavia, problemi fisiologici, sociali e infine, anche economici, hanno portato alla limitazione della quantità di lavoro che ciascun operatore potrebbe fornire. Perché è stato presupposto che, data la sua posizione asimmetrica di origine a livello sociale, economico e giuridico, datore di lavoro e lavoratore non erano, infatti, né pari né liberi per concordare liberamente i termini del loro rapporto. Ed è in questo momento esatto, con l'emergere delle prime norme di diritto necessario, riguardanti precisamente al volume massimo di tempo che il lavoratore poteva mettere a disposizione del datore di lavoro, quando è rilasciato il certificato di nascita del diritto del lavoro come una disciplina giuridica indipendente di diritto civile.

Tuttavia, la legislazione attuale rivela un importante cambiamento di prospettiva su questa questione. Si può dire che le tensioni che convergono, con un alto grado di pressione, sulla questione temporanea del rapporto di lavoro si sono spostate da un dibattito puramente quantitativo (come appena esposto al punto precedente) a un campo in cui il conflitto versa principalmente circa la questione qualitativa dell'orario di lavoro. Adesso l'interesse principale di entrambe le parti riguarda più la distribuzione dell'orario di lavoro che la propria quantità di ore di lavoro.

Dal punto di vista del datore di lavoro, l'obiettivo principale è quello di accedere ad un sistema di distribuzione dell'orario che gli permetta di rispondere con precisione e agilità alle modifiche e alle variazioni che si producono nel mercato del lavoro. L'intero fenomeno può essere sintetizzato come la transizione dal modello di produzione fordista al modello di produzione toyotista. Pertanto, per i datori di lavoro, la priorità non è più quella di acquisire la maggiore quantità possibile di ore di servizio dal lavoratore, ma è rendere flessibile e intelligente l'uso di queste ore.

Da parte dai lavoratori, una volta già consacrati i limiti di tempo di lavoro che garantiscono le Costituzioni di tutti i paesi sviluppati, come pure in un modo molto speciale la normativa comunitaria attraverso la Direttiva 2003/88/CE, le priorità sono anche cambiate. Infatti, attualmente il principale interesse del lavoratore è quello di ottenere un sistema di orario di lavoro che gli permetta di conciliare la vita professionale con la famiglia e la vita personale e, così, le autorizzazioni e gli adattamenti di orario diventano i loro obiettivi principali sul tavolo di gioco.

In questo contesto economico e sociale, la distribuzione flessibile del tempo di lavoro ha acquisito una importanza vitale, e questo si è spostato anche al campo legislativo con importanti riforme normative. Così, ci sono state importanti riforme normative, alcune di cui sollevano importanti problemi tecnici e teorici che si devono analizzare. Nonostante, prima di intraprendere la valutazione dei vari problemi specifici, è necessario sottolineare un altro, importante e globale, e che appende sopra la propria giornata lavorativa; inteso nel suo senso più ampio. Come è noto, la giornata lavorativa è un concetto generico che comprende tutte quelle istituzioni che sono correlati

all'elemento temporaneo del rapporto di lavoro. E, così, dentro di questa categoria, troviamo il tempo di lavoro ordinario, il tempo di lavoro straordinario, i riposi giornalieri, il riposo settimanale, le autorizzazioni e gli adattamenti del tempo di lavoro, le vacanze, le ferie e altre pause necessarie previste dal legislatore, insomma, le diverse pause necessarie previste dal legislatore. Ma tutte queste istituzioni, oltre a convergere all'interno di questo insieme sinergico che chiamiamo orario di lavoro, e proprio per questo motivo, mostrano un elevato grado di interdipendenza tra di loro. Infatti, gli interventi legislativi operati su ciascuno di questi elementi hanno una influenza, in modo sia diretto che indiretto, negli altri. Quello che succede è che, come si vede, le diverse riforme legislative perdono di vista, in molte occasioni, questa prospettiva globale e puntano parzialmente sulle singole istituzioni; ma dimenticano l'effetto che avranno negli altri elementi con cui sono indissolubilmente legati. Così, attraverso questo fatidico fenomeno, si provocano indesiderate incongruenze giuridiche, errori di sincronizzazione e dissonanze. Allungo di questa sezione si mostreranno diverse evidenze di questa situazione.

2. Verso la delimitazione fra tempo di lavoro effettivo e tempo di riposo.

Uno dei principali fattori della trasformazione del orario di lavoro nel corso degli anni è connesso con l'innovazione e lo sviluppo tecnologico. Certamente, gli avanzamenti nella tecnologia e la conoscenza hanno portato un cambiamento radicale nei processi produttivi e, di conseguenza, nei modi in cui le aziende organizzano l'utilizzazione delle risorse umane. Comunque, hanno anche provocato autentica conversione nelle abitudini e dinamiche sociali e nella propria economia. Infatti, non solo la rivoluzione tecnologica ha aperto un elenco infinito di possibilità nel campo del lavoro, ma ha anche colpito pienamente nella società e nell'economia; che a sua volta ha innescato l'apogeo di settori economici che, fino a non troppo tempo fa, non avevano la rilevanza e impatto attuali. Buoni esempi di tutto questo sono l'apparizione di fenomeni come il tele-lavoro, basato nelle tecnologie della comunicazione, o lo sviluppo vertiginoso di attività come il trasporto o la sicurezza, così caratteristici della società di servizio in cui

viviamo ora. Quindi, tutti questi fattori, combinati fra di se, sollevano nuove e interessanti sfide legali nel regolamento del tempo di lavoro dei lavoratori coinvolti.

In particolare, questo contesto socio-economico e produttivo, segnato dallo sviluppo tecnologico, ha portato ad un grande incremento nella concettualizzazione dei tempi lavoro e tempi di riposo. Vale a dire, nella delimitazione giuridica degli spazi temporanei coinvolti, diretta o indirettamente, nella fornitura di servizi impiegati. Infatti, in un primo momento era molto semplice distinguere gli istanti del giorno, la settimana, il mese o l'anno che erano all'interno del campo professionale e quelli altri che, invece, erano fuori. Tuttavia, tale distinzione si è notevolmente complicata nella società di oggi. Di fronte al panorama originale, semplice e dicotomico, di due realtà distinte come periodi di lavoro e di riposo, ora siamo davanti a una varietà di figure concettuali ambigue; che disegna un paesaggio più confuso e controverso. Si tratta, in particolare, dei tempi di presenza, attesa e tempo di disposizione considerato come tempo di lavoro; categorie giuridiche tutte queste che si trovano tra il tempo di lavoro e periodi di riposo e che sono emerse da queste trasformazioni sociali ed economiche derivate, principalmente, dalla rivoluzione tecnologica.

Così, si può affermare che la linea di demarcazione tra periodi di lavoro e di riposo ha acquistato recentemente un interesse e una rilevanza straordinari all'interno dello studio del tempo di lavoro. Tuttavia, il compito di chiarire questi bordi non è proprio semplice. Infatti, si stanno definendo delle categorie giuridiche, già da sé diffuse, per una grande diversità di attività. E, quindi, in molti casi non è facile arrivare a conclusioni generali o non ambigue che offrano soluzioni universali. Così si riflette nei testi normativi esistenti su questa materia, che sono apertamente scarsi nel compito di fornire una definizione tecnica precisa di questi concetti. Così succede a livello comunitario nella Direttiva 2003/88/CE. E anche a livello nazionale, soprattutto se si parla dell'art 34 ET; perché è vero che il 1561 RD / 1995, per la sua natura, offre un grado di concisione maggiore. Tuttavia, data la specificità di questo campo, è comprensibile e accettabile un certo grado di vaghezza nella legge. Infine, nelle attuali circostanze, la giurisprudenza emerge, nella sua opera interpretativa, come l'unica

fonte in grado di fare abbastanza luce sulla questione. E, infatti, si può dire che i tribunali, entrambi il TJCE-TJUE a livello comunitario, come allora, il TS sul piano nazionale, hanno raccolto il guanto. Poi, attraverso le loro dichiarazioni, sono state in grado di fornire soluzioni soddisfacenti per le varie controversie, di carattere molto eterogeneo e particolare. Come conseguenza di quanto precede, si può concludere che, nonostante la difficoltà dell'impresa, la delimitazione tra tempo di lavoro e periodi di riposo è, in termini generali, risolta da un punto di vista tecnico e giuridico. Che è stato raggiunto attraverso l'elaborazione di basi brevi e semplicistiche ma solide, e una lodevole opera interpretativa dei tribunali interni e comunitari per risolvere, con successo e coerenza, l'enorme casuistica su questa materia.

3. Verso il tempo di lavoro ordinario.

Come si sa, all'interno del tempo di lavoro ordinario convergono due livelli interdipendenti fra di loro: l'aspetto quantitativo e l'aspetto qualitativo. Pure, da un punto di vista evolutivo, si può concludere che queste due nozioni sono, attualmente, in una situazione di antagonismo. Così, l'aspetto quantitativo della giornata lavorativa è completamente stabilizzato. Mentre, d'altra parte, l'aspetto qualitativo è in sottoposto a una bollente evoluzione.

Infatti, l'aspetto quantitativo del tempo di lavoro ordinario è già da lungo che è stato consolidato nei suoi parametri attuali. Certamente, se estendiamo la prospettiva, si apprezza che, dalla nascita della disciplina fino alla sua configurazione attuale, ci sono state sostanziali modifiche. Come si sa, all'inizio, il tempo lavoro è stato strutturato sulla base del giorno, che era l'unica unità cronologica considerata. Ma vari fattori hanno determinato l'inadeguatezza di questo modulo per contenere, di per sé solo, l'intera gamma di circostanze coinvolte nella gestione dell'orario di lavoro. E, di conseguenza, è diventato necessario completare questo ciclo giornaliero con il settimanale e l'annuale. In modo che il sistema di gestione del tempo di lavoro corrente si basa su cicli successivi temporanei, di cadenza periodica e una durata

crescente. Struttura che, ora sì, permette di sostenere tutti gli elementi che riguardano questa condizione del rapporto di lavoro. Quello che succede è che tutto questo processo è concluso da molto tempo fa, e oggi è completamente inserito nel nostro sistema di relazioni di lavoro. È proprio per questo motivo che si ha dichiarato che l'aspetto quantitativo del tempo di lavoro è completamente stabilizzato. Nonostante questo affondamento nella legge esistente, ci sono alcuni problemi di applicazione e incongruenze giuridiche che, anche se passano inosservate perché fanno parte del paesaggio consueto, dovrebbero essere notate per la pertinente riflessione.

In primo luogo, dovrebbe essere notato un controverso fenomeno che potrebbe essere chiamato come l'orario settimanale estremo. Come si sa, la contrattazione collettiva ha la facoltà di togliere il limite di nove ore di lavoro effettivo al giorno; e quindi a livello giornaliero rimarrebbero soltanto il limite quantitativo indiretto derivato dal riposo necessario di dodici ore fra giorni di lavoro successivi e quell'altro della pausa giornaliera (noto anche come la pausa snack) di almeno quindici minuti. Con questo meccanismo, coesistono la consueta distribuzione irregolare dell'orario di lavoro, che consiste della rimozione del limite legale di quaranta ore di lavoro alla settimana e il proprio articolo 37.1 del ET, che contempla la possibilità di accumulare il riposo settimanale per periodi di quattordici giorni. Così, la somma e la combinazione di questi tre strumenti di gestione del tempo di lavoro getta una contingenza pericolosa: un regime orario di lavoro per cui si presterebbero servizi continuati per undici ore al giorno, al ritmo di dodici ore ciascuno di loro e con l'unica interruzione di una pausa di quindici minuti. Questa è la situazione che abbiamo chiamato orario settimanale estremo; vale a dire la concentrazione massima di lavoro consentita dalla legge. Naturalmente, sembra difficile affermare che tale gestione del tempo di lavoro possa essere compatibile con i principi di sicurezza e salute sul lavoro che, come imposta la direttiva comunitaria, dovrebbero disciplinare questa materia. Per questo motivo, oltre a ragioni personali, familiari e sociali, penso che sarebbe più adatto alla legge garantire, anche di fronte alla contrattazione collettiva, una durata massima della settimana lavorativa attraverso un limite di sé, specifico e assolutamente non disponibile; simile a quello delle dodici ore di lavoro al giorno. Soprattutto, se si valuta

che gli accordi collettivi che portano a questa situazione potrebbero avvenire, perfettamente, presso la sede aziendale. Perché la priorità applicativa del contratto collettivo aziendale riferita per la nuova formulazione dell'articolo 84.2 del ET così lo prevede. Ed non sembra che, con queste condizioni e un tessuto produttivo costituito principalmente da piccole imprese, la legge sia in grado di garantire delle condizioni di lavoro ideali, a questo proposito, per un grande percentuale dei lavoratori del nostro paese.

Un altro punto importante che dovrebbe essere sottolineato, per quanto riguarda l'aspetto quantitativo del giorno di lavoro, sono gli importanti difetti di trasposizione della direttiva comunitaria nella legge nazionale; senza provocare alcuna reazione apparente dal legislatore. Cosa che, certamente, produce qualche grado di sorpresa e stupore. Come si sa, l'insieme normativo degli art. 6 b) e 16.6 b) della direttiva 2003/88/CE prevede un massimo di tempo di lavoro di quarantotto ore medie alla settimana in ogni periodo di quattro mesi. Ma, poi, nell'articolo 19, riconosce la facoltà degli Stati membri di consentire alla contrattazione collettiva di espandere il periodo di riferimento per il calcolo del tempo di lavoro medio fino ad un massimo di dodici mesi; a condizione che si rispettino i principi generali della protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori e, in aggiunta, ci siano ragioni obiettive, tecniche o organizzative che lo possano giustificare. Quello che succede è che la struttura dell'articolo 34 del nostro ET permette alla contrattazione collettiva, oltrepassare il limite previsto per gli art. 6 e 16 della direttiva, ma senza fare nessuna menzione dei requisiti raccolti dall'articolo 19 del testo comunitario per effettuare un calcolo annuale del tempo di lavoro medio. Infatti, nella legge interna non si sottopone il potere conferito alla contrattazione collettiva al rispetto dei principi generali di salute e sicurezza o, tanto meno, alla concorrenza di ragioni obiettive, di tecniche o organizzative. E così si incorre in un imbarazzante difetto di trasposizione della norma comunitaria. Ma oltre a questo, la legge 3/2012 incorpora altri difetti di trasposizione per quanto riguarda l'articolo 19 della direttiva, che si aggiungono a quello precedente. Si noti che, in virtù del suddetto articolo della norma comunitaria, qualsiasi sistema di orario di lavoro che abbia un modulo di calcolo annuale deve essere stato abilitato dalla contrattazione

collettiva. Tuttavia, la legge 3/2012 stabilisce che, in assenza di un contratto collettivo sulla distribuzione irregolare del tempo di lavoro, la azienda può distribuire irregolarmente il tempo di lavoro durante tutto l'anno il dieci per cento del totale annuale di ore di lavoro. In questo modo, viene trasferita alla sfera individuale del rapporto una facoltà che la direttiva aveva consentito soltanto alla sfera collettiva; con il conseguente inadempimento del mandato comunitario. Pertanto, sembra ragionevole valutare la necessità di correggere tutte queste carenze e condizionare la distribuzione irregolare del tempo di lavoro all'esistenza di un contratto collettivo che così lo preveda, in primo luogo e, anche, alla concorrenza delle cosiddette cause giustificative.

Infine, un'ultima questione controversa in relazione all'aspetto quantitativo del giorno ordinario versa sopra le cosiddette ore di lavoro complementare. Come è noto, i contratti collettivi di solito prevedono un orario di lavoro massimo quantitativamente inferiore al massimo legale. Causando uno spettro temporaneo di natura diffusa, in cui ci sarebbero quelle ore site fra l'orario di lavoro massimo previsto dal contratto collettivo e quell'altro orario di lavoro massimo previsto dalla legge; che, tradizionalmente, ricevono il nome di ore di lavoro complementare. Quindi, il lavoro svolto in questo spazio intermedio solleva importanti questioni per quanto riguarda alla delimitazione del tempo di lavoro ordinario e quello straordinario. Lo scoglio principale in questa materia è circa la possibilità, o non, di fissare per queste ore di lavoro complementare una retribuzione inferiore a quella prevista per le ore ordinarie. In realtà, il problema è strettamente legato al regime del lavoro straordinario. Come è ben noto, l'articolo 35 del ET stabilisce che, in caso di compensarsi economicamente, le ore di lavoro straordinario saranno retribuite, come minimo, allo stesso importo delle ore di lavoro ordinario. Essendo così, si deve pensare se la contrattazione collettiva potrebbe oltrepassare queste previsioni e staccare il regime retributivo delle ore di lavoro complementare del regime retributivo delle ore di lavoro straordinario, assegnando per le prime una retribuzione inferiore. Pure, su questo punto, la dottrina scientifica è divisa. Io modestamente penso che, fuori da alcuni casi molto specifici e dettagliati per la giurisprudenza, quando la contrattazione collettiva stabilisce un

orario massimo di lavoro inferiore al massimo previsto dalla legge, tutte le ore che oltrepassano il limite convenzionale devono essere considerate straordinarie a tutti i livelli, anche in un senso retributivo. E, di conseguenza, non si può impostare per esse una compensazione economica minore alla prevista per le ore di lavoro ordinario. Tuttavia, è ovvia la necessità di chiarire per la via legislativa lo status giuridico di queste ore di lavoro complementare; che ancora oggi sollevano dubbi applicativi e interpretativi.

D'altra parte, e in una fase di evoluzione diametralmente opposta, si trova l'aspetto qualitativo dell'orario di lavoro; cioè, il fissaggio di momenti specifici in cui si materializzano i servizi da parte del lavoratore e in favore del datore di lavoro. Infatti, si può affermare che, attualmente, la distribuzione dell'orario di lavoro è in pieno processo di metamorfosi. Così, i cambiamenti nel modello di produzione derivate dalle nuove esigenze aziendali, insieme a l'aumento della flexicurity come ideale da perseguire, hanno portato recentemente a una trasformazione radicale e profonda nel nostro modello di gestione del tempo di lavoro. Tuttavia, durante lo sviluppo di questa tesi, già sono state analizzate in dettaglio le numerose e importanti riforme legislative operate su questa materia; così ora si tratta, semplicemente, di sottolineare le principali valutazioni e conclusioni al riguardo.

In primo luogo, si deve parlare delle scandalose conseguenze del nuovo paragrafo dell'articolo 34.2 del ET. Come è noto, ora la norma stabilisce che, quando né il contratto collettivo né l'accordo sussidiario tra i rappresentanti della azienda e i lavoratori progettano un sistema di distribuzione irregolare della giornata, la società può distribuire irregolarmente durante tutto l'anno fino a dieci per cento delle ore di lavoro totali di quell'anno. Tuttavia, nonostante ciò che può sembrare di principio, le conseguenze di questo precetto superano di gran lungo la semplice fornitura all'imprenditore di questa quota di flessibilità, che apparentemente è configurata come una garanzia di minimi che soltanto sarebbe efficace in assenza di accordo collettivo su questo tema. Ma al contrario, quello che succede in realtà è che l'esistenza stessa di questa clausola di chiusura sposta il punto di equilibrio nella

negoziatore, che ora sarà adulterata dall'influenza che proietta tale regola. In questo modo, la posizione del datore di lavoro si rinforza molto notevolmente nella ricerca di un punto d'incontro armonioso tra gli interessi contrastanti delle parti al riguardo. Inoltre, non si può neanche affermare che questa quota di flessibilità si farà effettiva soltanto in assenza di un contratto collettivo sulla materia; perché una volta già concessa per difetto all'imprenditore questo dieci per cento, difficilmente rinunzierà a essa nella fase di negoziazione. Certamente questa politica intera potrebbe essere considerata sproporzionata, nella misura in cui la legge universalizza la distribuzione irregolare dell'orario di lavoro. E lo fa senza prendere in considerazione le circostanze molto diverse e particolari di ogni attività; che conduce a ripensare l'urgenza e la necessità di propagare così indiscriminatamente, questo sistema di organizzazione del tempo di lavoro. Soprattutto se si valutano gli effetti nocivi che hanno questi regimi di orario di lavoro nella sfera vitale del lavoratore. Inoltre, non si deve dimenticare che, mentre questa tendenza legislativa mostra, o non, i suoi benefici sull'occupazione, quello che c'è fuori di qualsiasi dubbio è che tali misure aumentano la sottomissione della forza lavoro.

Se, come è stato appena detto, la distribuzione dell'orario di lavoro, in generale, sta vivendo un processo di mutamento quasi sismico, si deve affermare con piena convinzione che la distribuzione irregolare elastica o flessibile, in particolare, è il vero epicentro di questo fenomeno. Infatti, un mercato sempre più fluttuante e soggetto ai rapidi aumenti e diminuzioni nella domanda mette le imprese in un contesto produttivo in cui i bisogni sono sempre più volubili e difficili da prevedere. Di conseguenza, per le aziende l'interesse che diventa assolutamente essenziale è la capacità di programmare l'orario di lavoro non come qualcosa di monolitico e immutabile, ma flessibile e mobile; che tenga in considerazione le vicissitudini dell'azienda e i cambiamenti che avvengono nel mercato. E, su questa idea, recenti riforme legislative sono state orientate a garantire a l'azienda uno strumento che la consenta di adattare agilmente l'uso delle loro risorse umane ai cambiamenti del mercato che, inaspettatamente, si producono ogni anno. Così, la distribuzione irregolare dell'orario di lavoro flessibile o dinamica è passata da essere una figura solo

avallata dalla dottrina giuridica e scientifica, e che solo potrebbe essere introdotta soltanto attraverso un accordo collettivo, a essere rivestita con forza di legge es essere anche all'interno dell'autonomia individuale del datore di lavoro.

Quello che succede, è che la consacrazione di questo ius variandi aziendale, portata dalla legge 3/2012, ha presentato alcuni punti controversi e polemici. In primo luogo, attira l'attenzione che la legge non richiede altre formalità procedurali che un breve preavviso di cinque giorni, come pure non si prevede nessuna causa giustificativa, per che il datore di lavoro possa alterare l'orario di lavoro inizialmente previsto nel calendario lavorativo. Ed è che, se si valuta in quale misura finché punto questa misura può arrivare a disturbare al lavoratore, sembra certamente sproporzionata la facilità data al datore di lavoro ad adottarla. Nonostante tutto questo, ritengo molto conveniente il recupero a questo punto della giurisprudenza del Tribunal Supremo versata nella sua sentenza del 15 dicembre 1998 (REC. 11162/1998). Secondo la cui la decisione del datore di lavoro basata su questa facoltà riconosciuta dall'articolo 34.2 del ET deve essere sempre collegata con cause di utilità e della marcia dell'azienda; aspetto suscettibile, anche, di essere controllato dai tribunali.

E anche, da un punto di vista più astratto, dovrebbe valutarsi che l'orario irregolare e dinamico si presentata, dalla esposizione di motivi della legge stessa, come una alternativa alla perdita del posto di lavoro; in piena concordanza con gli ideali programmatici della flexicurity. Ma la verità è che la legge allo stesso tempo aumenta la flessibilità in materia di licenziamento. Cioè, si propone che la decisione aziendale si dovrebbe inclinare preferibilmente verso la flessibilità interna, ma sul lato opposto della bilancia, la flessibilità esterna si rende anche più facile e sottile per la parte aziendale. Di conseguenza, la presunta alternatività tra flessibilità interna ed esterna finisce ridotta ad un aumento unidirezionale delle facoltà aziendali in tutti campi di azione; senza che ci sia nessuna controparte favorevole per le prerogative del lavoratore.

È anche importante fare riferimento al rapporto così intricato fra questo orario irregolare e dinamico e le ore di lavoro straordinario. Infatti, come si è già indicato

nella parte corrispondente di questa tesi, il modello di orario irregolare dinamico o flessibile introdotto dalla legge 3/2012 disegna un panorama in cui si confondono i confini tra il tempo di lavoro ordinario e quello straordinario, fino al punto che i suoi limiti scompaiono. E questo, senza dubbio, impedirà la corretta e adeguata registrazione delle ore di lavoro straordinario, tale come prevede l'articolo 35 del ET, e tutto questo causerà un notevole aumento dei casi in cui i limiti previsti per la giornata straordinaria verranno oltrepassati e inadempiti. E, ovviamente, tutto di tutto questo si deriveranno una serie di effetti altamente dannosi e nocivi per entrambe le parti. Tuttavia, penso tutta modestia che c'è un rimedio relativamente semplice per questo problema. Si tratterebbe di richiedere fornire al requisito dei cinque giorni di preavviso, previsti per la legge per distribuire in modo flessibile l'orario, di una formalità specifica (ad esempio attraverso un semplice modello ufficiale) ed un contenuto minimo (che sia esplicitato in maniera inconfutabile che si sta davanti ad un incremento del tempo del tempo di lavoro attribuibile alla distribuzione irregolare e dinamica dell'orario. In quel caso, si sarebbe possibile identificare perfettamente quando si sta davanti ad un aumento del tempo di lavoro ordinario e quando si sta davanti ad un aumento del tempo di lavoro straordinario. Perché questo preavviso, ora qualificato e dotato di maggiore entità, con una forma specifica e un certo contenuto, renderebbe possibile riconoscere ogni aumento del tempo di lavoro con una precisione totale. E, così, tutte le ore del lavoro che ha siano preavvisate e identificate come un aumento del tempo di lavoro ordinario e superino i parametri che definiscono e delimitano il tempo di lavoro ordinario, saranno automaticamente considerate come ore di lavoro straordinario, proprio dal momento della sua realizzazione. Non ci sarà bisogno di aspettare fino al termine dell'anno in questione, ipotesi così problematica per quanto riguarda ai requisiti di monitoraggio e controllo dell'art. 35.5 del ET. Inoltre, questa soluzione porterebbe a entrambi strumenti di ottimizzazione dell'uso delle risorse umane a coesistere con piena coerenza. Così quando l'imprenditore possa prevedere, almeno cinque giorni prima, l'esigenza aziendale di incrementare le ore di servizio, la distribuzione flessibile sarebbe lo strumento ideale. Mentre che se la spontaneità di questa esigenza non permette di avvisare con i cinque giorni di anticipo, si potrebbe sempre ricorrere al lavoro straordinario.

L'ultimo punto controverso in relazione all'orario irregolare e dinamico riguarda alla riforma operata dal RDL 16/2013 del 20 dicembre su questa materia. Come è noto, questo RDL stabilisce che le differenze, per eccesso o mancanza, fra l'orario di lavoro effettivamente sviluppato e la durata massima del tempo di lavoro ordinario previsto dalla legale o concordato nella contrattazione collettiva, dovranno essere compensate, in assenza di previsione convenzionale, entro il termine di dodici mesi dalla data in cui sono state effettuate. Dunque, due sono le principali implicazioni di questa riforma.

La prima, che ora l'articolo 34.2 chiarisce che le variazioni derivate della distribuzione irregolare e dinamica dell'orario possono essere sia per un aumento delle ore di lavoro in un determinato periodo - per poi compensarli con successive interruzioni - come anche per ridurre il tempo di lavoro -generando borse di ore che poi il datore di lavoro recupererà con la corrispondente carica di lavoro nei periodi successivi. Punto, quest'ultimo, che prima di questa ultima riforma provocava qualche dubbio, poiché la legittimità di queste borse di ore, generate artificialmente per poi essere recuperate quando così interessa all'azienda non era del tutto chiara.

La seconda implicazione della riforma è apertamente più controversa e dibattuta. La questione, in particolare, versa sul periodo previsto dalla legge per compensare queste variazioni dell'orario per eccesso o difetto. Certamente, una lettura letterale del precetto farebbe capire che ciascuna delle variazioni dell'orario aprirebbe un periodo specifico e indipendente di dodici mesi a decorrere dal momento in cui si è verificata la suddetta variazione. Tuttavia, l'applicazione restrittiva della norma in questo senso porterebbe a numerosi effetti nocivi in contro del criterio dell'annualità come principio generale di tutta la gestione dell'orario e centro gravitazionale di tutte le istituzioni che orbitano intorno al tempo di lavoro. Infatti, compensare le variazioni di un ciclo annuale nel corso del ciclo annuale successivo, causerebbe una confusione totale di uno con l'altro. Che, a sua volta, determinerebbe incertezze e lacune praticamente insormontabili in istituzioni chiave; come il tempo di lavoro massimo annuale, il tempo di lavoro straordinaria o le vacanze e le ferie annuali. Cancellare così i contorni del ciclo annuale come chiave applicativa dell'orario porterebbe, senza dubbio, a destabilizzare

l'equilibrio strutturale di tutta l'organizzazione dell'orario di lavoro. E, su questo punto, si deve rilevare che, in contrasto con la settimana o il mese, che sono concetti civili di costruzioni artificiali, l'anno, così come il giorno, costituisce un concetto obiettivo, un concetto empirico e inconfutabile. Infatti, la nozione dell'anno come periodo di tempo comprende un ciclo perfetto durante il quale eventi fisici e meteorologici condizionano il ritmo vitale delle persone, della società e dell'economia. Ed è per questo che io ritengo di essere particolarmente cauti quando si tratta di mettere in discussione la virtualità dell'anno come nozione temporanea che struttura tutta l'istituzione del tempo di lavoro. Quindi, per tutto quanto si è detto sopra, si può affermare che se si fa una lettura letterale della formulazione della norma, il nuovo comma 3 dell'articolo 34.2 del ET andrebbe in contro dello spirito e la lettera della direttiva 2003/88/CE; in particolare, contrasterebbe con gli art. 6 e 19 del testo comunitario che, interpretati alla luce del TJUE nella sua sentenza del 10/03/2000 (caso SIMAP), conferiscono ai particolari il diritto a che il periodo di riferimento per la determinazione della durata massima dell'orario lavorativo settimanale non sia superiore ai dodici mesi. Tuttavia, è necessario chiarire che è indifferente che il ciclo di durata annuale, che serve per strutturare il giorno di lavoro in senso ampio, non deve coincidere necessariamente con l'anno solare, dal 1 gennaio al 31 dicembre; ma che potrebbe essere qualsiasi altro periodo di dodici mesi perfettamente precisato dalla contrattazione collettiva.

Ecco perché sono d'accordo con parte della dottrina scientifica, e anche contro i criteri recentemente manifestati dalla Audiencia Nacional, che sarebbe più opportuno eseguire una interpretazione finalista del precetto. Secondo questo, elencati dodici mesi rappresentano il periodo massimo per compensare le variazioni di giorno - cosa sarebbe partita con il ben noto criterio della rendita come l'asse gravitazionale del tempo di lavoro, ma esso non potrebbe assumere, in ogni caso, che la compensazione di giorno, perché erano verso l'alto o verso il basso, è fatto durante il successivo ciclo annuo.

4. Verso il tempo di lavoro straordinario.

Come si sa, il tempo di lavoro straordinario ha una serie di limiti che, come nel caso del tempo di lavoro ordinario, hanno dietro dei motivi di salute fisiologica, sociale e personale; così come di sicurezza nel posto di lavoro. Tuttavia, oltre a queste ragioni, i limiti del tempo di lavoro straordinario hanno una base unica e caratteristica: la distribuzione dell'occupazione. Ma, sia come sia, questi confini hanno problemi diversi, vecchi e nuovi, su cui è necessario riflettere adeguatamente.

Così, prima di tutto, si deve avvertire che il ricorso per alle ore straordinarie in maniera concentrata in un breve periodo di tempo, può anche portare all'estremo già citato dell'orario di lavoro settimanale. Ma, inoltre, questo orario di lavoro settimanale estremo, generato dal ricorso al lavoro straordinario concentrato, presenta un fattore aggravante per quanto riguarda quel altro orario di lavoro settimanale estremo precedentemente analizzato: quella che nasceva di una distribuzione irregolare dell'orario combinata con la concentrazione del riposo settimanale e l'asportazione convenzionale del limite giornaliero di nove ore di lavoro effettivo. Infatti, come si può facilmente vedere, la settimana di lavoro estrema per il ricorso al lavoro straordinario sfugge completamente al controllo convenzionale, e sarà perfettamente possibile negoziarlo nella sfera individuale del rapporto. Quindi si deve intensificare la critica già prima versata sull'orario di lavoro settimanale estremo, perché adesso si aggiungono i pericoli e problemi derivati della sede in cui si svolge "l'accordo" di cui sorge.

Tutto ciò dimostra che la barriera delle ottanta ore di lavoro straordinario è, di per sé, insufficiente. Sarebbe necessario combinarla con altri limiti in cicli temporali più ridotti, ad esempio la settimana, il mese o il semestre. Così questa settimana di lavoro estrema per il ricorso al lavoro straordinario sarebbe ammorbidita. Così lo fa, infatti, la direttiva 2003/88/CE, che stabilisce che la settimana di lavoro, comprese le ore straordinarie, non può superare quarantotto ore in un periodo di quattro mesi. Il problema è che, mentre la direttiva integra ore ordinarie e straordinarie nella settimana lavorativa, l'ET imposta un calcolo separato e indipendente di entrambe tipi di ore di lavoro. Ma oltre ad una mancanza di carattere tecnico, si può dire che questa dissonanza tra la direttiva e il regolamento interno costituisce un vero difetto di

trasposizione. Infatti, come è ben noto, le ore straordinarie sommate al ricorso alla distribuzione irregolare del tempo di lavoro ordinario potrebbero superare il limite lavorativo massimo in quattro mesi fissato dalla direttiva. Che, secondo i termini stessi del testo comunitario, potrebbe avvenire solo attraverso un accordo collettivo obiettivo motivato per ragioni tecniche o organizzative o produttive. Tuttavia, la legislazione spagnola permette che la somma dell'orario ordinario distribuito irregolarmente e l'orario straordinario possa superare la soglia di quarantotto ore settimanali nel calcolo di quattro mesi senza chiedersi nessuna di queste cause, ma nemmeno che ci sia un accordo abilitante in sede collettiva, e arrivare in queste condizioni a questo livello di pensatissimo lavoro.

Tuttavia, le carenze nella trasposizione della direttiva dell'UE per la normativa spagnola sul limite annuale delle ottanta ore di lavoro straordinario non finiscono qui. Come è noto, il lavoro straordinario sviluppato per cause di forza maggiore non conta nel calcolo di queste ottanta ore all'anno, punto che, in sostanza, è coerente con la direttiva 2003/88/CE. Nonostante, quando l'art. 17.3 f) della direttiva permette applicare questa esclusione nel calcolo delle ore straordinarie a causa di forza maggiore, lo condiziona affinché queste ore siano compensate in natura, cioè con periodi equivalenti di riposo; ma questo ultimo non è raccolto nell'art. 35.3 dell'ET. Infatti, la norma nazionale esclude le ore straordinarie causate per forza maggiore del calcolo del limite delle ottanta ore all'anno, in corrispondenza con la disposizione di diritto comunitario. Ma in nessun momento stabilisce che devano essere compensate necessariamente con tempi di riposo equivalenti e, di conseguenza, anche possono essere remunerati economicamente. E quello implica una mancanza di adattamento alla direttiva, che invita a un conveniente aggiornamento o una correzione del regolamento interno.

Per ultimo, si deve evidenziare, sopra questo limite di ottanta ore all'anno, una sfumatura importante, che altrimenti potrebbe passare inosservata. Come è noto, le ore di lavoro straordinario che compensate con pause equivalenti nei quattro mesi successivi alla sua attuazione non contano dentro del limite annuale delle ottanta ore.

Pure, credo che questo periodo di tempo per la compensazione del lavoro straordinario non è assolutamente arbitraria o accidentale; ma proviene invece da una trasposizione così artificiale del periodo di riferimento di quattro mesi raccolto dall'articolo 16 della direttiva 2003/88/CE per il calcolo del tempo di lavoro sia ordinario che straordinario. Pure, se si condivide questa eredità normativa del precetto dell'ET, emerge una nuova sfumatura nell'applicazione del limite delle ottanta ore di lavoro straordinario all'anno; secondo la cui in nessun momento si possono accumulare più di ottanta ore di lavoro straordinario in attesa di essere compensate. Anche nel caso che, dal momento della sua attuazione, già ci fossi previsto il risarcimento in forma di riposo entro quattro mesi. Questa sfumatura interpretativa si stacca dal proprio scopo della legge e, soprattutto, dal suo origine nella direttiva comunitaria e i parametri massimi di lavoro straordinario che questa prevede per ogni periodo di quattro mesi. Se si assumono questi assiomi e, soprattutto, questa eredità normativa, resta inteso che, dopo aver raggiunto ottanta ore di lavoro straordinario non compensate con riposi equivalenti, non si potrebbero realizzare più ore straordinarie fin che non siano compensate alcune o tutte queste ore. Così non sarà mai possibile accumulare più di ottanta ore di lavoro straordinario in sospeso o non ancora liquidate con pause equivalenti.

Per completare l'analisi relativa alla limitazione della giornata straordinaria e tutti i suoi problemi, è necessario ricordare, ancora una volta, l'intricato rapporto tra il tempo di lavoro straordinario e la distribuzione irregolare e dinamica del tempo di lavoro ordinario. Come si sa, la legge 3/2012 introduce l'anno non solo come periodo di riferimento nella quantificazione del dell'orario medio, ma anche come un modulo di distribuzione e di redistribuzione delle ore di lavoro. Pertanto, ora, sarà necessario aspettare fino alla fine dell'anno per verificare e certificare se si è oltrepassato il limite massimo del tempo di lavoro ordinario e, quindi, si ha realizzato lavoro straordinario. Cosa succede, che più grande è il periodo di riferimento per la distribuzione del tempo di lavoro ordinario, più grande è la difficoltà ad apprezzare l'esistenza di lavoro straordinario. E questo, oltre ad aumentare i possibili abusi su questo terreno a scapito del dipendente, rende ancora più difficile assicurare il rispetto ai requisiti dell'articolo

35.5 del ET; la cosiddetta registrazione e totalizzazione delle ore straordinarie. In ogni caso, si è già segnata sopra una possibile soluzione a questo dilemma, che consisterebbe in dotare il preavviso di cinque giorni, previsto nell'articolo 34 del ET, di un contenuto certo e una forma determinata che riducano i problemi attuali di applicazione e permettano una convivenza pienamente coerente tra distribuzione irregolare e dinamica dell'orario ordinario e il ricorso al lavoro straordinario.

5. Verso la flessibilità dell'orario di lavoro in attenzione ai bisogni del lavoratore.

Dentro il concetto ampio della flexicurity, occupano un posto preferenziale i meccanismi per la flessibilità dell'orario di lavoro che consentono ai lavoratori di conciliare la vita personale e familiare con i loro obblighi professionali. Come è noto, il precipitato invecchiamento della popolazione, gli allarmantemente bassi tassi di nascita o le barriere ancora persistenti sull'integrazione delle donne nel mercato del lavoro sono questioni di vitale importanza; non solo da un punto di vista giuridico ma anche sociale ed economico. E la flessibilità dell'orario di lavoro in attenzione alle esigenze personali e familiari del lavoratore si distingue come una delle principali fronti per affrontare tutti questi problemi. Infatti, della mano del progresso e dello sviluppo sociale, i diritti dei lavoratori riguardanti a conciliare il tempo dedicato alla sfera professionale con la vita familiare e personale hanno subito negli ultimi venti anni uno sviluppo e implementazione molto significativa. Tuttavia, come evidenziano le recenti riforme in questa materia, come l'aumento dell'età dei minori la cui cura comprende l'art. 37.5 dell'ET, si tratta di un processo di cambiamento che è ancora in corso. Tutto questo può essere visto con grande chiarezza nella creazione e sviluppo del permesso per la lattazione, la riduzione dell'orario di lavoro per cura dei bambini prematuri o per motivi di cura diretta o guardia legale di membri della famiglia, come pure il diritto di riduzione e adattamento dell'orario di lavoro delle vittime di violenza di genere o di terrorismo; istituzioni tutte questo altro che il risultato diretto di un processo sociologico di consapevolezza e assunzione di responsabilità su queste tematiche,

come l'uguaglianza di genere, o la corresponsabilità nella guarda e protezione di persone a carico per motivi di dipendenza.

Forse, il migliore riflesso di questo fenomeno di trasformazione è il cambiamento di ottica sperimentato nella configurazione del congedo di maternità, per quanto riguarda la sua titolarità. Come è noto, dalla proprietà esclusiva e intrasferibile della madre biologica, in una prima fase evolutiva, si è passato a una proprietà, sempre della madre, ma solo originale; nella misura in cui, se questa è la sua volontà, potrebbe trasferirla al padre. Ma la vera trasformazione e che riflette davvero questo processo di consapevolezza dei diritti e politiche dell'uguaglianza e della conciliazione, è arrivata dalla mano della così famosa STJUE di 30 settembre di 2010 (causa C-104/2009, Roca-Alvarez). In essa, come è noto, il TJUE ha capito che il regolamento spagnolo sul permesso di allattamento era discriminatorio; ma, soprattutto, il più rilevante è che si è arrivato a quella conclusione attraverso un'analisi completamente innovativo. Così, la Corte di Lussemburgo ha capito che la struttura della norma nazionale era pregiudizievole al padre, nella misura in cui lui non poteva godere il permesso quando anche la madre fosse lavoratrice. Ma la cosa più interessante è che l'organismo comunitario ha considerato che il vero accento della discriminazione cadeva non tanto la figura del padre, ma della madre stessa. Perché, infatti, un permesso di allattamento di titolarità originale della madre contribuiva a perpetuare una divisione tradizionale dei ruoli tra uomini e donne nella misura in cui ha disposto l'uomo a livello di sussidiarietà nei confronti alle donne in relazione alla distribuzione delle cariche familiari.

Tuttavia, nonostante questa apparente consapevolezza e sensibilizzazione su queste questioni, la legge 3/2012 riflette determinati giri legislativi che coinvolgono un taglio senza precedenti nello sviluppo dei diritti di conciliazione. Che, certamente, colpisce di forma virulenta tutta la tendenza generale di avanzamento e di progresso prima analizzato su cui si è svolta, sin dal suo inizio, la costruzione di un sistema di orario di lavoro che permette di conciliare le esigenze professionali con il mantenimento di una vita piena in famiglia. E, di conseguenza, si genera un certo grado di preoccupazione

riguardante al cambio di direzione sulla linea legislativa seguita fino a questo punto. Si tratta, in particolare, del condizionamento al ciclo "giornaliero" nelle riduzioni dell'orario di lavoro motivato nella cura diretta e tutela legale dei membri della famiglia e la possibilità di che i contratti collettivi possano determinare le condizioni per l'esercizio dei diritti dell'art. 37.5 del ET al secondo delle esigenze produttive ed organizzative dell'azienda.

Per quanto riguarda al primo di questi cambiamenti normativi, si deve affermare, fortemente, che questa costrizione del diritto alla riduzione delle ore di lavoro per motivi di tutela legale altera seriamente le prerogative che il lavoratore aveva attribuite in quest'area. Infatti, è indiscutibile che la vera armonizzazione tra lavoro e vita familiare dipende dalla flessibilità con la quale il lavoratore può fare uso dei diritti che ha attribuiti in termini di conciliazione; per adattare i loro obblighi del lavoro alla miriade di circostanze personali e familiari che possono verificarsi in ogni caso specifico. E, in questo senso, è facilmente immaginabile che molte delle esigenze di lavoro legati all'art. 37.5 del ET sarebbero soddisfatte soltanto con riduzioni dell'orario di una determinata estensione temporale. Quindi, circoscrivere tali diritti a un raggio di azione "giornaliera" lo disattiva davanti molte delle situazioni impegnanti e difficili alle cui, potenziale e teoricamente, dovrebbero fornire una soluzione valida. Pertanto, tale disposizione, inclusa nell'art. 37.5 del ET attraverso la riforma della legge 3/2012, suppone un impoverimento reale dei diritti di conciliazione; perché si introduce un ostacolo, non esistente fino ad ora, alla generica libertà con cui il lavoratore esercita il diritto alle riduzioni di orario di lavoro contemplate nell'art. 37.5 del ET. Tuttavia, capisco che tutto ciò non suppone che la contrattazione collettiva, o anche il patto individuale, non possa consentire che, come infatti è stato il caso finora in molti casi, le riduzioni si accumulino per il suo sfruttamento in giorni interi; come ha recentemente sostenuto la AN nella sua sentenza del 23/05/2015 (St. 49/2015), perché qualsiasi altra interpretazione sarebbe aliena allo scopo della legge e sarebbe contraria all'efficacia della riduzione dell'orario di lavoro e ai diritti di conciliazione tra vita professionale e familiare.

D'altra parte, e già a un livello puramente tecnico, si deve sottolineare, per il suo interesse applicativo, l'approccio che si propone in questa tesi sul meccanismo della accumulazione in giorni interi del permesso per l'allattamento. Come si sa, la legge consente di accumulare il diritto contenuto nell'art. 37.4 del ET per il suo sfruttamento in giorni interi. Ma, a mio parere, la mancanza di chiarezza tecnico-letteraria della norma genera una confusione riguardante a se il numero di giorni interi di permesso che goderà il lavoratore deve essere rimosso dall'accumulo di ore intere (tipico dell'opzione della assenza) o bene di ore medie (corrispondente alla seconda opzione di godimento, la riduzione dell'orario di lavoro). Che, come si può facilmente immaginare, determinerà una differenza molto evidente nella figura risultante, dato che, logicamente, se si accumulano mezz'ore, il lavoratore avrà la metà di giornate di permesso di se aveva accumulato ore intere.

Di principio, la formulazione della norma, come si è già detto, molto migliorabile tecnicamente, potrebbe portare alla conclusione che l'accumulo si svolge dalle ore intere di assenza. Tuttavia, a mio parere, questo si potrebbe discutere. Come è noto, lo schema finalista di questa norma dimostra che il legislatore conferisce alla riduzione dell'orario di lavoro un valore qualitativo maggiore rispetto dell'altra possibilità, quella della assenza. E, quindi, questo si traduce in che a livello quantitativo la prima opzione ha una durata temporanea di solo mezz'ora contro l'intera ora di quest'ultimo. La ragione è, in primo luogo, che il lavoratore ottiene lo stesso beneficio con una riduzione dell'orario di lavoro di appena mezz'ora che per una assenza dal lavoro, una volta già iniziato la sua attività quotidiana e fino a quando questa non ha ancora finito, di un'ora completa. Questa, certamente, sembra di essere l'impressione del legislatore. Ma, anche, penso che si deve anche valutare che per l'imprenditore, soprattutto alcune attività, la perdita dei suoi impiegati durante l'inizio e la chiusura della attività quotidiana è notevolmente più costosa di sua assenza in una fase intermedia del giorno. Sembra chiaro, pertanto, che un'assenza intermedia durante il giorno supporta soluzioni più flessibili che la assenza del lavoratore durante i momenti iniziali o finali del suo giorno di lavoro. Soprattutto, si ripete, in determinate attività. Pertanto, la durata del permesso è modulata sulla base di che abbiano optato per una o l'altra

modalità di godimento, ben assenza o riduzione dell'orario giornaliero di lavoro e considerando la valutazione dell'onere che, in ciascuno dei casi, ricade sul datore di lavoro.

Quindi, in tutta onestà, credo che l'accumulo del permesso in giorni pieni si trova allo stesso livello concettuale come la riduzione del tempo di lavoro. O, in altre parole, che il godimento dei giorni interi di permesso è molto più vicino alla nozione di "riduzione dell'orario di lavoro" che a un'assenza intermedia durante il giorno. Infatti, si deve notare che l'accumulazione del permesso d'allattamento in giorni interi non è qualcosa di diverso da una riduzione di ore del tempo di lavoro annuale. E, in tal caso, non avrebbe nessuna logica né coerenza giuridica che, mentre i lavoratori riducono il loro tempo di lavoro giornaliero lo fanno a ragione di mezz'ora al giorno e, quando riducano il suo tempo di lavoro annuale, cioè questa opzione del godimento accumulato di permesso in giorni interi, lo facciano a ragione di un'ora per ogni giorno calcolato accumulazione. Naturalmente, non sembrerebbe ragionevole. E, per questi motivi, ho capito che l'accumulazione del permesso in giorni interi è erede della riduzione dell'orario di lavoro e non dell'assenza intermedia durante il giorno. Così il numero di giorni di permesso accumulati deve essere prodotto della somma di mezz'ora per ogni giorno presso in conto. Tuttavia, è perfettamente accettabile che, al secondo delle caratteristiche specifiche di ciascuna attività, la contrattazione collettiva decida equiparare in termini quantitativi la riduzione dell'orario giornaliero e l'assenza durante il giorno di lavoro. Nel qual caso l'accumulo di godimento in giorni interi sarebbe risultato, ovviamente, di sommare ore intere.

Per ultimo, all'interno delle conclusioni tracciate dallo studio della flessibilità del tempo di lavoro in risposta alle esigenze personali e familiari del lavoratore, deve essere valutato il grado di applicabilità e l'efficacia del diritto all'adattamento dell'orario per motivi personali e familiari dell'art. 34.8 del ET. Come si sa, è attraverso questo diritto da dove si dovranno monitorare le attestazioni di lavoro relative all'adattamento dell'orario che superino il concetto rigoroso di "riduzione dell'orario" dei punti 4 e 5 dell'art. 37 del ET. Così, attraverso questa altra via per riconciliazione la

vita personale, familiare e professionale, i lavoratori possono operare qualsiasi trasformazione o riorganizzazione dell'orario di lavoro; compresi quelli di natura qualitativa, come cambio di turno o la variazione dell'orario. Ma, oltre le modifiche di carattere qualitativo, si deve ricordare che questo diritto consente anche di adattare la propria "durata" dell'orario di lavoro. Che, a sua volta, autorizzerebbe riduzioni dell'orario che superino i parametri temporanei stabilite negli art. 37.4 e 37.5 del ET, o che non trovino connessione causale in loro.

Tuttavia, il principale problema che presenta questo diritto è il suo controverso grado di applicabilità ed efficacia. Quando il contratto collettivo decideva su queste questioni o c'era un accordo concreto con il datore di lavoro, non serviva più che riferirsi a loro e, secondo quanto fosse stato concordato, determinare la viabilità di quello che richiedeva il lavoratore in ogni caso specifico. Pertanto, la vera complessità del problema si trova nel presupposto che il contratto collettivo, da una parte, non specificasse i requisiti di accesso e il contenuto determinato di questo diritto e, inoltre, il datore di lavoro e lavoratore, a livello individuale, non riescano ad arrivare a un accordo sul particolare. Pure, nonostante la ricchezza giuridica di alcuni degli argomenti sostenuti sull'efficienza diretta e autonoma di questo diritto, penso che, senza uno specifico sviluppo nel contratto collettivo o un accordo individuale con il datore di lavoro, l'adattamento dell'orario di lavoro dell'art. 34.8 del ET non possa essere esercitato unilateralmente dal lavoratore. Modestamente, ho capito che, se la vera intenzione del legislatore fosse stata riconoscere un diritto di specifici contenuti e diretta applicabilità, così lo avrei disegnato; come, infatti, accade con le assenze e riduzioni previste dai punti 4, 5 e 7 dell'art. 37 del ET, per cui il 37.6 conferisce ai lavoratori l'autorità di determinare e specificare sia il tempo che il periodo di sfruttamento. Soprattutto, è molto grafico in questo senso l'art. 37.7 del ET, che stabilisce che, in assenza di un accordo collettivo o individuale, saranno le vittime della violenza e del terrorismo chi concreteranno i termini dell'esercizio del diritto di ridurre o adattare il suo orario di lavoro.

Ma inoltre, penso che l'ultima riforma normativa del precetto, operato dalla legge 3/2012, inoltre, conferma questa lettura. Come è noto, attraverso la modifica dell'art. 34.8, il legislatore ha aggiunto un secondo comma che prevede che "...a questo fine promuoverà l'uso di orari di lavoro continui, orari flessibili o altre modalità di organizzazione dell'orario di lavoro..." per migliorare la compatibilità tra la conciliazione e la produttività delle imprese. Naturalmente, l'espressione "si promuoverà" fa capire certamente che la deliberata intenzione del legislatore è esattamente questa: dare a questo articolo un carattere programmatico o intenzionale; puntando in primo luogo alla contrattazione collettiva e in mancanza di questa alla volontà delle parti. Soprattutto se si valuta che al momento di realizzare questa riforma il legislatore era già pienamente cosciente di tutto il dibattito dottrinale che ha circondato il carattere o la natura del diritto all'adattamento dell'orario di lavoro fin dalla sua costituzione nel ET. Infine, se si desidera, anche la propria posizione sistematica del diritto alla fine dell'art.34, che regola il tempo di lavoro ordinario, e lontano dalle clausole che raccolgono i veri diritti di conciliazione, dà idea che siamo, piuttosto, davanti a un appello per che la contrattazione collettiva per promuova la conciliazione della vita familiare, personale e di lavoro all'interno del regolamento dell'orario ordinario. E, essendo così chiaro e indiscutibile il criterio del legislatore, non possono i tribunali assumere funzioni legislative per riconfigurare la virtualità di un diritto. Perché questo non è il suo ruolo, come ha ricordato in tante occasioni il TS. Così come neanche della dottrina scientifica.

6. Verso i riposi giornalieri.

Come è noto, l'ordinamento protegge il lavoratore dall'esaurimento fisiologico derivato dal lavoro attraverso le due interruzioni del ciclo più breve; vale a dire, la pausa intra-giorno, comunemente chiamata la pausa del panino, e il periodo di riposo giornaliero o Inter-giorni. Ovviamente, nella piramide dei bisogni umani, il riposo fisiologico e la tutela della salute da esaurimento al lavoro sarebbe nei primi piani. Mentre tanto, i riposi di ciclo più lungo, come il riposo settimanale o i periodi di

vacanze, preservano valori e diritti riguardanti al tempo libero, o la vita in famiglia e nella società; che, anche se sono di vitale importanza, sarebbero situati già nei livelli superiori della piramide dei bisogni dell'individuo. E questa differenza essenziale tra le interruzioni del ciclo giornaliero e il resto di riposo prevista dalla legge per il lavoratore, ha un impatto piuttosto cruciale nella configurazione giuridica di ognuno. Infatti, mentre il riposo settimanale può perdere tale carattere e passare a godersi ogni due settimane e le vacanze si possono essere frazionate o soggette a modifiche per quanto riguarda le date di godimento, le pause giornaliere sono assolutamente inalterabili e di rispetto necessario. Così questi rappresentano l'ultima frontiera da attraversare per il potere di direzione del datore di lavoro.

Questo carattere inespugnabile è ciò che porta ad affermare che il riposo intra-giorno o pausa del panino dovrebbe essere sfruttata sempre in natura; vale a dire, in forma di riposo. Nonostante il fatto che, infatti, c'è alcun giudizio del TS che garantisce la sostituzione di questo riposo. Tuttavia, a mio parere, la conclusione che genera l'analisi sistematica di questi pronunciamenti non è di che è possibile sostituire l'interruzione intra-giorno per una compensazione in contanti. Ma soltanto che nei casi singolari dove le eccezionali circostanze rendono questa soluzione la più ragionevole, si sarebbe possibile il risarcimento. Ma questo non significa, naturalmente, che, come regola generale, la compensazione della pausa intra-giorno ci sia dentro delle possibilità del contratto collettivo.

E in questa stessa ottica, si vede che il riposo giornaliero o una Inter-giorni è senza dubbio il limite più efficace e inesorabile di fronte alla distribuzione irregolare dell'orario di lavoro. Infatti, fra tutti i limiti contro la distribuzione irregolare dell'orario, il periodo di riposo giornaliero è quello che protegge più efficacemente gli obiettivi legislativi che permeano tutta la gestione dell'orario di lavoro e le pause necessarie. Come è noto, il riposo settimanale non si goderà necessariamente ogni settimana, per che si può accumulare per periodi di fino a quattordici giorni. Né le festività sono di tutto inviolabili, giaché, in determinate circostanze, si può lavorare in questi giorni. E anche le date di godimento delle vacanze sono suscettibili di

cambiamenti. Tuttavia, nessun fenomeno di questo tipo può cancellare la operatività inesorabile delle dodici ore di riposo tra i successivi giorni lavorativi; ed è per questo che si ha dichiarato che il riposo giornaliero dell'art. 34.3 del ET è l'autentico limite invalicabile contro qualsiasi patto di distribuzione irregolare dell'orario di lavoro. Che, date le attuali circostanze normative, rialza in modo molto significativo l'importanza del diritto.

Ma, in più, il riposo programmato dall'art. 34.3 del ET non si può neanche ridurre attraverso il ricorso al lavoro straordinario. È vero che, su questo punto, autorevoli voci hanno sostenuto che, in casi di forza maggiore e in modo eccezionale, si sarebbe possibile ridurre il riposo Inter-giorni, sempre entro i limiti della forza organica del lavoratore. Tuttavia, onestamente credo che non sarebbe, in nessun caso, possibile. Infatti, se si mettono in relazione i due primi comma dell'art. 34.3 del ET con l'articolo 3 della direttiva 2003/88/CE, si osserva che ciò che, infatti, effettua questo blocco normativo è, oltre le proprie impostazioni di una pausa, una limitazione del tempo di lavoro giornaliero; a livello quantitativo così come qualitativo. Così che, per ogni periodo di ventiquattro ore, soltanto si può svolgere lavoro effettivo in un arco di tempo di, al massimo, dodici ore consecutive; dove dovrebbe includersi sia l'ordinario e lo straordinario. Certamente, è necessario valutare che in questa zona gli interessi delle parti interessate si scontrano da punti di partenza diametralmente opposti. Da un lato, il desiderio dell'azienda sarebbe dare una risposta, in modo eccezionale, alle esigenze di servizio in circostanze estreme e straordinarie, come quelli che compongono la forza maggiore, tramite una risorsa virtualmente illimitata al lavoro dei suoi impiegati. E, da parte del lavoratore, i valori perseguiti in questo senso non sono in realtà la garanzia di una vita armonica o la conciliazione, personale, familiare e professionale; che, come si è sottolineato, sono le sue principali preoccupazioni attuali per quanto riguarda la gestione dell'orario di lavoro. Veramente, qui ci troviamo di fronte con situazioni molto specifiche, anche potrebbe dirsi quasi marginali, che non influiscono, in termini generali, alla dinamica vitale dell'operaio. E, di conseguenza, ciò che gli preoccupa davvero su questo punto è la protezione della sua salute e sicurezza sul lavoro in giorni estremamente faticosi, dal punto di vista sia fisico che psicologico,

inoltre che, sviluppare in un contesto di urgenza e pericolosità che caratterizza le situazioni di forza maggiore; come gli incendi, frane e inondazioni. Allora, ho capito che il punto di equilibrio tra questi due estremi è proprio quello di dodici ore di lavoro effettivo ogni giorno; senza che sia valido diluirlo frequentando criteri di difficile determinazione come la forza organica dell'operaio. Soprattutto se si considera che, in tali casi di forza maggiore, il contesto in cui vengono forniti i servizi è estremamente pericoloso. E non solo per la stanchezza accumulata, ma anche dalle circostanze inerenti alle proprie emergenze che motivano queste ore di lavoro straordinario. E, pertanto, non si può lasciare la sicurezza sul lavoro per in criteri di difficile valutazione, con i rischi che questo comporterebbe. Al contrario, c'è un limite legale assolutamente certo e inequivocabile che è quello delle dodici ore di lavoro per ogni periodo di ventiquattro ore. Quindi, credo che in nessun caso si possono lavorare più di dodici ore al giorno. In questo modo, sarà impossibile ridurre il riposo tra i giorni successivi, neanche quando il lavoro per più di dodici ore nello stesso giorno fosse a essere compensato con un ritardo dell'inizio del giorno di lavoro successivo.

7. Verso il riposo settimanale.

Il riposo settimanale, d'altra parte, ha una finalità intermedia tra le interruzioni di ciclo giornaliero e di ciclo annuale, perché il suo obiettivo è che il lavoratore si possa recuperare fisiologicamente dallo sforzo fatto durante la tutta settimana e, allo stesso tempo, possa soddisfare determinate esigenze personali, sociali e familiari con un breve periodo di riposo; che gli permetterà di fare con la famiglia attività ludiche di moderata entità e durata. E, per raggiungere questi obiettivi, il legislatore programma un periodo di riposo minimo, pagato, con un ciclo settimanale di maturazione e sfruttamento e di una durata è un giorno e mezzo senza interruzioni.

Il principale problema applicativo di questo diritto riguarda, precisamente, alla durata del riposo settimanale e deriva dal intricato rapporto tra questa recesso con il riposo giornaliero o Inter-giorni precedentemente analizzato. Infatti, a seconda di come si

interpreta che si devono succedere questi riposi, la durata del riposo settimanale sarà una o l'altra. Il dilemma è, in particolare, determinare se il riposo giornaliero ha un carattere autonomo dal riposo settimanale o, in contrario, il riposo giornaliero è già assorbito dal riposo settimanale; modo che nell'giorno e mezzo di riposo settimanale è già incluso il riposo giornaliero. Secondo la prima teoria, le due interruzioni si godrebbero cumulativamente; così l'interruzione del ciclo settimanale avrebbe la durata derivata dall'aggiunta delle due interruzioni. In senso opposto, se resta inteso che il periodo di riposo giornaliero è già incluso nel periodo di riposo settimanale, tra l'ultimo giorno di lavoro di una settimana e l'inizio della successiva verrà eseguito rigorosamente ed esclusivamente il tempo programmato come "riposo settimanale"; cioè, il giorno e mezzo previsto dall'art. 37.1 ET.

Su questo punto, c'è un settore della dottrina scientifica che mette in dubbio che l'accumulo di entrambe le interruzioni deva effettuarsi in tutti casi perché, sempre che al giorno di riposo il principale si aggiunge il pomeriggio del giorno prima o la mattina del giorno successivo, il riposo minimo di un giorno e mezzo previsto dal ET sarebbe soddisfatto. La pietra angolare di questa linea dottrinale si basa sull'interpretazione che l'articolo 5 della direttiva 2003/88/CE, che non richiede necessariamente accumulare le pause giornaliera e settimanale, ma aggiungere alle ventiquattro ore di riposo settimanale le undici ore di riposo giornaliero, per garantire il riposo di un giorno intero. Di conseguenza, secondo questa visione, l'art. 37.1 del ET e integra e infatti migliora, la disposizione della direttiva nella misura in cui garantisce un giorno e mezzo di riposo ogni settimana, senza che sia necessario aggiungere di nuovo un riposo giornaliero che è stato già coperto su quel giorno e mezzo.

Tuttavia, a mio giudizio, questa teoria potrebbe essere discutibile. Infatti, un'interpretazione sistematica delle norme che cadono su questo punto, non lascia dubbi. La direttiva, in primo luogo, programma un riposo settimanale minimo di ventiquattro ore e uno giornaliero di undici. Mentre nel suo art. 5, in modo inequivocabile, stabilisce che a quel periodo di riposo settimanale si aggiungerà il riposo giornaliero fissato all'art. 3. D'altra parte, l'ET migliora sia il periodo di riposo

giornaliero (articolo 34.3) che il settimanale (37,1). Ma a mio parere, tale miglioramento quantitativo sperimentato da ciascuna delle due interruzioni a livello particolare non significa che devano perdere il rapporto operativo che stabilisce per loro l'Art. 5 della direttiva 2003/88/CE; vale a dire, che al periodo di riposo settimanale si aggiungerà il riposo giornaliero. E, di conseguenza, credo che la combinazione del diritto comunitario e il diritto interno genera come conclusione un giorno e mezzo di riposo settimanale che solo inizia a contarsi una volta completato il periodo di riposo giornaliero dopo l'ultimo giorno lavorativo della settimana in questione. Quindi entrambe i riposi si devono godere in modo reale, efficace e indipendente l'uno e l'altro. Inoltre questa ad appoggiare questa lettura viene fornito lo scopo, differenziato e complementare, di entrambe le pause; che, naturalmente, renderebbe ingiustificabile la sua accumulazione e confusione.

Ora, nonostante tutto quanto si è analizzato in precedenza, o a causa di esso, è chiaro che il regime del riposo settimanale, per quanto riguarda la sua durata e il rapporto che mantiene con il periodo di riposo giornaliero, è irregolare e confusa. E sono diversi fattori che potrebbero essere responsabili di questa confusione di regolamentazione. Uno di questi motivi potrebbe essere l'istituzione del riposo in termini di "un giorno e mezzo". In effetti, questa terminologia ha presentato una capacità operativa completa nella legge di rapporti di lavoro 16/1976, che stabiliva un tempo di lavoro settimanale di quaranta-quattro ore e un riposo settimanale di "un giorno e mezzo". Tuttavia, tale armonia si è persa quando la legge 4/1983 ha modificato l'art. 34 ET e ha ridotto il tempo di lavoro ordinario a quaranta ore alla settimana, ma non lo ha sincronizzato con il riposo settimanale; il cui si manteneva in termini identici al disegno originale della legge 16/1976 e che, ancora oggi, causa un'evidente disarmonia tra riposo settimanale e altre istituzioni con cui essa si riferisce entro il tempo di lavoro. Così, si vede che la formula utilizzata ha presentato problemi nel definire questo riposo entro l'orario di lavoro; perché come è logico e usuale per la tecnica che si usa per organizzare l'orario di lavoro è, precisamente, attraverso le ore concrete in cui si lavora e si riposa durante i gironi della settimana. Questo incoraggia, quasi immancabilmente, a trasformare quel giorno e mezzo di riposo in un preciso numero di ore, che darebbe il

numero di trentasei. Tuttavia, come osservato dalla dottrina e la giurisprudenza, questa trasformazione non è valida o in conformità con legge, perché il riposo settimanale è fissato nella legge, espressamente, in un giorno e mezzo e non nell'equivalente numerico di trentasei ore. E, proprio per questo motivo, la richiesta del lavoratore di prendersi una pausa di quarantotto ore non sarebbe legittima. Poiché l'unica cosa a cui ha diritto in realtà e a godersi il riposo settimanale di un "giorno e mezzo" dopo le dodici ore di riposo giornaliero o Inter-giorni; con tutti i problemi, già esposti, che coinvolge questa imprecisione del "giorno e mezzo" e la sua difficile sincronizzazione con gli altri elementi dell'orario di lavoro. Infine, di conseguenza, sembra più che evidente la necessità di una revisione normativa del riposo settimanale, che permetta di aggiornare e migliorare la tecnica legislativa ancora presente. Perché credo che tale dovrebbe essere il modo per chiarire il problema attuale e risolvere le incognite che ancora persistono su questo tema.

8. Verso le vacanze annuali.

Inoltre, le ferie annuali occupano indubbiamente un posto preferenziale fra i riposi che programma il legislatori per i lavoratori dipendenti. Tale rilevanza si apprezza, prima di tutto, da un punto di vista quantitativo; giacché la sua durata è molto superiore a quella degli altri riposi e il periodo di maturazione coincide con l'anno proprio, arco temporaneo che struttura tutto il regime giuridico del tempo di lavoro. Ma, inoltre, quando le vacanze sono osservate da un punto di vista qualitativo, anche si distingue un significato speciale nel confronto con gli altri recessi. Lo scopo e i valori attribuiti a le vacanze comprendono infatti non solo il recupero fisiologico, ma anche la fornitura di un lungo tempo per la ricreazione, la disalienazione o la promozione della vita familiare. E, anche, si considera che le vacanze annuali sono una caratteristica tipica dei regimi legali dei paesi moderni e sviluppati; sia da un punto di vista socio-evolutivo puramente economico, perché sono intrinsecamente connesse con determinati settori produttivi che si basano sulla premessa che le classi lavoratrici godono di questi periodi di riposo continui e di certa durata.

Precisamente, questo prolungato periodo di maturazione delle vacanze è uno degli aspetti che genera maggiori difficoltà applicative all'interno del suo regime giuridico. Pure, un problema molto specifico, ma di grande interesse analitico, si riferisce al dilemma di come procedere con i lavoratori che hanno generato soltanto proporzionalmente— per avere prestato servizi solo durante parte dell'anno anteriore— quando la società si ferma completamente nella sua attività durante il periodo estivo della generalità dei lavoratori -che si avrebbe generato interamente loro giusti trenta giorni di riposo-. Come si può immaginare, ci sarebbe nel dilemma di concedere il diritto in termini pieni a quelli che soltanto lo avevano maturato o trovare un modo per utilizzarli in qualsiasi attività, mentre il resto del personale seguono le vacanze (soluzione, naturalmente, molto poco praticabile). Pure, a questo proposito si potrebbe capire, sotto una prima interpretazione, che se l'azienda si ferma completamente nella sua attività ci siamo di fronte a una ipotesi subsumibile nell'art. 30 del ET, secondo cui il datore di lavoro deve procedere al pagamento dei salari mentre non esisteva la correlativa prestazione di servizi; perché la chiusura della azienda non sarebbe, di nessun modo, attribuibile al lavoratore. Un'altra possibile risposta giuridica al problema è data dall'art. 47 del ET, che permette all'imprenditore di procedere a una sospensione del contratto per motivi organizzativi. Tuttavia, a mio parere, ci sarebbe anche una terza soluzione; che sarebbe più preferibile di quelle precedenti. Si parla, in particolare, di che nel contratto collettivo, o in mancanza in un accordo tra i rappresentanti dell'azienda e lavoratori, programmasi il recupero delle ore non lavorate per quell'"eccessivo" godimento delle vacanze attraverso una distribuzione irregolare dell'orario annuale, nei termini dell'art. 34.2 del ET, per questi lavoratori. Così, le ore di vacanze "pagata in eccesso" sarebbero compensate con altre ore di lavoro supplementare durante tutto l'anno. Così la società potrebbe cessare completamente nella sua attività durante le vacanze, quando il loro godimento è stato impostato in modo contemporaneo per la totalità del personale, senza dover rompere la sinalagma contrattuale attraverso il ricorso all'articolo 30 ET, né vedersi obbligata a sospendere i contratti a titolo dell'art. 47 del ET.

È anche connessa con la maturazione, ma in modo più indiretto, la controversa questione della scadenza annuale delle vacanze. Come si sa, è una postura pacifica nella giurisprudenza che, dato che le vacanze sono annuali, ogni anno scade il diritto di cui non sono state godute nell'anno corrispondente. L'idea che sta dietro a questa tesi è che l'espressione "annuali" che utilizza l'art. 38.1 del ET significa che il diritto sorge per ogni anno di lavoro, ma anche che dovrebbero godersi in ogni anno; poiché questo approccio è implicito nella regola di proporzionalità dell'art. 4 C. 132 OIT. Di principio, questo criterio giurisprudenziale si è adottato come un meccanismo per garantire le vacanze imponendo un carico al lavoratore di difendere diligentemente il suo diritto; ma, al contrario del previsto, alla fine si scatena una situazione di ingiustizia flagrante, poiché l'imprenditore ottiene un arricchimento senza causa attraverso i servizi offerti dal lavoratore in un tempo che dovrebbe essere pagato. Ora, a mio avviso, potrebbe questo criterio di creazione giurisprudenziale si protrebbe mettere in questione. Infatti, la lettura del particolare si fermenta sotto la concezione che nell'art. 38.1 del ET, quando si imposta un periodo di vacanze annuali, così come la regola della proporzionalità dell'art. 4 del C. 132 della OIT, si riferisce sia al periodo di maturazione del diritto sia alle termine per goderle. Tuttavia, se guardiamo la formulazione di entrambe le disposizioni, si dimostra che soltanto si stabilisce che le vacanze nascono dopo di completare un anno di servizi e che, chi lavora per meno di un anno, ha un diritto proporzionale al riposo. Pertanto, sembra che siamo di fronte a un caso di confusione tra la maturazione del diritto e il suo godimento, oppure un'indebita estensione degli effetti della maturazione al godimento. La realtà autentica, per la mia comprensione, è che né l'art. 4 del C. 132 della OIT né l'art. 38.1 del ET stabiliscono, le vacanze generate in un anno di servizi devono sfruttarsi necessariamente nello stesso anno; arrivando al punto che, nel caso di non sfruttare le vacanze in quell'anno, si perde il diritto per sempre. Al contrario, è che il proprio C. 132 della OIT riconosce direttamente, nell'art. 9, la possibilità di disaccoppiamento temporale fra la maturazione e il godimento delle vacanze, con un limite di diciotto mesi fra la fine dell'anno in cui hanno origine e il suo godimento effettivo. E quindi non sembra esistere alcun sostegno reale ed efficace per una tesi giurisprudenziale che priva in modo ingiustificato dello sfruttamento di un diritto raccolto espressamente raccolto nella

Costituzione Spagnola, la Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea e nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948.

Inoltre, la possibile dissociazione tra la maturazione e il godimento delle vacanze è prevista già, anche nel proprio ET. Ed è che, come è noto, dopo la legge 3/2012 si è completato, finalmente, l'adeguamento della legislazione nazionale alla prolifica giurisprudenza della Corte europea di giustizia sulla coincidenza del godimento delle vacanze con la sospensione del contratto di lavoro per ragioni di maternità -e tutte quelle situazioni legate alla paternità o maternità- come l'incapacità temporale. Così, quando il godimento delle vacanze si sovrappone con queste sospensioni, i lavoratori hanno diritto a un nuovo periodo per l'effettivo godimento del riposo. E questo indipendentemente dal fatto che la sospensione si manifesti prima delle vacanze o durante il suo trascorso, una volta già iniziato il suo godimento. Nonostante, dato lo scopo delle vacanze, il suo godimento effettivo non si potrebbe staccare, senza limiti di tempo, dal periodo di lavoro in cui si hanno generato. Così la legge stabilisce che tale godimento estemporaneo non può avvenire oltre i diciotto mesi successivi alla fine dell'anno in cui ha avuto origine il diritto. Termine specifico che avviene, appunto, dell'art. 9 del C. 132 del OIT; che nel paragrafo anteriore si è usato per criticare il criterio giurisprudenziale della scadenza interannuale delle vacanze.

Comunque, su questo punto è necessario una precisazione riguardante al criterio dell'annualità, che in questa tesi si è difeso come il centro gravitazionale sul quale orbitano attorno tutte le istituzioni incluse nel regime del orario di lavoro; e la cui violazione sarebbe, a mio parere, destabilizzare tutto l'equilibrio strutturale del tempo di lavoro in senso ampio. Certamente, si potrebbe pensare, in linea di principio, che il godimento estemporaneo delle ferie annuali potrebbe implicare, di per sé, una lacuna in questa concezione dell'anno come principio rettore, assoluto e incrollabile, del tempo di lavoro. Tuttavia, capisco che non dovrebbe essere così. Giaché la possibilità di godere le vacanze in un ciclo annuale diverso da quello in cui si che avevano generato sarebbe, in ogni caso, l'ultima risorsa di fronte ad una situazione eccezionale e irragionevole; che porterebbe a che una delle parti del contratto si arricchisci

ingiustificatamente del lavoro dell'altra e, inoltre, a la violazione di uno delle più grandi entità storiche ed istituzionali del diritto del lavoro. Da ciò che da questa situazione particolare e giustificata non si può innescare una crisi del criterio dell'annualità; vera magnitudine operativa e nucleo retto del tempo di lavoro.

9. Verso i permessi retribuiti.

È interessante notare che l'analisi precedente, verso la coincidenza delle vacanze con la maternità e l'incapacità temporanea, cambia radicalmente di segno quando quella stessa maternità o incapacità si sovrappone, piuttosto che con le vacanze, con uno dei presupposti raccolti dall'art. 37.3 del ET, cioè i permessi retribuiti. Infatti, come si sa, lo scopo di questi permessi dell'art. 37.3 del ET non è, esattamente, garantire un tempo di diritto che consenta al lavoratore di recuperare fisiologicamente dalla sua attività e riconciliare in termini generici il lavoro con le sfere personali e familiari della vita, come accade con i riposi in senso stretto. Ma il vero obiettivo del legislatore è quello di fornire al lavoratore da un tempo che gli permetta di affrontare di modo specifico determinati eventi imprevisti, senza che il lavoro interferisca con la sua attenzione. Di conseguenza, il godimento di tali permessi retribuiti sarà condizionato per il principio di immediatezza; che determinerà che queste autorizzazioni devono godersi esattamente nel momento in cui accadono i fatti che lo motivano il loro e senza che si possa staccare il fatto causale e l'esercizio del diritto. Anche quando il fatto in cui ha preso origine il permesso accade in un periodo in cui il lavoratore si trovava esonerato dal suo obbligo di servizi, come possono essere le sospensioni di maternità o incapacità temporanea o, addirittura, il proprio godimento delle vacanze. Ed è che, se si capisce che lo scopo di queste autorizzazioni è quello di permettere che il lavoro non interferisca in determinate situazioni particolarmente rilevante per la vita del lavoratore (sia per motivi personali, familiari o di cittadinanza), non avrebbe senso, certamente, concedere l'autorizzazione quando al momento di tali circostanze il lavoratore era già esentato dal fornire servizi.

Insomma, lo studio delle diverse interruzioni sul lavoro, da un lato, e di questi permessi retribuiti, d'altra parte, mostra un'interessante riflessione; che ritrae con grande chiarezza la natura giuridica di queste istituzioni attraverso le loro differenze. Se si osserva da una prospettiva logica o razionale, si potrebbe concludere che le interruzioni del lavoro in senso stretto (cioè, la pausa giornaliera, la pausa intra-giorno, il riposo settimanale o i festivi) non sono veramente "retribuiti"; nonostante i riferimenti che la legge rende a questo proposito. Quindi, come brillantemente ha brandito Alarcón Caracuel, l'idea delle interruzioni retribuite non è niente altro che una mistificazione, un trucco di magia dialettico. Infatti, l'unica cosa che è veramente pagata è ciò che il lavoratore vende o dà al datore di lavoro; in altre parole, un numero di ore di lavoro effettivo all'anno. Così le interruzioni di lavoro rappresentano semplicemente uno spazio temporale che, dalla mano dello spirito limitatore del diritto del lavoro, il lavoratore non può mai mettere a disposizione del datore di lavoro. Ma è davvero interessante confrontare su questo punto le interruzioni del lavoro, da questo punto di vista, con i permessi retribuiti. Così, si osserva come, a differenza delle vacanze, il riposo settimanale o le vacanze, queste autorizzazioni dell'art. 37.3 del ET sono godute in giorni che, in linea di principio, si erano previste come di lavoro. Ma per imperativo legale e in seguito del *favor laboratoris*, si rompe eccezionalmente il sinalagma contrattuale; e in questi giorni, non si prestano servizi ma persiste la retribuzione. Pertanto, a differenza di quanto stava accadendo con i riposi in senso stretto, queste autorizzazioni sí sono effettivamente "pagate". Inoltre, vale anche la pena ricordare che i permessi retribuiti non sono periodici, ma è che nemmeno c'è certezza circa il suo avvenimento. Per tutto quanto è stato analizzato sopra, è chiaro che, nonostante la loro relativa vicinanza, le pause di lavoro e i permessi retribuiti sono istituzioni con uno status giuridico assolutamente diverso.

Come si può vedere attraverso il panorama offerto in questa sezione relativa alle conclusioni, l'analisi del tempo di lavoro, con tutte le sue conseguenze e circostanze adiacente, sono una variabile o un albero che, come frattale, raccoglie, in pratica, tutta la complessità del diritto del lavoro. Infatti, a causa della sua centralità istituzionale nell'ambito del contratto di lavoro, il tempo di lavoro riproduce tutte le problematiche

inerenti al rapporto di lavoro. Così tutte le valutazioni estratte circa la dinamica o la tendenza evolutiva dell'orario di lavoro superano il proprio ambito particolare di una delle condizioni del contratto e diventano parte della situazione generale della disciplina intera del diritto del lavoro.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

BIBLIOGRAFÍA



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

BIBLIOGRAFÍA.

-ALARCÓN CARACUEL, M.R.:

-“La jornada ordinaria de trabajo y su distribución”, en A.A.V.V. *Tiempo de trabajo*, Albacete (Bomarzo), 2007.

-“La ordenación del tiempo de trabajo”, Madrid (Tecnos), 1988.

-ALBIOL MONTESINOS, I.:

-“Los representantes de los trabajadores en la jurisprudencia laboral”, Tirant lo Blanch (Valencia), 1995.

-“Los acuerdos de empresa”, en A.A.V.V. *Estructura de la negociación colectiva*, Madrid (Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales), 1996.

-“Permisos retribuidos (art. 37.3 ET)”, en *Actualidad Laboral*, nº 20, 2004.

-ALFONSO MELLADO, C.L.:

-“Las horas extraordinarias”, en A.A.V.V. *Tiempo de trabajo*, Albacete (Bomarzo), 2007.

-ALFONSO MELLADO, C. L., GARCÍA ORTEGA, J.:

-“Jornada y ordenación del tiempo de trabajo”, Valencia (Tirant lo Blanch), 1994.

-ALFONSO MELLADO, C.L., PEÑA OBIOL, S.:

-“Vacaciones, fiestas y descanso semanal”, Valencia (Tirant lo Blanch), 1996.

-ALONSO OLEA, M.:

-“La jornada de trabajo y temas conexos”, en *RPS*, nº 141, 1984.

-“Derecho del Trabajo”, 23ª Ed., Madrid (Civitas), 2005.

-ALONSO OLEA, M., CASAS BAAMONDE, M. E.:

-“Derecho del Trabajo”, Madrid (Civitas), 1997.

-ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.:

-“La retribución de las vacaciones”, en *Tribuna Social*, nº38.

-APARICIO TOVAR, J., LÓPEZ GANDÍA, J., Coords.:

-“Tiempo de trabajo”, Albacete (Bomarzo), 2007.

-ARIAS DOMÍNGUEZ, A., SEMPERE NAVARRO, A.V.:

-“Superposición de baja por IT y vacaciones: diferencia con la maternidad (Comentario a la STS de 11 julio 2006; Rec. 87/2005), en A.A.V.V. *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo*, Cizur Menor (Navarra), (Aranzadi), 2008.

-BALLESTER PASTOR, M.A.:

-“El irreconocible derecho fundamental a la conciliación de responsabilidades en la Ley 3/2012”, en A.A.V.V. *Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales: la reforma del 2012*, Albacete (Bonmarzo), 2012.

-“La flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo: jornada y distribución del tiempo de trabajo”, en *Revista de Derecho Social*, nº 62, 2013.

-BENARANO HERNÁNDEZ, A.:

-“El derecho a las vacaciones anuales retribuidas”, Comares (Granada), 2002.

-BLASCO JOVER, C.:

-“Acumulación de horas por lactancia”, en *Actualiad Laboral*, nº10, 2005.

-“Tiempo de trabajo y permisos del trabajador por motivos personales y sindicales”, Tirant lo Blanch (Valencia), 2013.

-BLASCO PELLICER, C.:

-“Proceso de vacaciones”, en A.A.V.V. *El proceso laboral*, Tomo I, Valencia (Tirant lo Blanch), 2013.

-BOLEGO, G.:

-“Recenti evoluzioni contrattuali in materia di retribuzione e orario di lavoro”, en A.A.V.V. *Instituzioni e regole del lavoro flessibile*, Napoli (Editoriale Scientifica), 2006.

-CABEZA PEREIRO, J.:

-“Descanso semanal, fiestas, permisos y reducción de jornada por lactancia y guarda legal”, en *REDT*, nº 100, 2000.

-“Las fuentes reguladoras de la jornada de trabajo”, en A.A.V.V. *Tiempo de trabajo*, Albacete (Bonmarzo), 2007.

-CABEZA PEREIRO, J. [et al.]:

-“La ordenación del tiempo de trabajo”, Santiago de Compostela (CGRL), 2004.

-CAMPS RUIZ, L.M.:

-“Los convenios de la OIT sobre vacaciones y sobre descanso semanal”, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 112, 2014.

-CARINCI, F., DE LUCA TAMAJO, R., TOSI, P., TREU, T.:

-“Diritto del lavoro, il rapporto di lavoro subordinato”, 7ª edizione, Lavis, Trento (UTET), 2011.

-CRUZ VILLALÓN, J.:

-“El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado. (Comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)”, en RMTAS, nº extraordinario de 1999.

-“Elementos condicionantes para la efectividad de la conciliación laboral en España”, en A.A.V.V. *Conciliación de la vida laboral y familiar y crisis económica*, Dir. Lourdes Mella Méndez, Madrid (Delta Publicaciones), 2015.

-DE LA VILLA GIL, L.E.:

-“El concepto de hora extraordinaria”, en A.A.V.V. *Estudios sobre la jornada de trabajo*, Madrid (ACARL), 1991.

-“La nueva lectura del artículo 7.1 de la Directiva 2003/88/CE, por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su impacto en los complementos salariales”, en *Trabajo y Derecho*, nº 1, 2015.

-DURÁN LÓPEZ, F.:

-“Disfrute de las vacaciones en las situaciones de suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo o durante la lactancia”, en *Relaciones Laborales*, 2010 ed. 7.

-ESCUADERO RODRÍGUEZ, R.:

-“Significación del tiempo de trabajo, fuentes reguladoras y dinámica de la negociación colectiva”, en *Relaciones Laborales*, I 1999.

-EZQUERRA ESCUDERO, L.:

-“Tiempo de trabajo: duración, ordenación y distribución”, Barcelona (Atelier), 2006.

-FERNÁNDEZ-PEINADO MARTÍNEZ, A.:

-“La prestación por maternidad”, Albacete (Bomarzo), 2013.

-FERNÁNDEZ PRIETO, M.:

-“La lactancia natural: un bien jurídico a proteger, ¿pero cómo?”, en A.A.V.V. *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2011.

-FITA ORTEGA, F.:

-“Límites legales a la jornada de trabajo”, Valencia (Tirant lo Blanch), 1999.

-GARCÍA DE HARO Y GOYTISOLO, R.:

-“Horas extraordinarias y horas complementarias”, en *Revista de Política Social*, nº 60, 1963.

-GARCÍA NINET, J.I.:

-“Jornada de trabajo. Horario y horas extraordinarias”, Madrid (Revista de derecho privado), 1977.

-“Jornada”, en A.A.V.V. *Comentarios a las leyes laborales*, Madrid (EDERSA), 1982.

-“Notas sobre sobre las ausencias del trabajo por lactancia (en torno al artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores)”, en *Revista de Trabajo*, nº 94, 1989.

-“Ordenación del Tiempo de Trabajo”, en A.A.V.V. *Comentarios a las leyes laborales*, Madrid (EDERSA), 1994.

-“La ordenación del tiempo de trabajo”, en *Tribuna Social*, nº 43, 1994.

-GARCÍA NINET, J.I., VICENTE PALACIO, A.:

-“Derecho del Trabajo”, Pamplona (Aranzadi), 2001.

-GARCÍA ORTEGA, J.:

-“Nacimiento, duración y disfrute del derecho a vacaciones”, en *Tribuna Social*, nº38.

-GARCÍA ORTEGA, J.; MORENO CÁLIZ, S.:

-“Descanso semanal, fiestas y permisos (Art. 37 ET)”, en A.A.V.V. *Salario y tiempo de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores (de 1980 a 2005)*, Madrid (CEF), 2005.

-GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.:

-“Sobre el derecho de vacaciones”, en *REDT*, nº 100, 2000.

-GARCÍA RUBIO, M.A.:

-“Ampliación de jornada: Horas extraordinarias y horas complementarias”, en A.A.V.V. *El tiempo de trabajo en la negociación colectiva*, Dir. José María Goerlich Peset, Madrid (Ministerio de Trabajo e Inmigración), 2008.

-“Artículo 35”, en A.A.V.V. *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores 2ª edición*, Valladolid (Lex Nova), 2012.

-GARCÍA TESTAL, E., LÓPEZ BALAGUER, M.:

-“Los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar en la empresa”, Valencia (Tirant lo Blanch), 2012.

-GIL GIL, J.L.:

-“El descanso semanal”, en A.A.V.V. *Estudios sobre la jornada de trabajo*, Madrid (ACARL), 1991.

-GORELLI HERNÁNDEZ, J.:

-“El problema del disfrute efectivo de las vacaciones coincidentes con una baja médica: alternativas jurisprudenciales y en especial la STJUE 21 de junio de 2012”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 5, 2012.

-“El derecho al disfrute efectivo de las vacaciones: de la jurisprudencia comunitaria a la regulación estatutaria”, en *Relaciones Laborales*, nº 1, enero 2014, tomo I, edición digital.

-“Elementos delimitadores del derecho a vacaciones”, en *Revista de Derecho*, nº65, 2014.

-“Sobre el necesario retorno de equivalencia en el salario de vacaciones”, en *Revista de Derecho Social*, nº67, 2014.

-IGLESIAS CABERO, M.:

-“Cómputo de la jornada efectiva de trabajo”, en A.A.V.V. *Estudios sobre la jornada de trabajo*, Madrid (ACARL), 1991.

-JIMÉNEZ-ASENJO GÓMEZ, E.:

-“Las interrupciones no periódicas por nacimiento de hijo, enfermedad grave o fallecimiento de familiares”, en *Tribuna Social*, nº65, 1996.

-LAHERA FORTEZA, J:

-“Organización flexible del tiempo de trabajo y conciliación familiar”, en Documentación Laboral, nº 100, 2014.

-LAHERA FORTEZA, J., GARCÍA QUIÑONES, J.C.:

-“Tiempo de trabajo y conciliación familiar”, Albacete (Bonmarzo), 2008.

-LINARES LORENTE, J. A.:

-“Flexibilidad en materia de jornada de trabajo”, en *Colex*, nº 11, 1994.

-LÓPEZ AHUMADA, J.E.:

-“Descansos laborales y tiempo de trabajo”, Madrid (CES), 2004.

-“Los descansos comprendidos dentro de la jornada de trabajo: su aplicación a las relaciones ordinarias de trabajo”, en *RL*, nº22, 2004.

-“Problemas relativos al cómputo del descanso semanal y diario: una visión cualitativa del tiempo de descanso”, en *Aranzadi Social*, nº 22-09, 2009.

-LÓPEZ GANDÍA, J.:

-“Flexibilidad del tiempo de trabajo y prestación de desempleo (trabajo a tiempo parcial y reducción de jornada)” en *Acutualidad Laboral*, Tomo 1996-1.

-LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F.:

-“La nueva regulación del calendario laboral y las horas extraordinarias en el Real Decreto-Ley 2001/1986, de 14 de marzo”, en *Revista de Trabajo*, nº 86, 1987.

-LÓPEZ TERRADA, E.:

-“El concepto de familia en el Estatuto de los Trabajadores: Identificación de los sujetos protegidos”, Valencia (Tirant lo Blanch), 2003.

-“Permisos parentales y conciliación”, en A.A.V.V. *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2010.

-MARTÍNEZ FENOLL, J.S.:

-“El tiempo de trabajo”, Valencia (CISS), 1996.

-MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., GARCÍA MURCIA, J.:

-“Derecho del Trabajo”, 24ª Ed., Tecnos (Madrid), 2015.

-MARTÍNEZ YÁÑEZ, N.M.:

-“Las fuentes de la distribución irregular de la jornada tras las sucesivas reformas laborales”, en *Relaciones Laborales*, nº 5, 2013.

-MATÍA PRIM, J.:

-“Descanso semanal y anual. Permisos”, en A.A.V.V. *Diecisiete lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales*, Madrid (Universidad de Madrid), 1977.

-MIRANDA BOTO, J. E.:

-“Vacaciones en Derecho comunitario: compensación y posposición. Nota a la STJCE de 6 de abril de 2006, Federatie Nederlandse Vakbeweging, asunto C-124/05”, en *RL*, nº14, 2006.

-MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R.:

-“Maternidad y Derecho al disfrute de vacaciones anuales: Doctrina Constitucional”, en *Aranzadi Social*, nº22, 2007.

-MOLINA NAVARRETE, C.:

-“Nuevo revés judicial a la reforma laboral: La reducción de jornada por guarda legal no se agota en la diaria”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 386, 2015.

-MONREAL BRINGSVAERD, E.:

-“Autonomía colectiva e iniciativa empresarial en la distribución irregular de la jornada”, en *Actualidad Laboral*, Tomo 1999-2.

-“La Jornada de Trabajo: Ley y Convenio Colectivo”, Madrid (CES), 2005.

-“La duración de la jornada y los saldos interanuales de horas. A propósito de la última reforma normativa del tiempo de trabajo”, en *Relaciones Laborales*, nº 10, octubre 2014, edición digital.

-MONTOYA MEDINA, D.:

-“Conciliación de la vida laboral y familiar en la reforma laboral de 2012”, en *RTSS. CEF*, nº 361 (abril 2013).

-MORENO SOLANA, A.:

-“Artículo 30. Imposibilidad de la prestación.”, en A.A.V.V. *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 3ª edición, Valladolid (Lex Nova), 2014.

-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 mejorarla empleabilidad de los trabajadores”, en *Información Laboral*, nº 1/2014, edición digital.

-NORES TORRES, L.E.:

-“El descanso semanal”, en A.A.V.V. *El tiempo de trabajo en A.A.V.V. El tiempo de trabajo en la negociación colectiva*, Dir. José María Goerlich Peset, Madrid (Ministerio de Trabajo e Inmigración), 2008.

-“Los descansos intra-jornada e inter-jornadas”, en A.A.V.V. *El tiempo de trabajo en la negociación colectiva*, Dir. José María Goerlich Peset, Madrid (Ministerio de Trabajo e Inmigración), 2008.

-“Las vacaciones”, en A.A.V.V. *El tiempo de trabajo en la negociación colectiva*, Dir. José María Goerlich Peset, Madrid (Ministerio de Trabajo e Inmigración), 2008.

-“El artículo 37”, en A.A.V.V. *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores 2ª edición*, Valladolid (Lex Nova), 2012.

-“El artículo 38”, en A.A.V.V. *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores 2ª edición*, Valladolid (Lex Nova), 2012.

-PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.:

-“Voluntariedad y obligatoriedad en la prestación de las horas extraordinarias”, en A.A.V.V. *Estudios sobre la jornada de trabajo*, Madrid (ACARL), 1991.

-PEDROSA ALQUÉZAR, S.I.:

-“La compatibilidad entre maternidad y vacaciones: el caso Merino Gómez”, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº102, 2013.

-PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.:

-“Sobre el carácter dispositivo del Convenio 132 de la OIT”, en *Actualidad Laboral*, nº 35, 1990.

-RABASSÓ RODRIGUEZ, N.:

-“Horas extraordinarias en el sector de la seguridad privada. Punto final.”, en *RGDTSS*, nº32, 2012, edición digital.

-RAMOS QUINTANA, M.I.:

-“Los descansos laborales”, en A.A.V.V. *Tiempo de trabajo*, Albacete (Bomarzo), 2007.

-RAYÓN SUÁREZ, E.:

-“Las interrupciones no periódicas de la prestación laboral”, Madrid (Ministerio de Trabajo), 1975.

-RODRÍGUEZ PASTOR, G.:

-“El régimen jurídico de la distribución de la jornada de trabajo”, Valencia (Tirant lo Blanch), 1999.

-“Hacia una organización más flexible del tiempo de trabajo”, en *Relaciones Laborales*, nº 12, diciembre 2014, edición digital.

-RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.:

-“De nuevo sobre el derecho a vacaciones y el impacto de la Directiva 2003/88/CE”, en *Relaciones Laborales*, nº7/8, Julio-Agosto 2013, Tomo I, edición digital.

-RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.:

-“El régimen jurídico de la distribución de la jornada de trabajo”, Valencia (Tirant lo Blanch), 1999.

-“Los límites a las facultades empresariales de distribución irregular de la jornada tras las últimas reformas flexibilizadoras”, en A.A.V.V. *Las reformas del derecho del trabajo en el contexto de la crisis económica*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2013.

-RODRIGUEZ SAÑUDO, F.:

-“La duración de las vacaciones, problemas de aplicación del artículo 38.1 del Estatuto de los Trabajadores”, en *AL*, nº28, 1990.

-ROJO TORRECILLA, E.:

-“Permisos y licencias”, en A.A.V.V. *Tiempo de trabajo*, Albacete (Bomarzo), 2007.

-ROQUETA BUJ, R.:

-“La jornada de trabajo y su determinación”, en A.A.V.V. *El tiempo de trabajo en la negociación colectiva*, Madrid (Ministerio de Trabajo e Inmigración), 2008.

- “El artículo 34”, en A.A.V.V. *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores 2ª edición*, Valladolid (Lex Nova), 2012.

-“La flexibilidad interna tras la reforma laboral”, Tirant lo Blanch (Valencia), 2013.

-SALA FRANCO, T.:

-“La jornada partida”, en A.A.V.V. *Estudios sobre la jornada de trabajo*, Madrid (ACARL), 1991.

-SALA FRANCO, T., BALLESTER PASTOR M.A.:

-“Reducción y adaptación de la jornada por conciliación”, Valencia (Tirant lo Blanch), 2009.

-SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.:

-“Los permisos retribuidos del trabajador”, Elcano (Navarra), (Aranzadi), 1999.

-“Conciliación de la vida familiar en la Reforma Laboral de 2012: lactancia.”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 1/2012, edición digital.

-SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.:

-“Adaptación de la jornada laboral por circunstancias familiares: la familia como bien jurídico protegido (reflexiones en torno a la STC 24/2011)”, en *REDT*, nº 155, 2012.

-SEMPERE NAVARRO, A.V.:

-“Las garantías de los miembros del Comité de Empresa (en torno al artículo 68)”, en *REDT*, nº 100, 2000.

-“Artículo 34. Jornada”, en A.A.V.V. *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Cizur Menor (Navarra) (Aranzadi), 2010.

-“El artículo 37. Descanso semanal, fiestas y permisos”, en A.A.V.V. *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Cizur Menor (Navarra) (Aranzadi), 2010.

-SEMPERE NAVARRO, A.V., CHARRO BAENA, P.:

-“Las Vacaciones Laborales”, Cizur Menor (Navarra), (Aranzadi), 2003.

-“El disfrute de las vacaciones laborales es transferible a un año posterior al que se devengó pero no compensable económicamente”, en A.A.V.V. *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo*, Cizur Menor (Navarra), (Aranzadi), 2008.

-“La libertad de trabajo durante las vacaciones (Comentario a la STC 192/2003, de 27 de octubre de 2003)”, en A.A.V.V. *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo*, Cizur Menor (Navarra), (Aranzadi), 2008.

-SEPÚLVEDA GÓMEZ, M.:

-“El derecho a vacaciones y la incapacidad temporal sobrevenida durante su disfrute”, en *Temas Laborales: Revista andaluza de Derecho del Trabajo y bienestar social*, nº 117/2012.

-SERRANO GARCÍA, M. J.:

-“Las modificaciones de la jornada de trabajo y la distribución del tiempo de trabajo *versus* los derechos de conciliación”, en A.A.V.V. *Conciliación de la vida laboral y familiar y crisis económica*, Dir. Lourdes Mella Méndez, Madrid (Delta Publicaciones), 2015.

-TAPIA HERMIDA, A.:

-“Efecto vacaciones. La retribución de las vacaciones anuales cuando la totalidad o parte del salario es a comisión”, en *RTSS*, nº 379, octubre 2014.

-VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.:

-“Pausas intra-jornada y descansos inter-jornadas”, en A.A.V.V. *Estudios sobre la jornada de trabajo*, Madrid (ACARL), 1991.

-VALDÉS ALONSO, A.:

-“La conflictiva valoración del tiempo de trabajo en la presunción de existencia de accidente laboral. (Comentario de la STS de 4 de octubre de 2012)”, en *Relaciones Laborales*, nº 12, 2014, edición digital.

-VALDÉS DAL-RE, F.:

-“Jornada laboral y horarios de trabajo”, en A.A.V.V. *Diecisiete lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales*, Madrid (Universidad de Madrid), 1977.

-“La flexibilidad del tiempo de trabajo: un viejo, inacabado y cambiante debate”, en *Relaciones Laborales*, nº 2, enero 1999, edición digital.

-VELASCO PORTERO, M.T.:

-“Coincidencia del derecho a vacaciones con un periodo de incapacidad; el caso de Vicente Pereda”, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº102, 2013.

-VIQUEIRA PÉREZ, C.:

-“Interrupción y suspensión del contrato de trabajo con motivo de la adopción de un hijo”, Tirant lo Blanch (Valencia), 2003.

-“El derecho a la reducción de jornada por motivos familiares y la prestación por desempleo”, en *Estudios Financieros*, nº 39/2006.

-“Derechos de conciliación de la vida laboral, familiar y personal: deficiencias y problemas aplicativos”, en *Revista Doctrinal Aranzadi*, nº10/2010, edición digital.